



Referencia: Expediente D-13541

Demanda de inconstitucionalidad en contra 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’*”

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 requisitos y trámites previstos por el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Trámite procesal

1. El 16 de octubre de 2019, el ciudadano Hugo Palacios Mejía presentó acción pública de inconstitucionalidad en contra 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’*”.

2. Mediante los autos de 7 y 29 de noviembre de 2019, el magistrado sustanciador resolvió (i) admitir la demanda en relación con cinco cargos de

inconstitucionalidad¹, (ii) rechazar el cargo por violación al principio de unidad de materia, (iii) oficiar a los secretarios del Senado y la Cámara de Representantes, para que remitieran los antecedentes legislativos de la Ley 1955 de 2019, (iv) fijar en lista el proceso por el término de 10 días, (v) correr traslado al Procurador General de la Nación y (vi) convocar a varias autoridades, entidades, instituciones y agremiaciones para intervenir en este proceso.

3. El 6 de diciembre de 2019, el demandante presentó recurso de súplica en contra del auto de 29 de noviembre de 2019, en el que solicitó a la Corte admitir el cargo por violación al principio de unidad de materia. Mediante el auto de 29 de enero de 2020, la Sala Plena de la Corte Constitucional confirmó el auto de 29 de noviembre de 2019, que rechazó el referido cargo de inconstitucionalidad.

4. Mediante comunicación del 5 de marzo de 2020, el Presidente del Senado de la República remitió a 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 Consejo Superior de la Judicatura ordenó la suspensión de los términos judiciales en los procesos de constitucionalidad con ocasión de la pandemia generada por el COVID-19.

5. 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.

2. Norma demandada

6. 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 complementaria, resiliente y comprometida con la reducción de emisiones de carbono, los agentes comercializadores del Mercado de Energía Mayorista estarán obligados a que entre el 8 y el 10% de sus compras de energía provengan de fuentes no convencionales de energía renovable, a través de

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

contratos de largo plazo asignados en determinados mecanismos de mercado que la regulación establezca. Lo anterior, sin perjuicio de que los agentes comercializadores puedan tener un porcentaje superior al dispuesto en este artículo.

El Ministerio de Minas y Energía, o la entidad a la que este delegue, reglamentará mediante resolución el alcance de la obligación establecida en el presente artículo, así como los mecanismos de seguimiento y control, sin perjuicio de la función sancionatoria de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD). Las condiciones de inicio y vigencia de la obligación serán definidas en dicha reglamentación”.

3. Relación de siglas y abreviaturas

7. 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

4. Demanda

8. El demandante formula cinco cargos de inconstitucionalidad. Sostiene que el artículo 296 del PND vulnera: (i) el principio de reserva de ley, (ii) la potestad reglamentaria del Presidente, (iii) el derecho a la igualdad y la libre competencia, (iv) la libertad de empresa y la iniciativa privada y (v) la finalidad social del Estado y el mandato de prestación eficiente de los servicios públicos. Con fundamento en lo anterior, solicita que la Corte declare la inexecutable total del artículo 296 del PND. En subsidio, que se declare la inexecutable de las expresiones “*estarán obligados*”, “*el alcance de la obligación establecida en este artículo*” y “*las condiciones de inicio y vigencia de la obligación serán definidos en dicha reglamentación*”, o “*ajuste el texto del artículo 296 de manera que exprese un significado coherente, de acuerdo con los designios de la Constitución*”².

² Escrito de demanda del 18 de octubre de 2019, pág. 3 (en adelante “Escrito de demanda”).

4.1. *Primer cargo: desconocimiento del principio de reserva de ley*

9. 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 fijan el “alcance” de las libertades económicas y limiten su ejercicio están sometidas a reserva de ley. Afirma que la jurisprudencia constitucional³ ha sostenido que, en materias sujetas a reserva de ley, la potestad reglamentaria solamente podrá ejercerse “sobre aspectos marginales y muy puntuales”⁴. En su criterio, la norma demandada ordena que, mediante un reglamento, el MinMinas defina aspectos relativos a la prestación de los servicios públicos de comercialización y generación de energía eléctrica, así como el ejercicio de libertades económicas en el MEM⁵, que no son marginales ni puntuales. En particular, ordena al MinMinas fijar el “el alcance” de la obligación de compra de energía, a pesar de que el artículo 333 de la Constitución prevé que el “alcance” de las libertades económicas debe ser fijado por la ley. Asimismo, dispone que el reglamento deberá determinar (i) el mecanismo mediante el cual los contratos de compra de energía serán asignados y (ii) las condiciones de estos contratos, lo cual desconoce que “el asunto de cómo se celebran los contratos en Colombia, entre particulares, y el de cómo escogen las personas a sus contrapartes contractuales, y a qué precios, no ha sido tratado nunca como un tema marginal o puntual”⁶. Por último, prescribe que el MinMinas definirá el inicio y la vigencia de la obligación legal de compra de energía, los cuales son elementos “sustanciales [de una obligación] que, normalmente, se definen en las reglas constitucionales y legales sobre promulgación y derogación de las leyes”⁷.

4.2. *Segundo cargo: desconocimiento de la potestad reglamentaria del Presidente*

10. El demandante argumenta que el inciso 2 del artículo 296 del PND vulnera la potestad reglamentaria del Presidente (numerales 11 y 17 del artículo 189 y 370 de la Constitución), por tres razones. De un lado, desconoce que la potestad reglamentaria del Presidente tiene carácter “previo y superior”⁸ respecto de la facultad regulatoria de los ministerios, la cual es “residual y subsidiaria”⁹. Lo anterior, porque ordena al MinMinas regular aspectos relevantes de la obligación de compra de energía de manera directa, “sin que tal orden quede condicionada de ninguna manera, según el texto de la norma,

³ El demandante cita las sentencias C-228 de 1993, C-805 de 2001, C-917 de 2002, C-675 de 2005 y C-1005 de 2008.

⁴ Escrito de demanda, págs. 7-9. Ver también, Escrito de corrección de la demanda del 15 de noviembre de 2019, págs. 10-12. 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, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el sistema interconectado nacional, con sujeción al reglamento de 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.

a una definición previa del Presidente”¹⁰. De otro lado, limita de forma anticipada la facultad del Presidente, prevista en el artículo 189.17¹¹ de la Constitución, de decidir cuáles de los ministerios deben “concurrir con él a reglamentar este artículo”¹², puesto que el inciso 2 exige que sea el MinMinas quien profiera la reglamentación correspondiente. Dicha exigencia es contraria a la Constitución, dado que “el Congreso no puede decidir cuáles ministerios o jefes de Departamento Administrativo deben reglamentar una ley”¹³. Por último, afirma que la Corte Constitucional¹⁴ ha sostenido que el Presidente tiene la facultad “no condicionada ni limitada”¹⁵ de definir “cuándo una ley requiere reglamento y en qué sentido”¹⁶ y, por esto, “el Congreso no puede decidir, sin más, que una ley o un artículo de una ley deben ser reglamentados por un Ministerio”¹⁷. En este sentido, sostiene que “la orden específica y concreta de reglamentar”¹⁸ impuesta al MinMinas, viola el artículo 189.11 de la Constitución.

4.3. Tercer cargo: vulneración de la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad contractual

11. El demandante señala que la norma demandada afecta el “núcleo esencial” de los derechos a la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad contractual (art. 333 de la Constitución). Primero, el inciso 1 del artículo 296 del PND limita la libre iniciativa privada, porque impide que los comercializadores “mayoristas” escojan el tipo de energía que compran para atender la demanda, pues obliga a estos agentes a que un porcentaje de la energía que adquieren en el MEM (8-10%) provenga de fuentes no convencionales de energía renovable (FNCER). Segundo, la norma restringe la libertad de empresa y la libertad contractual, dado que no permite que los agentes comercializadores y generadores pacten libremente las condiciones de los contratos mediante los cuales se debe cumplir la obligación de compra de energía¹⁹. En efecto, el inciso 1 prescribe que esta obligación debe cumplirse, necesariamente, “a través de contratos de largo plazo asignados en determinados mecanismos de mercado que la regulación establezca”. Esto implica que los agentes no tienen la potestad de: (i) escoger, “en relación con los porcentajes indicados, a cuál generador comprar la energía”²⁰, (ii) decidir libremente “a qué plazo serán los contratos de compra de la energía que provenga de fuentes no convencionales”²¹ ni (iii) acordar “el precio de la energía que adquieran, porque este vendrá definido por contratos ‘asignados’

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

¹¹ Constitución Política, art. 189. “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 17. Distribuir los negocios según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos 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.

por medio de mecanismos de mercado que definirá el regulador”²².

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

12. El demandante sostiene que el artículo 296 del PND vulnera el derecho a la igualdad y la libre competencia (arts. 13 y 333 de la Constitución)²³. Argumenta que la Corte Constitucional²⁴ ha sostenido que existe un “vínculo” entre el derecho a la igualdad y el derecho a la libre competencia, en la medida en que el ejercicio de este último presupone la existencia de un mercado en el que los empresarios competidores participan “en igualdad de condiciones”. En su criterio, la norma demandada desconoce el mandato de trato paritario entre los competidores que participan en el MEM, porque otorga un trato discriminatorio a (i) los generadores de energía proveniente de fuentes convencionales y (ii) los comercializadores mayoristas.

13. El artículo 296 del PND vulnera el derecho a la libre competencia de los generadores de energía proveniente de fuentes convencionales. Según el demandante, los generadores de energía proveniente de fuentes convencionales²⁵, de un lado, y los generadores de FNCER²⁶, de otro, son sujetos comparables, porque “todos producen un mismo bien homogéneo, electricidad”²⁷, y ofertan este bien en el MEM. El mercado por el que los generadores compiten está compuesto por el 100% de la energía de la demandada de los comercializadores, es decir, la energía que estos requieren comprar. En criterio del demandante, la disposición acusada otorga un trato desigual injustificado a los generadores de fuentes convencionales, porque les impone una “barrera de entrada absoluta”²⁸ que consiste en que estos no pueden vender la energía eléctrica que generan en un segmento del MEM. Al mismo tiempo, la norma crea un privilegio en favor de los generadores de energía proveniente de FNCER que consiste en que estos generadores son los únicos que puedan competir en el segmento del mercado (8-10%) en el que sólo puede venderse energía que provenga de FNCER. En tales términos, la norma demandada sitúa a los generadores de FNCER en una posición de “relativa superioridad”, porque mientras que estos pueden competir por el 100% del mercado, los generadores de fuentes convencionales únicamente

²² Id.

²³ El artículo 11 de la Ley 143 de 1994, define el MEM como “el mercado de grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el sistema interconectado nacional, con sujeción al reglamento de operación”. De otro lado, el artículo 70 *ibidem* dispone que los agentes generadores y comercializadores que participen en el MEM “gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia, de conformidad con los artículos 333, 334 y el inciso penúltimo del artículo 336 de la Constitución Nacional, y el artículo 3° de esta Ley”.

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 que son utilizados de forma intensiva y ampliamente comercializados en el país”.

²⁶ Ley 1715 de 2014, art. 5. “Fuentes No Convencionales de Energía Renovable (FNCER). Son aquellos recursos de energía renovable disponibles a nivel mundial que son ambientalmente sostenibles, pero que en el país no son empleados o son utilizados de manera marginal y no se comercializan ampliamente. Se consideran FNCER la biomasa, los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos, la eólica, la geotérmica, la solar y los mares. Otras fuentes podrán ser consideradas como FNCER según lo determine la UPME”.

²⁷ Escrito de demanda, pág. 36.

²⁸ Id.

pueden hacerlo por el 90-92%.

14. *El artículo 296 del PND vulnera el derecho a la libre competencia de los comercializadores mayoristas de energía.* El demandante afirma que los agentes comercializadores “*mayoristas*”, de un lado, y los “*comercializadores minoristas*”, de otro, son sujetos comparables, “*en cuanto todos adquieren energía a los generadores o a otros agentes para venderla a los diferentes usuarios*”²⁹. La disposición acusada sitúa a los comercializadores “*mayoristas*” en una situación desigual y de “*relativa inferioridad para competir con los minoristas*”³⁰, puesto que les impone dos limitaciones al ejercicio libre de su actividad económica que no son aplicables a los “*minoristas*”: (i) los obliga a comprar un porcentaje de su energía eléctrica de FNCER y (ii) les impide negociar libremente los contratos de compra de energía en el MEM³¹.

15. El demandante argumenta que las limitaciones a las libertades económicas son desproporcionadas³². Afirma que la obligación de compra no es un medio idóneo para alcanzar las finalidades que persigue, dado que los generadores de energía proveniente de FNCER no tienen la capacidad instalada para generar un 8% de la energía del MEM. Además, la obligación de compra (i) “*no es suficiente por sí misma para desarrollar una matriz energética complementaria y resiliente*”³³ y (ii) “*una generación del 8% o 10% de energía con fuentes no convencionales y renovables (...) no alcanza a tener un efecto apreciable en la reducción de emisiones de carbono*”³⁴. Además, sostiene que la medida no es proporcionada en sentido estricto, en tanto la protección del medio ambiente y la consecución de una matriz energética resiliente y complementaria “*no tienen la misma categoría que el derecho a la igualdad, que es no solo un derecho fundamental sino ‘uno de los pilares fundamentales en los que se funda el Estado Social de Derecho’*”³⁵.

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

16. 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 constitucional³⁶ ha precisado que “*el núcleo esencial de la eficiencia proviene de la competencia, y que debe esperarse que la eficiencia conduzca a precios más bajos que los que prevalecen cuando la competencia falta*”³⁷. En su criterio, la norma demandada

²⁹ Id., pág. 38.

³⁰ Id.

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

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.

no atiende este criterio de eficiencia, por tres razones. En primer lugar, al restringir el ingreso de competidores a un segmento del MEM, permite que el precio de la energía en este segmento no se forme en condiciones plenamente competitivas. En segundo lugar, la norma demandada obliga a los comercializadores mayoristas a comprar energía proveniente de FNCER, con independencia del precio al que los generadores ofrezcan. En este sentido, releva a los generadores de FNCER del “*riesgo de demanda*”³⁸, pues garantiza que, con independencia de la eficiencia en su esquema de generación y precios, su energía será comprada. En tercer lugar, el demandante señala que el precio de la energía proveniente de FNCER ha sido tradicionalmente más alto que el de la energía proveniente de fuentes convencionales. Afirma que “*si no fuera así, la regla de la experiencia señala que no habría necesidad de obligar a los comercializadores mayoristas a comprar energía de los generadores que usan fuentes no convencionales de energía renovable, porque los comercializadores ya lo estarían haciendo por propia conveniencia*”³⁹.

17. En tales términos, concluye que el artículo 296 del PND tiene la “*altísima probabilidad*” de generar “*el encarecimiento artificial de la energía*”⁴⁰, dado que en un mercado menos competitivo “*habrá muy probablemente, según las reglas de la experiencia, tarifas más altas*”⁴¹. El demandante señala que este incremento en el precio de la energía desconocería la finalidad social del Estado, en tanto afectaría especialmente el acceso de los usuarios de menores recursos al servicio público domiciliario de energía eléctrica, pues los obligaría a “*utilizar una mayor parte de sus ingresos*”⁴² para pagar las facturas. De esta forma, estos usuarios “*terminarían asumiendo las ineficiencias que surgen de la segmentación de mercado*”⁴³.

5. Intervenciones

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

Interviniente	Solicitud
1. Asociación de Energías Renovables de Colombia (SER)	Inhibición respecto del cargo 5° Exequibilidad
2. Secretaría Jurídica de la Presidencia	Inhibición. En subsidio, exequibilidad
3. Grupo de Acciones Públicas de las Universidad del Rosario (GAP)	Exequibilidad
4. Centro de Estudios de Derecho a la Competencia	Exequibilidad

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.

(CEDEC)	
5. Asociación Nacional de Empresas Generadoras (ANDEG)	Inexequibilidad

6. Pruebas

19. Mediante el auto de 9 de julio de 2020, el magistrado sustanciador ordenó la práctica de pruebas de conformidad con lo dispuesto por los artículos 10 del Decreto 2067 de 1991 y 63 del Acuerdo 02 de 2015. En particular, solicitó que diversas entidades del Estado⁴⁴ respondieran a un grupo de preguntas clasificadas en cuatro ejes temáticos: (i) alcance, estructura y contenido de los contratos por medio de los cuales se implementa la obligación de compra de los comercializadores, (ii) estructura, barreras de entrada y agentes del MEM; (iii) impacto de la disposición acusada en el precio de la energía y en la tarifa a pagar por los usuarios finales y (iv) caracterización de la matriz energética colombiana e impacto de la disposición demandada en la mitigación y adaptación al cambio climático y en la protección del medio ambiente. El contenido de los escritos de respuesta al auto de pruebas será presentado en detalle al examinar la constitucionalidad de la norma demandada.

7. Concepto del Procurador General de la Nación

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

21. Primero, la norma no vulnera la potestad reglamentaria del Presidente. La jurisprudencia constitucional ha precisado que el legislador puede asignar a los ministerios la facultad para “*expedir regulaciones de carácter general sobre las materias contenidas en la legislación, cuando estas tengan un carácter técnico u operativo, dentro de la órbita competencial del respectivo Ministerio*”⁴⁵. En este caso, el artículo 296 del PND confiere al MinMinas potestad regulatoria que “*se circunscribe a aspectos de orden técnico u operativo*”⁴⁶ y, por lo tanto, es constitucional. Además, esta potestad “*no impide el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República*”⁴⁷, porque (i) dicha facultad es de orden constitucional, así que el Presidente “*la puede y debe ejercer cuando corresponda sin que ninguna ley pueda impedirselo*”⁴⁸ y (ii) la norma demandada “*no tiene una regla de prohibición expresa o de obstáculo para que el Presidente la ejerza*”⁴⁹.

22. Segundo, la norma no desconoce el principio de reserva de ley. El artículo

⁴⁴ El magistrado sustanciador solicitó información a el Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Departamento Nacional de Planeación, Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), Superintendencia de Industria y Comercio y Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

⁴⁵ Concepto del Procurador General de la Nación, escrito del 8 de octubre de 2020, pág. 6 (en adelante “Concepto PGN”)

⁴⁶ Id., pág. 7.

⁴⁷ Id.

⁴⁸ Id., pág. 7.

⁴⁹ Id.

296 del PND “creó la obligación [de compra de energía proveniente de FNCER] y dispuso sus elementos sustanciales, esto es, los sujetos, el objeto y la forma en que se materializa”⁵⁰. El principio de reserva de ley no obliga al legislador a definir “aspectos tan específicos como las condiciones de inicio y vigencia de la obligación, el alcance de la misma y los mecanismos de seguimiento y control de los contratos para compra de energía”⁵¹.

23. Tercero, el artículo 296 del PND satisface los requisitos que las normas de intervención económica deben cumplir de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Esto, porque (i) prevé “los términos de la intervención en el mercado mayorista de generación”⁵², (ii) no afecta el núcleo esencial de la libertad de empresa, puesto que apenas interviene el ejercicio de las libertades económicas en el 8% del mercado⁵³; (iii) busca promover una transición “ordenada a fuentes energéticas renovables no convencionales (...) para proteger el medio ambiente y reducir el impacto de las necesidades energéticas de la humanidad sobre el calentamiento global”⁵⁴ y (iv) respeta criterios de razonabilidad y proporcionalidad, dado que solo afecta “una pequeña porción del mercado energético colombiano y deja abundantes facultades regulatorias en cabeza del gobierno nacional para ajustar esta carga de la manera menos gravosa posible para los participantes en este mercado”⁵⁵.

24. Por último, la norma no vulnera el derecho a la igualdad, la libre competencia ni el mandato de prestación eficiente de los servicios públicos (arts. 13, 334 y 365 CP). Por el contrario, la medida “fortalece la libre competencia en este mercado al facilitar la llegada de nuevos participantes”⁵⁶. La adquisición de la energía por medio de mecanismos de mercado busca que el ingreso de las energías limpias al MEM “se efectuó en condiciones de competencia y no mediante relaciones bilaterales de compraventa donde los agentes comercializadores del MEM tendrían un escenario propicio para abusar de su posición dominante frente a los generadores no convencionales de energía renovable, dada la debilidad en la que se encuentran estos últimos”⁵⁷.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

25. La Corte Constitucional es competente para adelantar el control de constitucionalidad de la presente demanda, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política.

⁵⁰ Id.

⁵¹ Id., pág. 8.

⁵² Id., pág. 11.

⁵³ Id.

⁵⁴ Id.

⁵⁵ Id.

⁵⁶ Id., pág. 13.

⁵⁷ Id., pág. 12.

2. Metodología de la decisión

26. La Sala Plena seguirá la siguiente metodología para resolver la demanda objeto de estudio. Primero, examinará si los cargos formulados por el demandante son aptos y permiten adelantar un control constitucional de fondo del artículo 296 del PND (**sección II.3 *infra***). Luego, estudiará si la norma demandada vulnera los derechos fundamentales y principios constitucionales invocados por el demandante. La Corte llevará a cabo el estudio de los cargos formulados en secciones independientes y en cada una de estas (i) definirá el contenido normativo acusado, (ii) resumirá los argumentos y solicitudes presentadas por los intervinientes y el Procurador General de la Nación en relación con cada cargo y (iii) formulará y dará respuesta a problemas jurídicos específicos (**sección II.4 *infra***).

3. Cuestión previa - aptitud sustancial de la demanda

27. En la fase de admisión de la demanda, el magistrado sustanciador admitió los cargos por vulneración a (i) el principio de reserva de ley, (ii) la potestad reglamentaria del presidente, (iii) el derecho a la igualdad y la libre competencia, (iv) el derecho a la libertad de empresa y la iniciativa privada y (v) el mandato de prestación eficiente de los servicios públicos. Lo anterior, en tanto encontró que satisfacían las exigencias mínimas de argumentación desarrolladas por la jurisprudencia y, por lo tanto, permitían adelantar un control de constitucionalidad de fondo de la norma demandada. De otro lado, rechazó el presunto cargo por vulneración del principio de unidad de materia, porque advirtió que carecía de certeza, pertinencia y suficiencia. Esta decisión fue confirmada por la Sala Plena mediante el auto de 29 de enero de 2020.

28. La Corte considera que es necesario realizar un nuevo análisis de aptitud de los cargos presentados por el demandante. Esto, porque durante la fase de presentación de intervenciones ciudadanas, la Secretaría Jurídica de la Presidencia y la SER cuestionaron la aptitud sustancial de la demanda. En concreto, sostuvieron que los cargos no son aptos, pues carecen de certeza y se basan en una *“interpretación subjetiva, modificando incluso el alcance y contenido de la norma, de tal forma que los reproches frente a la misma parten de un texto jurídicamente inexistente”*⁵⁸. La Sala Plena es competente para valorar la aptitud de la demanda, en tanto *“el análisis sobre la aptitud de los cargos en la fase de admisión de la demanda es apenas preliminar y no compromete ni limita la competencia del Pleno de la Corte para pronunciarse sobre este punto en la sentencia”*⁵⁹.

29. En tales términos, a continuación, la Sala Plena presentará una explicación de los requisitos que debe cumplir una demanda de inconstitucionalidad, con especial énfasis en las exigencias mínimas de argumentación desarrolladas por la jurisprudencia constitucional. Luego, valorará la aptitud sustancial de cada

⁵⁸ Intervención SJP, pág. 5.

⁵⁹ Sentencia C-393 de 2019. Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-1115 de 2004, C-1300 de 2005, C-074 de 2006, C-929 de 2007, C-623 de 2008 y C-1123 de 2008.

uno de los cargos presentados por el demandante de manera individual.

4.1. Requisitos generales de las demandas de inconstitucionalidad

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

31. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que, en la formulación del concepto de violación, el demandante debe satisfacer cinco *exigencias mínimas de argumentación*: claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia⁶⁰. En estos términos, las razones por las cuales el demandante considera que la norma demandada vulnera la Constitución Política deben ser (i) *claras*, es decir “*seguir un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible*”⁶¹, (ii) *ciertas*, lo que significa que deben recaer sobre una “*proposición jurídica real y existente*”⁶² y no estar basadas en “*interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados*”⁶³. (iii) *específicas*, es decir, concretas y no “*genéric[a]s o excesivamente vag[a]s*”⁶⁴, (iv) *pertinentes*, lo que implica que planteen argumentos de “*naturaleza estrictamente constitucional*”⁶⁵ y no de legalidad, “*conveniencia o corrección de las decisiones legislativas*”⁶⁶; y (v) *suficientes*, esto es, capaces de “*generar una duda inicial sobre la constitucionalidad de la disposición demandada*”⁶⁷. De otro lado, este Tribunal ha precisado que los cargos por vulneración al principio de igualdad (art. 13 de la CP) tienen exigencias argumentativas específicas. En estos casos, no basta con que el demandante afirme que las disposiciones acusadas establecen un trato diferenciado o son discriminatorias⁶⁸. Por el contrario, el demandante debe (i) determinar cuál es el criterio de comparación o *tertium comparationis*, (ii) definir “*si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles*”⁶⁹; y (iii) establecer “*si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado*”⁷⁰.

⁶⁰ Sentencia C-1052 de 2001. Reiterada en las sentencias C-247 de 2017, C-002 de 2018, C-087 de 2018 y C-221 de 2019.

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 de 2018 y C-221 de 2019.

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.

32. El cumplimiento de las citadas exigencias de argumentación debe ser valorado por la Corte Constitucional a partir de una ponderación entre la naturaleza pública e informal de la acción de pública inconstitucionalidad⁷¹, de un lado, y el carácter rogado de la misma⁷², de otro. La acción pública de inconstitucionalidad tiene naturaleza pública, porque *“es una manifestación de un derecho fundamental como el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”*⁷³. Asimismo, es informal, dado que el constituyente supeditó *“la interposición de esa acción a la sola acreditación de la calidad de ciudadano”*⁷⁴, por lo tanto, esta *“no debe estar sometida a condiciones técnicas especialísimas que la hagan inviable o improcedente”*⁷⁵. La Corte Constitucional ha sostenido que de la naturaleza pública e informal de esta acción se deriva el principio *pro actione*⁷⁶, por virtud del cual las dudas en relación con el cumplimiento de las exigencias mínimas de argumentación deben resolverse a favor del accionante.

33. El carácter rogado de la acción pública de inconstitucionalidad, por su parte, supone que la naturaleza pública e informal de esta acción y el principio *pro actione* *“no puede[n] llevar a que se declare la exequibilidad ante una demanda que no presente suficientes argumentos”*⁷⁷. En estos eventos, la declaratoria de inhibición por parte de la Corte Constitucional se justifica, porque evita que el control constitucional rogado por vía de acción se torne en un control oficioso en el que este Tribunal *“establezca por su cuenta las razones de inconstitucionalidad, convirtiéndose entonces en juez y parte del trámite y generando una intromisión desproporcionada del Tribunal Constitucional en las funciones propias del Congreso de la República”*⁷⁸. De la misma forma, contribuye a garantizar el derecho a acceso a la justicia, porque *“conocer de fondo demandas de baja calidad, en pro de la defensa del acceso a la justicia de una única persona, puede llevar a cerrar un debate de constitucionalidad de forma definitiva, afectando en un grado notable, el acceso a la justicia de las demás personas”*⁷⁹.

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

4.2. Examen de aptitud sustancial de los cargos formulados por el demandante

(i) Aptitud del primer cargo por violación del principio de reserva de ley

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.

35. La Secretaría Jurídica de la Presidencia argumenta que el cargo primero por violación del principio de reserva de ley carece de certeza. Sostiene que la norma únicamente permite que el MinMinas, o la entidad que este delegue, sea quien regule aspectos marginales de la obligación de compra, tales como las condiciones de inicio y de vigencia. Sin embargo, “*nunca hace referencia a la duración de la norma, es decir, hasta cuándo será exigible que los comercializadores del MEM realicen compras del 8% al 10% de su demanda de energía que provengan de FNCER, pues la misma establece una duración indefinida*”⁸⁰.

36. La Corte discrepa de la posición del interviniente. Este cargo es apto, pues satisface las exigencias mínimas de argumentación. De un lado, el cargo es *cierto*, puesto que la norma en efecto prevé que el MinMinas deberá fijar, mediante reglamento: (i) el inicio de la exigibilidad de la obligación de compra y (ii) los mecanismos de mercado mediante los cuales se asignarán los contratos de FNCER y los plazos de estos contratos. De otro lado, el cargo es *claro, pertinente y específico*, porque los argumentos concretos que sustentan la solicitud del demandante son comprensibles y contrastan el contenido de la norma demandada con disposiciones constitucionales. En efecto, el demandante afirma que los artículos 150.21, 333, 365 y 367 de la Constitución prescriben, respectivamente, que la limitación a las libertades económicas y la regulación de la prestación de los servicios públicos, son materias sujetas a reserva de ley. En su criterio, el artículo 296 del PND viola la reserva de ley en estas materias, porque los elementos que ordena al MinMinas definir mediante reglamento son “*aspectos esenciales*” de la obligación de compra de energía que modifican la prestación de los servicios públicos de comercialización y generación de energía eléctrica y afectan el ejercicio de las libertades económicas de estos agentes en el MEM. Asimismo, el cargo es *suficiente* porque, por estas razones, genera una duda mínima de constitucionalidad que exige que la Corte determine, en el fondo, si el inicio de la exigibilidad de la obligación de compra, así como las condiciones y plazos de los contratos de FNCER, son o no aspectos esenciales del sistema de cuota de compra de energía que la norma implementa que debían haber sido definidos por el legislador.

(ii) *Aptitud del segundo cargo por vulneración de la potestad reglamentaria del Presidente*

37. La aptitud sustancial del cargo por vulneración de la potestad reglamentaria del Presidente no fue objeto de cuestionamiento específico por ninguno de los intervinientes. En cualquier caso, la Corte considera que este cargo es apto. Primero, el cargo es *cierto*, porque el inciso 2 del artículo 296 del PND en efecto dispone que el MinMinas será quien deberá “*reglamentar*” la obligación de compra. Segundo, el cargo es *claro, pertinente y específico*, porque el demandante argumenta que esta orden de reglamentar

⁸⁰ Id., pág. 27.

desconoce que (i) los artículos 189.11 y 370 de la Constitución prescriben que el Presidente es el titular de la potestad reglamentaria en materia de servicios públicos y (ii) de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la facultad *regulatoria* de los ministerios es apenas residual y subsidiaria, por lo que no es posible que el MinMinas reglamente, *motu proprio*, esta obligación de compra. Además, indica que esta orden limita de forma anticipada la facultad del Presidente prevista en el artículo 189.17 de la Constitución de decidir cuáles de los ministerios deben concurrir con él a reglamentar la obligación de compra de energía y, en concreto, los mecanismos mediante los cuales se asignarán los contratos de energía de FNCER a largo plazo. Tercero, estas acusaciones son *suficientes*, pues despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma que, en concreto, exige que la Corte determine si la orden de “reglamentar” la obligación de compra que el artículo 296 del PND impone al MinMinas en efecto excluye o limita en algún grado la potestad reglamentaria del Presidente.

(iii) *Aptitud del tercer cargo por desconocimiento de la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad contractual*

38. La Secretaría Jurídica de la Presidencia considera que el cargo tercero no es apto, en tanto no es cierto que el artículo 296 del PND permita que la autoridad administrativa encargada de reglamentar la norma demandada fije los precios de la energía de manera directa. Por el contrario, la norma prevé que las compras de energía que provengan de FNCER deberán realizarse “*a través de contratos de largo plazo asignados en determinados mecanismos de mercado que la regulación establezca*”. Esto, “*no implica de ninguna manera que los precios serán asignados por la autoridad o un tercero, sino que los mismos se deberán formar a través de estos mecanismos competitivos*”⁸¹.

39. La Sala Plena discrepa de la posición del interviniente. Este cargo es *cierto*, porque las limitaciones a la libertad contractual y la libre iniciativa privada que el demandante invoca como fundamento de su solicitud se derivan razonablemente del texto de la norma demandada. La norma demandada prescribe que los contratos mediante los cuales se dará cumplimiento a la obligación de compra tendrán dos características: (i) deben ser de largo plazo y (ii) serán “*asignados en determinados mecanismos de mercado que la regulación establezca*”. Estas características podrían implicar limitaciones a la libertad contractual y la libre iniciativa privada, puesto que, de un lado, impiden que los comercializadores y generadores pacten el plazo durante el cual las obligaciones de suministro de energía se mantendrán vigentes. Será el regulador el que fije el plazo durante el cual estas obligaciones deberán cumplirse. De otro lado, en respuesta al auto de pruebas, el MinMinas y la CREG informaron que, de acuerdo con la regulación vigente, los contratos “*asignados*” son aquellos que se perfeccionan mediante un mecanismo de *asignación centralizada* en el que los comercializadores y generadores únicamente participan presentando ofertas anónimas de compra y venta. Es el

⁸¹ Intervención SJP, pág. 18.

regulador quien después realiza el “calce” de estas ofertas y liquida los contratos. Además, los contratos asignados no se negocian libremente, por el contrario, estos se caracterizan “*por emplear contratos estandarizados y garantizar la anonimidad de las partes durante la negociación (...) con el fin de lograr que dichas negociaciones sean objetivas y no sean susceptibles de manipulación unilateral coordinada por uno o más participantes*”⁸².

40. De otro lado, el cargo es *claro, pertinente y específico*, puesto que el demandante expone de manera comprensible las razones concretas por las cuales considera que la limitación a la libre iniciativa privada, la libertad de contratación y la libertad de empresa son desproporcionadas y desconocen la Constitución. En particular, argumenta que (i) estos derechos se encuentran previstos en los artículos 333 y 334 de la Constitución y (ii) en las sentencias C-265 de 1994, C-263 de 2011 y C-265 de 2019, la Corte Constitucional ha sostenido que estos derechos hacen parte del núcleo esencial de las libertades económicas que la Constitución protege. Estos argumentos constituyen acusaciones *suficientes* que generan una duda de constitucional y exigen que la Corte analice de fondo si la norma limita estas libertades económicas y si estas restricciones satisfacen los requisitos de las leyes de intervención del Estado en la economía.

(iv) *Aptitud del cuarto cargo por violación al derecho a la igualdad y la libre competencia*

41. La Sala Plena encuentra que los argumentos que se presentan como fundamento de la presunta violación al derecho a la igualdad y la libre competencia de los generadores de fuentes convencionales, de un lado, y aquellos que se presentan como fundamento de la violación de los derechos de los comercializadores mayoristas, de otro, son independientes. Por lo tanto, llevará a cabo el análisis de aptitud de estas acusaciones de forma individual.

42. *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 imponga una barrera de entrada a los generadores de fuentes convencionales que afecte las condiciones de competencia en el MEM. Señala que la disposición acusada “*no se refiere en ningún momento a la obligación de comprar energía a un tipo de generador específico*”⁸³ y, además, la ley “*no impide que un mismo generador cuente con plantas o facilidades convencionales de energía y, a la vez, sea el propietario de plantas que funcionen con base en FNCER*”⁸⁴. Por lo tanto, los generadores de energía proveniente de fuentes convencionales “*podrán competir con otros propietarios de plantas a base de FNCER para efectos de la obligación establecida en la norma demandada*”⁸⁵.

⁸² Informe de pruebas CREG, pág. 5.

⁸³ Id., pág. 16.

⁸⁴ Id.

⁸⁵ Id., pág. 14.

43. La Corte considera que este cargo es apto. De un lado, es *claro, pertinente y específico*, porque la acusación del demandante sigue un hilo conductor lógico y está soportada en argumentos precisos y concretos de constitucionalidad. El actor explica de manera inteligible que la norma demandada segmenta el MEM y que dicha segmentación supone una barrera de entrada que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional⁸⁶, es contraria a la libre competencia (art. 333) y el derecho a la igualdad (art. 13 de la CP), dado que impide que, en uno de los segmentos (8-10%), los generadores de energía de fuentes convencionales vendan la energía que producen a los comercializadores. De igual forma, otorga una ventaja competitiva para los generadores de FNCER que constituye un trato diferenciado contrario al mandato de trato paritario entre competidores. Este trato diferenciado consiste en que los generadores de FNCER, a pesar de ofertar el mismo bien (energía), pueden competir por un porcentaje mayor del MEM. Asimismo, el autor expone las razones específicas por las cuales considera que dicha limitación a la libre competencia no es idónea ni proporcionada en sentido estricto.

44. De otro lado, el cargo cumple con la exigencia de certeza. La Corte concuerda con la Secretaría Jurídica de la Presidencia en que la norma demandada y el régimen legal aplicable a la actividad de generación no impide que los generadores de fuentes convencionales desarrollen proyectos de generación de FNCER y, en este sentido, compitan en el segmento del mercado en el que únicamente puede venderse energía proveniente de estas fuentes. Sin embargo, ello no implica que la interpretación del demandante no se desprenda razonablemente del texto de norma. La Corte considera que la acusación del actor es cierta, pues, en efecto, el artículo 296 del PND establece una condición de entrada a los generadores para poder competir en un segmento del mercado: vender energía proveniente de FNCER. Es *prima facie* razonable inferir que el cumplimiento de esta condición afecta la libre competencia, en tanto retrasa la entrada de competidores a este segmento del MEM y otorga una ventaja competitiva a aquellos generadores de energía eléctrica que, a la fecha de entrada en vigor de la norma, ya tenían plantas de FNCER. Por último, el cargo es *suficiente*, porque despierta una duda sobre la constitucionalidad y proporcionalidad de las restricciones que la norma demandada implica al ejercicio de la libre competencia en MEM.

45. *Aptitud del cargo por vulneración de la libre competencia y el derecho a la igualdad de los comercializadores mayoristas.* La Secretaría Jurídica de la Presidencia sostiene que esta acusación carece de certeza, pues la regulación del MEM “*no diferencia entre comercializadores mayoristas (denominación inexistente en la normatividad aplicable) y comercializadores minoristas (quienes también acuden al MEM), por lo que no es correcto afirmar que la disposición del artículo 296 de la Ley 1955 de 2029 (...) incluye un trato diferenciado entre categorías de comercializadores, pues estas son inexistentes para los efectos de la norma*”⁸⁷.

⁸⁶ En particular, el actor hace referencia a las sentencias C-265 de 1994, C-263 de 2013 y C-265 de 2019.

⁸⁷ Id., pág. 13.

46. La Sala Plena encuentra que el cargo por vulneración del derecho a la igualdad y la libre competencia de los “*comercializadores mayoristas*” no es apto, en tanto carece de certeza y no permite concluir, siquiera *prima facie*, que la norma impone un trato diferenciado entre sujetos comparables. Primero, no es cierto que el artículo 296 del PND imponga la obligación de compra de energía únicamente a los “*comercializadores mayoristas*” y, al mismo tiempo, excluya a los “*comercializadores minoristas*” de su cumplimiento. A diferencia de lo que afirma el demandante, el inciso 1° de la norma demandada prevé expresamente que los sujetos pasivos de la obligación de compra de energía son todos los “*agentes comercializadores del mercado mayorista*”. De esta forma, una lectura literal de esta disposición no permite inferir razonablemente la existencia de un trato diferenciado entre comercializadores “*mayoristas*” y “*minoristas*”.

47. Segundo, no es cierto que los “*agentes comercializadores del mercado mayorista*”, a los que el artículo 296 del PND impone la obligación de compra, sean los “*comercializadores mayoristas*”. En este punto, la Corte encuentra que la interpretación que el demandante propone del término “*agentes comercializadores del mercado mayorista*”, parte de una caracterización equivocada de los “*comercializadores mayoristas*” y los “*comercializadores minoristas*”, que no se deriva de la legislación aplicable a la actividad de comercialización. El artículo 11 de la Ley 143 de 1994 define la comercialización como la “*actividad consistente en la compra de energía eléctrica y su venta a los usuarios finales*”. La comercialización es una actividad de intermediación que, a su vez, está compuesta por dos actividades que se desarrollan en dos mercados diferentes: (i) la *compra* de la energía a los generadores, la cual tiene lugar en el MEM; y (ii) la *venta* de la energía a los usuarios finales, la cual se desarrolla en el denominado “*mercado minorista*”⁸⁸. Ahora bien, la existencia de dos mercados de comercialización de energía no supone que existan dos tipos de comercializadores, unos mayoristas y otros minoristas. En principio, *todos* los comercializadores compran la energía en el MEM y, posteriormente, venden esa energía a los usuarios finales en el mercado minorista. En tales términos, existe sólo un grupo de agentes comercializadores que participan en dos mercados diferentes; en eso consiste su actividad de intermediación. Por lo tanto, no es posible inferir que al referirse a los “*agentes comercializadores del mercado mayorista*” la norma pretendía imponer la obligación de compra a un grupo de agentes comercializadores y, al mismo tiempo, excluir a otros.

48. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte concluye la

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

acusación relativa al desconocimiento de los derechos de los *comercializadores mayoristas* no es apta y, por lo tanto, no emitirá un pronunciamiento de fondo respecto de esta acusación.

(v) ***Aptitud del quinto cargo por desconocimiento de la finalidad social del Estado y la prestación eficiente de los servicios públicos***

49. La Secretaría Jurídica de la Presidencia y la SER argumentan que el cargo quinto carece de *certeza*, pues el hecho de que la norma no “*incluya la palabra ‘eficiencia’ ni referencias a ésta de manera expresa, no la torna en inconstitucional, ni hace que se esté desconociendo este fin que hace parte de la concepción constitucional de la prestación de los servicios públicos*”⁸⁹. Además, afirman que el encarecimiento del precio de la energía es un efecto apenas hipotético y eventual del artículo 296 del PND.

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

51. En primer lugar, *carece de certeza*, dado que la acusación del demandante está soportada en (i) una interpretación irrazonable de la disposición acusada y (ii) en efectos hipotéticos de su aplicación que no se derivan de su contenido normativo. La interpretación del demandante es irrazonable, en tanto desconoce que el inciso 1º del artículo 296 del PND prescribe expresamente que la regulación que expida el MinMinas debe garantizar que los contratos de compra de energía a largo plazo sean asignados “*a través de mecanismos de mercado*”. Los mecanismos de “*mercado*” evitan que el precio de la energía se forme en condiciones no competitivas, porque en estos se protege “*la libre competencia, la formación eficiente de los precios*”⁹⁰ y su asignación responde “*al ofrecimiento de las mejores condiciones del mercado*”⁹¹. Además, estos mecanismos no permiten trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, puesto que se caracterizan “*por emplear contratos estandarizados y garantizar la anonimidad de las partes durante la negociación. Esto se hace con el fin de lograr que dichas negociaciones sean objetivas y no sean susceptibles de manipulación unilateral coordinada por uno o más participantes*”⁹². De esta forma, a diferencia de lo que afirma el demandante, el artículo 296 del PND no permite que el precio de la energía de los contratos bilaterales de FNCER se forme en condiciones no competitivas y tampoco permite trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente de estos agentes.

52. De otro lado, el eventual incremento en el precio de la energía eléctrica y la tarifa que pagan de los usuarios de bajos recursos es un efecto hipotético e

⁸⁹ Id., pág. 6.

⁹⁰ Informe de pruebas CREG, pág. 7.

⁹¹ Id.

⁹² Id.

implausible del artículo 296 del PND que no se desprende de su contenido normativo. De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, en la actualidad el precio KW/h de la energía proveniente de FNCER no es más alto que el de la energía proveniente de fuentes convencionales. La CREG, la UPME y el MinMinas informaron a la Corte que el precio de la energía al que se remunerarán los contratos de FNCER que fueron asignados es de COP 158,35/kWh⁹³, mientras que aquel de la energía proveniente de fuentes convencionales en los contratos ordinarios de largo plazo es de COP 205,2/kWh⁹⁴. En cualquier caso, un eventual incremento en el precio de la energía en su componente de generación (G) no supone, necesariamente, un incremento de la tarifa que pagan los usuarios de bajos recursos. La regulación de la tarifa del 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 el Estado*”.

53. En segundo lugar, *no es pertinente*, porque la acusación del actor no está soportada en argumentos de naturaleza constitucional. En concreto, la Sala considera que la argumentación del actor parte de un entendimiento del alcance del mandato de prestación eficiente de los servicios públicos previsto en el artículo 365 de la Constitución que no está soportado en el texto constitucional. En concreto, el demandante parece sugerir que la Constitución exige que la eficiencia en la prestación de un servicio público sea evaluada únicamente a partir de criterios eficiencia *económica*. Esto no es cierto. La Constitución y la jurisprudencia de este Tribunal permiten que el legislador incorpore criterios de eficiencia ambiental y energética para efectos de alcanzar la prestación eficiente de estos servicios. En tales términos, acusar al legislador de haberle dado prevalencia al cumplimiento de objetivos de política ambiental por sobre consideraciones de eficiencia económica, constituye un argumento de conveniencia y corrección de las decisiones legislativas, no de constitucionalidad.

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

55. 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

⁹³ Informe de pruebas CREG, pág. 31.

⁹⁴ Informe de pruebas MinMinas, pág. 30. “*De cara al caso concreto en la subasta de contratación de largo plazo realizada en 2019, se puede observar que los resultados de los precios obtenidos son cercanos a un treinta por ciento por debajo de los contratos bilaterales observados en el mercado al momento de su realización*”.

de reserva de ley, (ii) el cargo segundo por vulneración de la potestad reglamentaria del Presidente, (iii) el cargo tercero por violación de la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad 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 generadores de fuentes convencionales. Por su parte, la acusación relativa a la presunta vulneración al derecho a la igualdad y la libre competencia de los comercializadores mayoristas no es apta, en tanto carece de certeza. Asimismo, el cargo quinto por desconocimiento del mandato de prestación eficiente de los servicios públicos y la finalidad social del Estado, carece de aptitud sustancial, puesto que no es cierto, pertinente ni suficiente. Por lo tanto, la Corte se inhibirá de emitir un pronunciamiento de fondo en relación con estas acusaciones.

4. Examen de constitucionalidad de la norma demandada

56. En el presente acápite, la Corte realizará el examen de constitucionalidad del artículo 296 del PND, para lo cual dividirá el análisis en dos secciones. En la primera sección, delimitará el contenido del artículo 296 del PND y describirá el contexto normativo nacional e internacional en el que se inscribe (**sección 4.1 *infra***). Luego, en la segunda sección, estudiará si la norma demandada vulnera los principios constitucionales y derechos fundamentales invocados por el demandante, para lo cual llevará a cabo un estudio individual de cada uno de los cargos formulados por el demandante que superaron el examen de aptitud sustancial (**sección 4.2 *infra***).

4.1. Delimitación del contenido y contexto normativo del artículo 296 del PND

57. El artículo 296 del PND instituye un instrumento de fomento económico a la generación de energía eléctrica proveniente de FNCER: un sistema de cuota de compra de energía eléctrica por virtud del cual “*los agentes comercializadores del Mercado de Energía Mayorista estarán obligados a que entre el 8 y el 10% de sus compras de energía provengan de fuentes no convencionales de energía renovable*”. De otro lado, prevé que esta obligación de compra tiene por finalidad explícita alcanzar la “*resiliencia y complementariedad*” de la matriz energética del país y de esta forma aportar a “*la reducción de las emisiones de carbono*”. Por último, prescribe que esta obligación deberá cumplirse “*a través de contratos de largo plazo asignados en determinados mecanismos de mercado que la regulación establezca*”.

58. Con el objeto de delimitar el contenido de la disposición acusada y comprender el contexto normativo en el que se inscribe, a continuación, la Sala Plena presentará una explicación de la Política Nacional de Cambio Climático (PNCC) y, en particular, de las obligaciones de mitigación y adaptación al cambio climático del sector energético. Luego, expondrá una caracterización de los instrumentos regulatorios y de fomento económico a las FNCER, con especial énfasis en los sistemas de cuota de compra de energía. Por último, la

Sala Plena llevará a cabo una explicación del funcionamiento del MEM y caracterizará los contratos mediante los cuales los comercializadores y generadores transan la energía eléctrica en este mercado.

4.1.1. Política Nacional de Cambio Climático – obligaciones de adaptación y mitigación al cambio climático del sector eléctrico

59. *Conceptualización del cambio climático y su relación con la industria energética.* El cambio climático es una alteración a largo plazo del sistema climático (atmósfera, hidrósfera, biósfera, litósfera y criósfera) atribuido, principalmente, a las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero (GEI⁹⁵). El acelerado crecimiento económico, el aumento de la población mundial y la demanda de recursos naturales han incrementado las concentraciones de GEI “a niveles superiores a los registrados en al menos 800000 años”⁹⁶, lo cual ha acelerado el calentamiento de la temperatura atmosférica y de los cuerpos de agua⁹⁷. Cada una de “las últimas décadas ha registrado mayores temperaturas respecto de cualquier otra década desde 1850”⁹⁸.

60. Las emisiones de GEI provienen de diversas fuentes y sectores económicos, sin embargo, diversos órganos internacionales han resaltado que el sector energético “está en el centro de la emergencia del cambio climático y debe estar en el centro de su solución”⁹⁹. En efecto, el Quinto Informe de Evaluación del IPCC sostiene que este sector es el mayor emisor de GEI a nivel global¹⁰⁰, en tanto la producción y consumo de energía es responsable de aproximadamente “dos tercios de las emisiones globales de GEI”¹⁰¹. A pesar de los objetivos mundiales de mitigación de emisiones de GEI, las emisiones del sector energético aumentan cada año¹⁰². Por ejemplo, en el caso colombiano, las emisiones de este sector aumentaron de 75.86 millones de toneladas métricas de CO₂ en 2010 a 88.60 en 2020¹⁰³ y, actualmente, representan el 10% del total de las emisiones del país, tal y como se muestra en la siguiente

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 Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* [Stocker, T.F., D. Qin, G.-K. Plattner, M. Tignor, S.K. Allen, J. Boschung, A. Nauels, Y. Xia, V. Bex and P.M. Midgley (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, 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. 19 de enero de 2021. <https://unfccc.int/es/news/el-mundo-necesita-una-rapida-transicion-a-la-energia-sostenible>

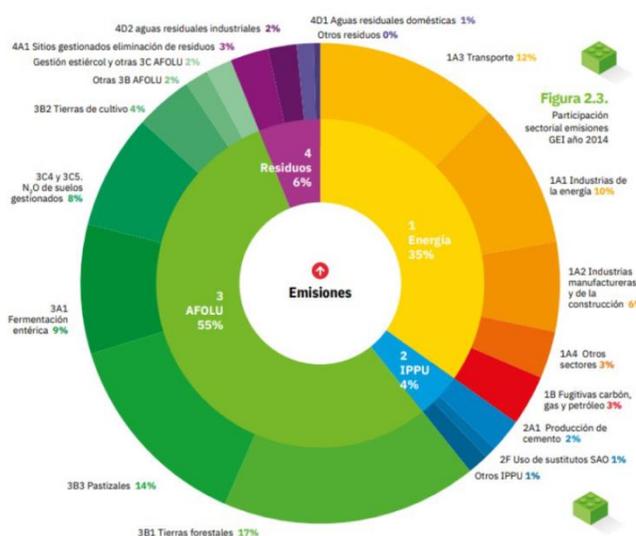
¹⁰⁰ IPCC, Quinto Informe de Evaluación. Sistemas de Energía, pág. 516 y ss.

¹⁰¹ IRENA, Untapped Potential for Climate Action. Renewable Energy in Nationally Determined Contributions, pág. 11 y ss.

¹⁰² ClimateWatch, Historical GHG Emissions Database. https://www.climatewatchdata.org/ghg-emissions?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. Cfr. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. NDC actualizada de Colombia. 10 de diciembre de 2020.

gráfica¹⁰⁴:



61. *Impactos ambientales, económicos y sociales del cambio climático.* Las alteraciones que los GEI causan al clima mundial (i) representan riesgos graves e irreversibles para el medio ambiente, (ii) amenazan gravemente el desarrollo económico¹⁰⁵ y (iii) afectan la garantía de los derechos humanos¹⁰⁶. Entre los impactos ambientales derivados del cambio climático se encuentran los cambios en el ciclo hidrológico, el derretimiento de los polos y glaciares, el aumento del nivel del mar, la acidificación de los océanos, la pérdida de biodiversidad, la intensificación (periodicidad e intensidad) de los fenómenos meteorológicos extremos (sequías, inundaciones, huracanes, incendios forestales, etc.) y la proliferación de enfermedades tropicales¹⁰⁷. De otro lado, el cambio climático es una de las mayores amenazas para la economía, puesto que “los costes globales y los riesgos del cambio climático equivaldrán a la pérdida de al menos un 5% del PIB global anual, ahora y siempre. Teniendo en cuenta una mayor diversidad de riesgos e impactos, las estimaciones de los daños podrían alcanzar un 20% o más del PIB”¹⁰⁸. Asimismo, el cambio climático compromete el goce efectivo de los derechos humanos, porque el incremento en la temperatura afecta especialmente a poblaciones vulnerables debido a que causa “inseguridad alimentaria, mayores precios de los alimentos, pérdida de ingresos, impactos adversos en la salud, así como desplazamientos de comunidades”¹⁰⁹. Entre las poblaciones más vulnerables al cambio climático se encuentran aquellas que “dependen de la agricultura y la pesca, los pueblos indígenas, los niños, los adultos mayores [y] la clase pobre trabajadora, entre otros”¹¹⁰. Por lo anterior, es necesario adoptar medidas urgentes y coordinadas en contra del cambio climático que permitan estabilizar las concentraciones atmosféricas de GEI¹¹¹.

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.

62. *Marco normativo internacional y nacional.* La Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), el Protocolo de Kyoto y el Acuerdo de París, de los cuales Colombia es parte¹¹², son los principales instrumentos internacionales sobre cambio climático. Estos tratados reconocen que “*los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad*”, que requiere la acción conjunta y coordinada de todos los Estados. Estos tratados tienen un objetivo común: estabilizar las concentraciones de GEI en la atmósfera, lo cual se traduce en el compromiso de “*mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de temperatura a 1.5°C con respecto a los niveles preindustriales*”¹¹³.

63. *Compromisos de mitigación y adaptación.* Los tratados internacionales citados prevén dos tipos de obligaciones para combatir el cambio climático: (i) las obligaciones de mitigación y (ii) las obligaciones de adaptación. Las *obligaciones de mitigación* abordan las causas del cambio climático y, en este sentido, tienen como propósito reducir las emisiones antropogénicas de GEI. Los Estados pueden mitigar sus emisiones mediante la reducción de emisiones en la fuente, el incremento de la capacidad de los sumideros de GEI, el uso de las tecnologías de captura y almacenamiento de carbono (CAC), entre otros¹¹⁴. 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*”¹¹⁵.

64. Las obligaciones específicas de mitigación y adaptación de los Estados están contenidas en sus respectivas Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC). Cada Estado Parte del Acuerdo de París debe presentar un documento en el que detalle las medidas concretas de mitigación y adaptación que llevará a cabo a partir de 2020 para cumplir con el objetivo del Acuerdo. Las NDC deben ser comunicadas “*cada cinco años*”, y deben representar “*una progresión respecto a la [NDC] que esté vigente para esa Parte, y 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.

65. La política pública sobre cambio climático de Colombia se ha construido con base en los compromisos internacionales adquiridos por el Estado en virtud

¹¹² Estos tratados fueron aprobados por Colombia mediante las leyes 160 de 1994 (CMNUCC), 624 de 2000 (Protocolo de Kyoto) y 1844 de 2017 (Acuerdo de París). Asimismo, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad en las sentencias C-073 de 1995, 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 a las Partes no incluidas en el anexo I a lograr un desarrollo sostenible y contribuir al objetivo último de la Convención, así como ayudar a las Partes incluidas en el anexo I a dar cumplimiento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones contraídos en virtud del artículo 3*”.

¹¹⁵ Acuerdo de París, art. 7.

¹¹⁶ Id.

de la CMNUCC, el Protocolo de Kyoto y el Acuerdo de París. Los lineamientos generales de esta política se encuentran previstos, principalmente, en la ley 1931 de 2018 “*por la cual se establecen directrices para la gestión del cambio climático*” y en la Política Nacional de Cambio Climático (PNCC), la cual tiene por finalidad “*incorporar la gestión del cambio climático en las decisiones públicas y privadas para avanzar en una senda de desarrollo resiliente al clima y baja en carbono*”¹¹⁷. La PNCC prevé que las autoridades del sector minero energético deben adoptar políticas y lineamientos que incentiven “*un desarrollo bajo en carbono y resiliente al clima actual y futuro y que aproveche eficientemente el potencial de las energías renovables*”¹¹⁸. En cumplimiento de este mandato, el MinMinas adoptó el Plan Integral de Gestión del Cambio Climático para el Sector Minero Energético (PIGCCm) mediante la Resolución 40807 de 2018 la cual contiene los objetivos de mitigación y adaptación del sector y la justificación técnica de tales objetivos.

66. *Compromisos internacionales y nacionales de adaptación y mitigación del sector energético.* El 10 de diciembre de 2020, Colombia actualizó su NDC para el periodo 2020-2030. Este documento contiene los compromisos de mitigación y adaptación del Estado Colombiano y, en concreto, aquellos aplicables al sector de energía eléctrica. Estos compromisos también están contenidos en la PNCC y en el PIGCCm.

67. La NDC establece cuatro compromisos de mitigación para este sector. Primero, diversificar la *matriz energética*, por medio de “*la promoción de la autogeneración de energía mediante fuentes alternativas*”, la transformación de energía en las ZNI y el desarrollo de FNCER¹¹⁹. La *matriz energética* es el término que se utiliza para referirse al conjunto de fuentes, recursos y tecnologías de generación mediante los cuales se atiende la demanda de energía eléctrica del país. Una matriz energética es diversificada y complementaria si las diferentes fuentes de generación que la integran “*se correlacionan y compensan entre sí las deficiencias para abastecer la demanda tanto en periodos de normalidad, (...) como frente a situaciones climáticas que le afecten, en tanto se busca que estos recursos complementarios no se vean afectados por el mismo fenómeno*”¹²⁰. Segundo, garantizar la *eficiencia energética*, esto es, optimizar el suministro de energía eléctrica, de manera que se reduzcan las emisiones “*sin afectar las condiciones del mercado ni la confiabilidad de la prestación del servicio*”¹²¹. Tercero, disminuir las *emisiones fugitivas* asociadas a la cadena productiva de los hidrocarburos, así como incentivar el aprovechamiento de dichas emisiones¹²². Cuarto, mejorar la *gestión de la demanda* de energía eléctrica entre “*horas pico y valle*”¹²³, así como “*gestionar la generación de energía eléctrica en horas valle a partir de*

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.

fuentes no contaminantes”¹²⁴.

68. De otro lado, Colombia presentó tres compromisos de *adaptación* para el sector energético que se concretan, a su vez, en el desarrollo de tres líneas estratégicas. De un lado, la línea estratégica de *infraestructura resiliente*, cuya finalidad es fortalecer la resiliencia del sector Minero Energético y de la matriz energética frente a los “*efectos del cambio climático y la variabilidad climática, [así como] proteger su competitividad*”¹²⁵. Una matriz energética es *resiliente* si cuenta con “*diversas fuentes y tecnologías de generación 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 riesgos generados por el cambio climático en la canasta energética, y explore nuevas tecnologías en el sistema energético*”¹²⁷. Por último, la línea estratégica de *gestión de entorno*, que busca gestionar “*los riesgos climáticos de los territorios con desarrollo minero energético, para disminuir su vulnerabilidad y los efectos negativos sobre la operación sectorial*”¹²⁸. Las líneas estratégicas tienen un único objetivo común: “*contribuir a la transformación energética del país, de tal manera que se garantice la competitividad de las industrias minero energéticas ante los escenarios del clima cambiante*”¹²⁹.

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

Obligaciones de mitigación y adaptación al cambio climático del sector eléctrico	
<i>Obligaciones de mitigación</i>	<ol style="list-style-type: none">1. Diversificar la matriz energética2. Garantizar la eficiencia energética3. Disminuir las emisiones fugitivas4. Mejorar la gestión de la demanda de energía eléctrica
<i>Obligaciones de adaptación</i>	<ol style="list-style-type: none">1. Línea estratégica de infraestructura resiliente2. Línea estratégica de información para la adaptación3. Línea estratégica de gestión de entorno

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

70. *Las energías renovables y los compromisos de mitigación y adaptación al cambio climático*. La Secretaría de la CMNUCC ha resaltado que es necesario

¹²⁴ Id.

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

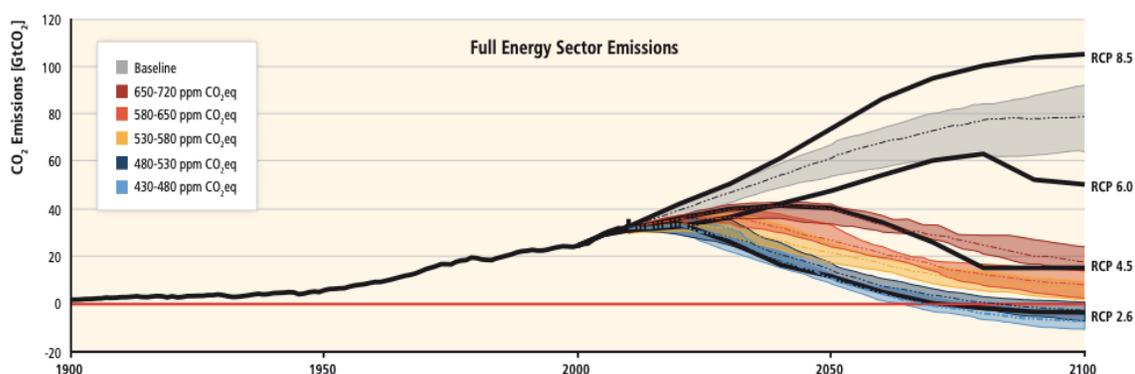
¹²⁶ Informe de pruebas MinMinas, pág. 35.

¹²⁷ Id.

¹²⁸ Id.

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

implementar una “*transición rápida y amplia hacia la energía renovable*”¹³⁰, con el fin de “*lograr los objetivos de reducción de emisiones establecidos en el Acuerdo de París*”¹³¹. En el mismo sentido, el IPCC ha señalado que el fomento de la generación de energía proveniente de FNCER es un mecanismo idóneo y efectivo que contribuye a alcanzar los objetivos de mitigación y adaptación del sector eléctrico. De un lado, el uso de las FNCER contribuye mitigar el cambio climático pues reduce las emisiones de GEI que la generación de energía eléctrica causa. La siguiente gráfica muestra las distintas proyecciones de emisiones de GEI del sector eléctrico si se aumenta la capacidad de generación de energía mediante fuentes renovables (franjas de colores) respecto de los niveles actuales de emisiones (franja gris), así:



71. Asimismo, el IRENA y la OEA han destacado que la inversión en FNCER es una estrategia eficaz para cumplir los objetivos de adaptación dado que la diversificación de la matriz energética contribuye a garantizar (i) la seguridad, (ii) la resiliencia y (iii) 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 que actúan como respaldo cuando existe una falla en un punto determinado*”¹³² de la cadena de generación de energía eléctrica. Segundo, contribuye a garantizar la *resiliencia energética* pues una de las causas de la vulnerabilidad climática del sector de energía es la concentración 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*”¹³⁴, reduce la dependencia de la matriz energética en el recurso hídrico. Tercero, contribuye a garantizar la *eficiencia energética*, porque las FNCER son una alternativa costo-eficiente de generación y suministro de energía eléctrica¹³⁵. Entre 2010 y 2019, los costos promedio de generación de estas fuentes disminuyeron un 82% en el caso de la

¹³⁰ Naciones Unidas, Secretaría de la CMNUCC. El mundo necesita una rápida transición a la energía sostenible. 19 de enero de 2021. <https://unfccc.int/es/news/el-mundo-necesita-una-rapida-transicion-a-la-energia-sostenible>

¹³¹ Id.

¹³² OEA, Seguridad Energética para el Desarrollo Sostenible en las Américas, pág. 11 y ss.

¹³³ OEA, Seguridad Energética para el Desarrollo Sostenible en las Américas, pág. 11 y ss.

¹³⁴ OEA, Seguridad Energética para el Desarrollo Sostenible en las Américas, pág. 11 y ss.

¹³⁵ IRENA, Renewable Power Generation Costs in 2019. https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2020/Jun/IRENA_Power_Generation_Costs_2019.pdf

energía solar y entre un 47% y 39% en el caso de la energía eólica¹³⁶.

72. *Instrumentos de fomento a la generación de energía proveniente de FNCER.* El cumplimiento de las obligaciones de mitigación y adaptación del sector eléctrico depende, en gran medida, de la adopción de un marco regulatorio que prevea instrumentos de fomento económico para la generación de energía mediante fuentes renovables. De acuerdo con el IPCC “*el éxito de las políticas públicas en el sector eléctrico depende de (...) la remoción de barreras financieras, el desarrollo de un sólido marco legal y de la estabilidad regulatoria*”¹³⁷. Esto es así, porque las tecnologías renovables “*todavía necesitan incentivos económicos directos (regulaciones basadas en precios o cantidades fijas de inversión) o incentivos económicos indirectos (impuestos al carbono e internalización de otras externalidades), con el fin de aumentar su participación en el mercado [de energía eléctrica]*”¹³⁸. El IPCC ha resaltado la eficacia de los siguientes instrumentos económicos para promover la generación de energía eléctrica mediante FNCER: (i) los incentivos tributarios, (ii) **los sistemas de cuotas de generación o compra de energía**, (iii) los precios fijos a la energía o *Feed-in Tarriffs (FiT)*, (iv) los subsidios, (v) los sistemas de certificados verdes de origen y (vi) la focalización de los incentivos económicos a determinadas fuentes de generación de energías renovables¹³⁹.

73. *Los sistemas de cuotas de generación o compra de energía eléctrica.* Los sistemas de cuota de energía, como el que el artículo 296 del PND instituye, son uno de los instrumentos de fomento económico de las FNCER más comunes en el mundo en la actualidad. 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 IRENA, para el año 2016, “*más de 100 jurisdicciones ha[bían] adoptado alguna modalidad de sistema de cuota*”¹⁴⁰, también conocido como “*renewable portfolio standards (RPS)*” (portafolios de energía renovable). Estos sistemas de cuota han demostrado ser efectivos, especialmente, en países en los que existen mecanismos de regulación que “*monitoreen y castiguen su incumplimiento*”¹⁴¹. El siguiente cuadro describe 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 (“ <i>Ordonnance du 19 juillet 2001</i> ”) dispone que los comercializadores deben comprar un porcentaje de energía de FNCER. El cumplimiento de esta obligación se verifica mediante un sistema de “ <i>certificados de origen de energía verde</i> ” (“ <i>labels of guaranteed origin</i> ”). Para el año 2020 la cuota mínima de “ <i>energía verde</i> ” ascendía al 10%.

¹³⁶ Id.

¹³⁷ IPCC, Quinto Informe de Evaluación. Sistemas de Energía, pág. 517 y ss.

¹³⁸ IPCC, Quinto Informe de Evaluación. Sistemas de Energía, pág. 564 y ss.

¹³⁹ Id.

¹⁴⁰ International Renewable Energy Agency (2018). *Renewable Energy Policies in a Time of Transition*, pág. 61. Consultado en: [https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2018/Apr/IRENA IEA REN21 Policies 2018.pdf](https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2018/Apr/IRENA_IEA_REN21_Policies_2018.pdf)

¹⁴¹ Id.

Polonia	La Ley de Energía (<i>“The Energy Law Act of 10 April 1997”</i>) obliga a los generadores y comercializadores de energía a mantener una determinada cuota de <i>“certificados verdes de origen”</i> que demuestren que un porcentaje de la energía generada o comprada proviene de energías renovables (artículo 9.a.1.1). Los agentes que no cumplan con esta cuota deberán pagar una tarifa sustituta (artículo 9.a.1.2). Para el año 2020, la cuota mínima de energías renovables en los portafolios de generadores y comercializadores ascendía al 19% ¹⁴² .
Noruega	La Ley de Certificados Eléctricos (<i>“Electricity Certificates Act”</i>) establece un sistema de cuota de energía renovable por cada MWh de electricidad vendida o consumida. Para el 2020, la cuota asciende a 0.189 por MWh ¹⁴³ .
Suecia	La Ley de Certificados Eléctricos (<i>Act No. 2011:1200- Regulation on Electricity Certificates</i>) prevé que los comercializadores de energía deben comprar un porcentaje de energía de fuentes renovables. Para el año 2020, la cuota mínima ascendía 0.288 por MWh ¹⁴⁴ .
Chile	La Ley de Energías Renovables No Convencionales (Ley 20257 de 2008) estableció una cuota inicial del 5% de electricidad renovable en 2014. Esta cuota se incrementa en un 0,5% hasta llegar al 10% en el año 2024.
Estados Unidos	En Estados Unidos no existe una cuota de compra a nivel nacional. Sin embargo, veintinueve Estados cuentan con un sistema de cuotas de energía renovable, o RPS. Este sistema <i>“requiere que las empresas de servicios eléctricos obtengan una cierta parte de la electricidad que venden a los usuarios finales a partir de fuentes renovables de energía. Las empresas de servicios públicos prueban el cumplimiento de estos requisitos mediante créditos de energía renovable”</i> ¹⁴⁵ . A título de ejemplo, en California, el 33% del consumo de electricidad de las empresas de servicios públicos para 2021 tiene que provenir de energías renovables ¹⁴⁶ .

4.1.3. El servicio público de energía eléctrica en Colombia, el Mercado de Energía Mayorista y los contratos mediante los cuales se transa energía eléctrica en el MEM

74. *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, incluida su conexión y medición”*. De acuerdo con la Ley 143 de 1994, este servicio público se presta a través del SIN¹⁴⁷, en las zonas interconectadas, y mediante la infraestructura que los prestadores dispongan para su operación, en las ZNI¹⁴⁸.

75. Las actividades que componen la prestación del servicio público de energía eléctrica son las siguientes: (i) generación, (ii) transmisión-

¹⁴² Tomado de: <http://www.res-legal.eu/search-by-country/poland/single/s/res-e/t/promotion/aid/quota-system-2/lastp/175/>

¹⁴³ Electricity Certificates Act, No. 39 of 2011. Ver también <http://www.res-legal.eu/search-by-country/norway/single/s/res-e/t/promotion/aid/quota-system-3/lastp/379/>

¹⁴⁴ <http://www.res-legal.eu/search-by-country/sweden/single/s/res-e/t/promotion/aid/quota-system-1/lastp/199/>

¹⁴⁵ Felix Mormann, *Constitutional Challenges and Regulatory Opportunities for State Climate Policy Innovation*, 41 HARV. ENVTL. L. REV. 189 (2017).

¹⁴⁶ Maria Gallucci, *“Renewable Energy Standards Target of Multi-pronged Attack,” Inside Climate News*. 19 de marzo de 2013.

¹⁴⁷ Ley 143 de 1994, artículo 11. El SIN es el sistema compuesto por *“las plantas y equipos de generación, la red de interconexión, las redes regionales e interregionales de transmisión, las redes de distribución, y las cargas eléctricas de los usuarios”*.

¹⁴⁸ Ley 143 de 1994, artículo 11. *“Zonas no interconectadas: área geográfica en donde no se presta el servicio público de electricidad a través del Sistema Interconectado Nacional”*.

interconexión, (iii) comercialización y (iv) distribución¹⁴⁹. La generación consiste en “*la producción de energía eléctrica mediante planta conectada al sistema interconectado nacional (SIN)*”¹⁵⁰. Los generadores pueden producir la energía de tres tipos de fuentes (i) fuentes convencionales de energía¹⁵¹; (ii) fuentes no convencionales de energía (FNCE)¹⁵² y (iii) fuentes no convencionales de energía renovable (FNCR) que están compuestas por aquellos “*recursos de energía renovable disponibles a nivel mundial que son ambientalmente sostenibles, pero que en el país no son empleados o son utilizados de manera marginal y no se comercializan ampliamente*”¹⁵³. Se consideran FNCR la biomasa, los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos, la eólica¹⁵⁴, la geotérmica¹⁵⁵, la solar¹⁵⁶ 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 por el generador, hasta el punto de recepción por la distribuidora*”¹⁵⁷. La actividad de distribución, por su parte, se concreta en “*el transporte de energía a través de las redes de distribución, hasta la entrega al usuario final para su consumo*”¹⁵⁸. Por último, la comercialización es una actividad de intermediación que consiste “*en la compra de energía eléctrica y su venta a los usuarios finales, regulados o no regulados*”¹⁵⁹. El valor del costo unitario de la prestación del servicio público de energía eléctrica está compuesto por la sumatoria los costos de cada una de las actividades que lo componen: (i) generación (39%); (ii) transmisión (6%), (iii) distribución (27%), (iv) comercialización (14%); (v) pérdidas (8%) y (vi) restricciones (5%)¹⁶⁰.

76. La siguiente gráfica esquematiza la operación y funcionamiento de servicio de energía eléctrica cuando este es prestado a través del SIN¹⁶¹:

¹⁴⁹ Ley 142 de 1994, art. 14.25.

¹⁵⁰ Intervención SJP, pág. 30. Resolución CREG, 024 de 1995, art. 1. “*Generador. Persona natural o jurídica que produce energía eléctrica, que tiene por lo menos una central conectada al SIN con una capacidad efectiva total en la central superior a los 20 MW o aquellos que tienen por lo menos una central de capacidad efectiva total menor o igual a 20 MW conectada al SIN, que soliciten ser despachados centralmente*”. En la sentencia C-587 de 2014, la Corte Constitucional precisó que “*la generación envuelve la producción de energía eléctrica a partir del agua, aire o combustibles, mediante un proceso de transformación que se realiza en centrales hidráulicas, eólicas o térmicas*”.

¹⁵¹ Ley 1715 de 2014, art. 5.15. Este artículo define las fuentes convencionales como “*aquellos recursos de energía que son 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 recursos de energía disponibles a nivel mundial que son ambientalmente sostenibles, pero que en el país no son empleados o son utilizados de manera marginal y no se 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 de energía renovable 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 no convencional de energía 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 de energía renovable 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-electrico-colombiano.aspx>



77. *El MEM y las transacciones de energía entre generadores y comercializadores.* El artículo 11 de la Ley 143 de 1994 define el MEM como el mercado de “grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el sistema interconectado nacional, con sujeción al reglamento de operación”. Como puede verse, los agentes que participan en el MEM son los generadores y los comercializadores. Las transacciones de energía entre estos agentes se realizan mediante tres mecanismos: (i) contratos de energía en la bolsa de energía (mercado *spot*), (ii) contratos bilaterales de energía a largo plazo *ordinarios* y (iii) el mecanismo de contratación que introdujo el artículo 296 del PND: los contratos bilaterales de FNCER de largo plazo. Por medio de estos contratos, los generadores se comprometen entregar una determinada cantidad de energía durante un plazo específico a cambio de un precio que pagan los comercializadores. En la actualidad, en Colombia el 18% de la energía que se transa en el MEM se negocia mediante la bolsa de energía y el 82% por medio de los contratos de largo plazo¹⁶².

78. *Contratos de energía en bolsa (mercado spot)*¹⁶³. Los contratos de energía en bolsa son “aquellos contratos de energía a corto plazo que se transan en el denominado mercado *spot*”¹⁶⁴. Estos contratos se celebran y liquidan por intermedio de la *bolsa de energía*, el cual es un mecanismo de intercambio de ofertas y demandas de energía para la enajenación hora a hora de la energía¹⁶⁵. Los agentes generadores y comercializadores no negocian directamente las condiciones de estos contratos, tampoco escogen a los agentes con los que celebrarán las transacciones, ni pactan el precio de la energía. Por el contrario, su participación en el proceso consiste únicamente en la presentación de sus ofertas diarias de venta y compra de energía. Luego, XM en ejercicio de su

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.*, del 24 de mayo de 2018. Ver también, CREG, Resolución 024 de 1995. Art. 7. “Operaciones en el Mercado Mayorista. En el mercado mayorista se realizan las siguientes operaciones: (...) b. Contratos de Energía en la Bolsa: Son aquellos que se celebran a través del Administrador del SIC, para la enajenación hora a hora de energía, y cuyos precios, cantidades, garantías, liquidación y recaudo se determinan por la presente resolución y por el acuerdo de las partes en las reglas del SIC”.

¹⁶⁵ Resolución CREG 024 de 1995¹⁶⁵, art. 1. Esta disposición prevé que la *Bolsa de Energía* es el sistema “en donde los generadores y comercializadores del mercado mayorista ejecutan actos de intercambio de ofertas y demandas de energía, hora a hora, para que el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales ejecute los contratos resultantes en la bolsa de energía, y liquide, recaude y distribuya los valores monetarios correspondientes a las partes y a los transportadores”.

función de Centro Nacional de Despacho¹⁶⁶ lleva a cabo el “calce” o “cruce” de la oferta y la demanda y liquida las transacciones mediante un proceso de *asignación centralizada*¹⁶⁷. El precio de la energía en estos contratos (precio de bolsa) corresponde al “*precio de oferta más alto en la hora respectiva, en la Bolsa de Energía*”¹⁶⁸, es decir, “*la oferta de la última planta despachada para atender la demanda*”¹⁶⁹. Los contratos que se celebran en bolsa son de corto plazo, por cuanto las obligaciones de suministro y disponibilidad de energía de los generadores se presentan a diario y únicamente tienen una duración de 24 horas.

79. *Contratos bilaterales de energía a largo plazo ordinarios*. El artículo 7 de la Resolución CREG 025 de 1994 dispone que los contratos bilaterales a largo plazo “*son aquellos en que generadores y comercializadores pactan libremente las condiciones, cantidades, y precios para la compra y venta de energía eléctrica a largo plazo*”¹⁷⁰. Estos contratos son a “largo plazo”, en tanto no se perfeccionan por intermedio del sistema de la bolsa de energía y, por lo tanto, tienen un plazo mayor a 24 horas que las partes pactan libremente. Los contratos a largo plazo son “*instrumentos financieros*”¹⁷¹ que permiten a los agentes generadores y comercializadores “*tener un cubrimiento de precio, frente al precio diario de bolsa, pactado para distintos plazos y cantidades de energía determinadas en el contrato*”¹⁷². En este sentido, estos contratos (i) minimizan el riesgo del mercado asociado a la volatilidad del precio de bolsa¹⁷³ y (ii) permiten obtener “*seguridad en el suministro*”¹⁷⁴. Asimismo, son un instrumento de “*respaldo y garantía para que los inversionistas accedan a créditos y obtengan recursos para la construcción de los proyectos de generación*”¹⁷⁵.

80. *Contratos de largo plazo de FNCER “asignados” en mecanismos de mercado*. El artículo 296 del PND dispuso que la obligación de compra de energía proveniente de FNCER a cargo de los comercializadores debe ser cumplida mediante un nuevo mecanismo de contratación en el MEM: los “*contratos de largo plazo asignados en determinados mecanismos de mercado*”

¹⁶⁶ Ley 143 de 1994, art. 11. “*Centro Nacional de Despacho: es la dependencia encargada de la planeación, supervisión y control de la operación integrada de los recursos de generación, interconexión y transmisión del sistema interconectado nacional*”.

¹⁶⁷ Las condiciones de operación de este mecanismo se encuentran reguladas en la Resolución CREG 024 de 1995.

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 pruebas CREG”).

¹⁷⁰ Ley 143 de 1994, art. 11. Las transacciones que se perfeccionan mediante contratos a largo plazo pueden tener como destino los usuarios regulados o los usuarios no regulados. De acuerdo con la Resolución CREG 086 de 1996, modificada por la Resolución CREG 039 de 2001, en los contratos a largo plazo con destino a los usuarios no regulados las partes pueden pactar los precios de la energía libremente (*mercado libre*). En contraste, en los contratos dirigidos a usuarios regulados, el precio no puede ser libremente pactado entre las partes (*mercado regulado*). Ver también, Laudo Arbitral, *Energía del Río Piedras S.A. E.S.P. contra Empresas 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.S.P.*, del 24 de mayo de 2018.

¹⁷⁴ Id.

¹⁷⁵ Id.

que la regulación establezca". En términos generales, se trata de contratos bilaterales a largo plazo que no se perfeccionan por intermedio de la bolsa de energía. Sin embargo, presentan dos diferencias con los contratos bilaterales *ordinarios*:

81. Primero, no son el resultado de un proceso de libre negociación entre generadores y comercializadores. Por el contrario, el artículo 296 del PND dispone que el MinMinas deberá proferir una resolución en la que diseñe el "*mecanismo de mercado*" mediante el cual estos contratos se perfeccionarán y ejecutarán. En respuesta al auto de pruebas, la CREG, la UPME y el MinMinas explicaron a la Corte qué es un "*mecanismo de mercado*" y cuáles son sus características. En concreto, precisaron que los contratos de energía pueden surgir de la participación de los agentes en mecanismos "*que se reglamentan por una norma para lograr objetivos que pueden incluir algunos de política pública energética*"¹⁷⁶. El término "*mecanismo*" hace referencia a "*las condiciones operativas e institucionales y técnicas que deben implementarse para que interactúen los participantes del mercado*"¹⁷⁷. En este sentido, los mecanismos son los instrumentos o plataformas operativas por medio de las cuales los agentes generadores presentan sus ofertas de venta y los comercializadores la información de la demanda de energía requerida.

82. Estos mecanismos son de "*mercado*" si garantizan "*la libre competencia, la formación eficiente de los precios*" y su asignación responde "*al ofrecimiento de las mejores condiciones del mercado*"¹⁷⁸. En los mecanismos de mercado, los agentes generadores y comercializadores "*no pueden fijar bilateralmente el precio, puesto que, por definición, es un mecanismo que no permite que los participantes manipulen las asignaciones*"¹⁷⁹. Por el contrario, estos se caracterizan "*por emplear contratos estandarizados y garantizar la anonimidad de las partes durante la negociación. Esto se hace con el fin de lograr que dichas negociaciones sean objetivas y no sean susceptibles de manipulación unilateral coordinada por uno o más participantes*"¹⁸⁰. Estos mecanismos de mercado son regulados por las autoridades administrativas (CREG, UPME, MinMinas), sin embargo, ello no supone que el órgano regulador del mecanismo sea quien fije el precio, puesto que "*los precios se formarán justamente mediante el respectivo mecanismo competitivo*"¹⁸¹, es decir, "*los precios resultan de la negociación anónima (y objetiva) entre oferentes y demandantes*"¹⁸². De otro lado, estos mecanismos son de largo plazo, sin embargo, el plazo de los contratos de suministro de energía no es pactado por las partes como en los contratos bilaterales ordinarios. El plazo de los contratos lo determina el regulador como parte integral del diseño del mecanismo de mercado. Actualmente, el plazo de los contratos bilaterales de

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.

FNCER que fue fijado por el MinMinas es de 15 años¹⁸³.

83. Segundo, no se perfeccionan y liquidan directamente por los comercializadores y generadores. Por el contrario, son *asignados*, lo que implica que su perfeccionamiento y liquidación resultan de un proceso de asignación centralizada administrado por el órgano regulador. El proceso de asignación centralizada es aquel mediante el cual “*a través de un mecanismo de subasta, se realiza el calce entre participantes que presentaron ofertas de compra y participantes que presentaron ofertas de venta*”¹⁸⁴.

84. Los contratos de largo plazo mediante los cuales se debe cumplir la obligación de compra prevista en el artículo 296 del PND se encuentran regulados en las Resoluciones MME 40590, 40591 de 2019 y 40725 y la Resolución CREG 106 de 2019¹⁸⁵. Con fundamento en estas resoluciones, la UPME realizó la primera subasta de contratos a largo plazo de FNCER el 22 de octubre de 2019 (subasta CLP. No. 02-2019). En esta subasta se asignaron contratos a 10 agentes generadores quienes se comprometieron a suministrar energía proveniente de FNCER para atender el 6% de la demanda total de energía del sistema a partir del año 2022. El plazo de estos según la regulación es de 15 años.

85. El siguiente cuadro sintetiza los tipos de contrato mediante los cuales los agentes comercializadores y generadores transan la energía en el MEM:

Tipo de contrato	Proceso de negociación y perfeccionamiento	Condiciones de los contratos	Precio	Plazo
1. <i>Contratos de energía en bolsa</i>	Asignación centralizada	Reguladas - minutas de contrato estandarizadas	Precio de bolsa	Corto plazo
2. <i>Contratos bilaterales ordinarios</i>	Libre negociación entre las partes	Libre negociación	El que fijen las partes (usuarios no regulados)	Largo plazo fijado por las partes
3. <i>Contratos bilaterales de FNCER</i>	Mecanismo de mercado de asignación centralizada	Reguladas - minutas de contrato estandarizados	El que resulte de la interacción anónima entre la oferta y la demanda	Largo plazo fijado por la regulación (15 años)

86. *Síntesis del contenido del artículo 296 del PND y el contexto normativo en el que se inscribe.* En conclusión, la norma demandada es una disposición instrumental del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 que tiene por finalidad explícita contribuir a contar con una matriz energética “*complementaria, resiliente y comprometida con la reducción de emisiones de carbono*”. Esta

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 decir, la cantidad de energía que se pretendía cubrir con FNCER, (ii) los contratos para atender esta demanda se adjudicarían a los generadores de FNCER mediante un proceso de subasta voluntaria de dos puntas en sobre cerrado regulado por la UPME, (iii) los contratos tendrían la modalidad “*pague lo contratado*”, (iv) el inicio de la obligación de suministro de energía de los generadores adjudicados sería en enero de 2022, y (v) los contratos tendrían un plazo de 15 años. De la misma forma, previeron que si la energía adjudicada superaba la demanda objetivo se activaría un mecanismo complementario para asignar esta diferencia y adjudicar los contratos respectivos.

finalidad, está directamente relacionada con el cumplimiento de los compromisos de mitigación y adaptación al cambio climático del sector energético previstos en los tratados internacionales de cambio climático y la PNCC.

87. Para alcanzar estas finalidades, el artículo 296 del PND implementa un sistema de cuota de compra de energía por virtud del cual los agentes comercializadores del MEM estarán obligados a que entre el 8 y el 10% de sus compras de energía provengan de FNCER. Asimismo, dispone que el cumplimiento de esta obligación de compra de energía deberá hacerse por intermedio de un nuevo mecanismo de contratación de energía en el MEM: los contratos bilaterales de FNCER a largo plazo. El detalle regulatorio del mecanismo de asignación y de los términos y condiciones de los contratos bilaterales de FNCER debe ser fijado por el MinMinas o la autoridad a que este delegue. A tal efecto, el inciso 1 de la norma demandada establece las características principales de estos contratos, a saber: (i) se perfeccionan mediante un mecanismo de mercado de asignación centralizada, (ii) sus condiciones de cumplimiento y ejecución estarán reguladas en minutas de contrato estandarizadas, (iii) el precio de remuneración en estos contratos será el que resulte de la interacción anónima entre la oferta y la demanda y (iv) serán de largo plazo, pero no indefinidos.

4.2. Análisis de constitucionalidad de los cargos formulados por el demandante

88. En el presente acápite, la Corte Constitucional examinará si el artículo 296 del PND vulnera los principios constitucionales y derechos fundamentales invocados por el demandante. Para ello, en primer lugar, determinará si infringe la reserva legal aplicable al desarrollo del régimen jurídico de los servicios públicos y el ejercicio de las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación (**sección 4.2.1 infra**). Luego, estudiará si desconoce la potestad reglamentaria del Presidente y la naturaleza residual y subsidiaria de la potestad de reglamentación de los ministerios (**sección 4.2.2 infra**). Por último, examinará si la obligación de compra que la norma instituye viola la libertad de empresa, la libre competencia y el derecho a la igualdad de los agentes generadores y comercializadores del MEM (**sección 4.2.3 infra**). En cada una de estas secciones la Sala Plena (i) delimitará el contenido normativo acusado, (ii) resumirá las solicitudes y argumentos presentadas por los intervinientes en relación con el cargo objeto de estudio y (iii) planteará un problema jurídico específico.

4.2.1. Primer cargo: presunta vulneración del principio de reserva de ley

89. *Contenido normativo acusado.* El artículo 296 del PND dispone que el MinMinas, o la entidad a la que este delegue, “reglamentará mediante resolución el alcance de la obligación establecida en el presente artículo”. De la misma forma, prevé que el cumplimiento de la obligación de compra deberá

hacerse “a través de contratos de largo plazo asignados en determinados mecanismos de mercado que la regulación establezca” y que “las condiciones de inicio y vigencia de la obligación serán definidas en dicha reglamentación”.

90. *Demanda y solicitudes de inexecutableidad.* El demandante señala que el artículo 296 del PND vulnera los artículos 150.21, 333, 365 y 367 de la Constitución, los cuales disponen que las normas que desarrollen el régimen jurídico de prestación de los servicios públicos y fijen el “alcance” de las libertades económicas, tienen reserva de ley. Argumenta que la norma demandada ordena que mediante una resolución se fijen tres *elementos esenciales* de la obligación de compra que suponen modificaciones al régimen de prestación de los servicios públicos de generación y comercialización de energía eléctrica y el ejercicio de las libertades económicas en el MEM, que debían haber sido fijados por el legislador directamente. Estos son: (i) el “alcance” de la obligación de compra de energía, es decir, el porcentaje exacto de la energía proveniente de FNCER que los comercializadores deben comprar, (ii) la metodología a partir de la cual los contratos de compra de energía, mediante los cuales se dará cumplimiento a la obligación de compra, serán asignados; y (iii) el “inicio” y la “vigencia” de dicha obligación¹⁸⁶.

91. *Solicitudes de executableidad.* La Secretaría Jurídica de la Presidencia, la SER y el Procurador General de la Nación sostienen que el artículo 296 del PND no desconoce el principio de reserva de ley. Esto, porque el inciso 1 define todos los aspectos esenciales de la obligación de compra de energía. Además, únicamente permite que la reglamentación defina aspectos marginales y puntuales relativos a “las condiciones operativas, institucionales y técnicas que deben implementarse”¹⁸⁷ para su cumplimiento. Sostienen que la fijación de la duración de los contratos que se consideran a “largo plazo”, así como las condiciones de inicio y exigibilidad de la obligación, deben ser definidos en atención a criterios “técnicos, fácticos, financieros, operativos e instrumentales”¹⁸⁸ que pueden variar por factores propios o externos de la actividad económica de prestación del servicio público de energía eléctrica. Por lo tanto, estos elementos deben ser determinados por la autoridad regulatoria.

92. *Problema jurídico y metodología de decisión.* La Sala debe responder el siguiente problema jurídico: ¿La norma demandada vulnera el principio de reserva de ley en materia de servicios públicos y libertades económicas al permitir que el MinMinas defina mediante resolución (i) el alcance de la obligación de compra de energía, es decir, el porcentaje exacto de energía proveniente de FNCER que debe ser comprado por los comercializadores; (ii) las condiciones de inicio, vigencia y plazo de la obligación de compra y (iii) los mecanismos mediante los cuales los contratos de suministro de energía serán asignados? Para resolver el problema jurídico, 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

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

¹⁸⁷ Intervención SJP, pág. 49.

¹⁸⁸ Id.

del PND vulnera o no dicho principio.

(i) *El principio de reserva material de ley en materia de servicios públicos y libertades económicas*

93. *El principio de reserva de ley en la jurisprudencia constitucional.* El principio de reserva de ley es una institución constitucional que exige que los elementos esenciales del régimen jurídico de ciertas materias deben estar contenidos en una fuente normativa específica: la Ley¹⁸⁹. Esta institución protege el principio democrático, en tanto confiere al legislador la “*potestad exclusiva*”¹⁹⁰ de tomar aquellas decisiones normativas que por su relevancia política “*el constituyente decidió que fueran desarrolladas en una ley*”¹⁹¹. Al mismo tiempo, prohíbe que estas materias sean “*deslegalizadas*”, lo cual implica que el legislador no puede asignar su desarrollo al Ejecutivo u otras autoridades administrativas¹⁹² y, además, marca un límite a la actividad reglamentaria y regulatoria, “*de manera que aquel espacio que la Constitución ha reservado a la ley no puede ser ocupado por normas de inferior jerarquía*”¹⁹³.

94. *La reserva de ley no es absoluta y tiene un contenido relativo*¹⁹⁴. En primer lugar, no es absoluta, dado que no exige que el legislador determine la totalidad de los elementos que componen el régimen jurídico de la materia sujeta a reserva. El “*objeto propio de la reserva*”¹⁹⁵ es, únicamente, el “*núcleo esencial*”¹⁹⁶ de la materia reservada. Asimismo, este principio no supone un “*vaciamiento de contenido de la potestad reglamentaria del Presidente*”¹⁹⁷ ni la facultad regulatoria de otras autoridades administrativas¹⁹⁸, puesto que permite que mediante el reglamento o la regulación se desarrollen ciertos elementos puntuales de la materia objeto de reserva. En segundo lugar, el principio de reserva de ley es *relativo*, porque su contenido y alcance dependen de (i) “*la propia norma que establece la reserva*”¹⁹⁹, dado que la Constitución le impone al legislador la obligación de regular ciertas materias con un grado de detalle diferenciado y específico; y (ii) la “*naturaleza misma de las materias objeto de regulación*”²⁰⁰, puesto que no todas las materias asignadas por la Constitución al Congreso son susceptibles de igual grado de desarrollo legislativo. En estos términos, la Corte Constitucional ha señalado que es posible diferenciar “*entre*

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 Valdés.

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 para regular una institución depende en buena medida del mayor o menor grado de detalle con el que la Carta constitucional se haya ocupado hacerlo directamente*”.

*reservas más o menos estrictas, en relación con la posibilidad de concreción administrativa de los elementos contenidos en la ley*²⁰¹.

95. *Reserva de ley en servicios públicos.* La Constitución prevé que el régimen jurídico de prestación de los servicios públicos tiene reserva legal. En efecto, el artículo 367 prescribe que “[l]os servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”. Asimismo, el artículo 150.23 *ibídem* instituye que le corresponde al Congreso “[e]xpeditar las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”. Esta reserva busca que el régimen de los servicios públicos “sea el resultado de un proceso de deliberación pluralista, público, abierto a la participación de todos y responsable ante las personas que sean usuarios de dichos servicios”²⁰².

96. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han sostenido que la reserva legal en materia de servicios públicos es altamente “flexible”²⁰³ y menos estricta que otro tipo de reservas (v. gr., reserva de ley en derechos fundamentales). Esto, porque el constituyente “trazó algunos lineamientos estructurales, [pero] no definió integralmente el régimen jurídico de los servicios públicos, ni la forma específica de intervención del Estado en ese sector económico”²⁰⁴. En este sentido, al momento de desarrollar el régimen de los servicios públicos, el legislador puede emplear “fórmulas de desarrollo legal amplias”²⁰⁵ y prever una “remisión expresa al reglamento”²⁰⁶ con el objeto de que el Presidente o las autoridades administrativas tengan un margen de actuación amplio y suficiente²⁰⁷ para el diseño específico de “los elementos puntuales, técnicos y cambiantes”²⁰⁸ del régimen de prestación y operación de estos servicios. La posibilidad de que las autoridades administrativas diseñen “la microregulación de la Ley”²⁰⁹ tiene como fundamento el “dominio técnico jurídico”²¹⁰ y la “inmediación que se da entre dichos entes y los temas reales de implementación”²¹¹.

97. La Corte Constitucional ha precisado que las normas que deleguen a las

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. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁰² Sentencia C-150 de 2003.

²⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 22 de octubre de 2015, Rad.11001-03-24-000-2013-00319-00A, 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. Mauricio Fajardo Gómez.

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 básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquella tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la 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. 11001-03-24-000-2010-00279-00, CP. Hernando Sánchez Sánchez. Ver también, Sentencia C-917 de 2002.

²¹¹ Sentencia C-917 de 2002.

autoridades administrativas la facultad de reglamentar o regular aspectos técnicos, operativos y cambiantes del régimen de los servicios públicos deben definir “*criterios inteligibles, claros y orientadores (...) dentro de los cuales ha de actuar la administración*”²¹². En concreto, el legislador debe fijar (i) las finalidades de la reglamentación y regulación administrativa que guiarán a la administración²¹³, (ii) la extensión de la facultad reglamentaria o regulatoria que se confiere²¹⁴ y (iii) las reglas a las cuales “*se sujetará el órgano de regulación y que regirán la actividad regulada*”²¹⁵.

98. *Reserva de ley en la definición del alcance de las libertades económicas de los particulares que adelantan la prestación de servicios públicos.* Los poderes de intervención del Estado en materia de servicios públicos suponen la facultad “*de restringir las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación*”²¹⁶. Sin embargo, las normas que delimiten el alcance de estas libertades y limiten su ejercicio están sujetas a reserva de ley. El artículo 150.21 de la Constitución dispone que le corresponde al legislador expedir las “*leyes de intervención económica*” en las actividades económicas a las que se refiere el artículo 334 de la Constitución (dentro de las que se encuentran los servicios públicos). Asimismo, prevé que estas leyes “*deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica*”.

99. La reserva de ley en esta materia no implica que “*todo acto de intervención estatal en el ámbito de la autonomía de la voluntad privada y de las libertades económicas tenga que hacerse directamente por medio de la ley*”²¹⁷, y tampoco exige que el legislador fije todos los elementos específicos de la limitación al ejercicio de estas libertades. La Constitución únicamente impone al legislador la obligación de definir las reglas mínimas de la intervención económica, a saber: (i) las finalidades de la intervención, (ii) la materia sobre la cual recae, (iii) los instrumentos mediante los cuales se desarrolla y (iv) la fijación de reglas “*claras y precisas*”²¹⁸ que determinen el contenido de las facultades del órgano regulador llamado a concretarla²¹⁹. Al mismo tiempo, la Constitución reconoce a las autoridades regulatorias amplia “*deferencia*”²²⁰ para definir “*los aspectos técnicos y puntuales*”²²¹ de dicha intervención. Naturalmente, la labor de concreción del órgano regulador en estos casos supondrá “*una restricción de la autonomía privada y de las*

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, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, Rad. 11001 03 26 000 1999 00012 01 (16230). CP. Mauricio Fajardo Gómez “[l]a potestad de reglamentación es mayor frente a aquellas leyes que, por mandato constitucional, tienen un contenido general, como sucede con las leyes marco y las leyes de intervención económica. En cambio, la potestad reglamentaria ordinaria (C.P., art. 189, ord. 11) suele tener una posibilidad más restringida, pues se trata de desarrollar leyes con un contenido normativo más 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.

libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos”²²². Sin embargo, ello no constituye una violación al principio de reserva de ley siempre que dicha intervención esté “*dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se reali[ce] dentro del marco fijado por la ley*”²²³.

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

100. El artículo 296 del PND versa sobre materias que están sujetas a la reserva de ley aplicable a la regulación de los servicios públicos y el ejercicio de las libertades económicas por parte de los particulares que concurren a su prestación. En efecto, la Ley 143 de 1994 dispone que las actividades de generación y comercialización de energía eléctrica son servicios públicos²²⁴ y que podrán ser prestados por particulares en un marco de libre competencia y libre iniciativa privada²²⁵. En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado que las actividades económicas de prestación de servicios públicos están amparadas por las libertades económicas²²⁶.

101. Sin embargo, la Sala Plena encuentra que el artículo 296 del PND no desconoce la reserva legal aplicable a estas materias por tres razones: la norma demandada (i) define los elementos esenciales de la obligación de compra de energía, (ii) ordena al MinMinas reglamentar aspectos técnicos y operativos referentes a la modalidad cumplimiento de dicha obligación y (iii) fija criterios inteligibles y reglas mínimas que orientan la labor de regulación a cargo del MinMinas.

102. (i) *La norma demandada define los elementos esenciales de la obligación de compra de energía.* Primero, fija las *finalidades de la intervención*, porque dispone de manera expresa que el propósito de la obligación de compra de energía que instituye es contribuir a alcanzar “*una matriz energética complementaria, resiliente y comprometida con la reducción de emisiones de carbono*”. Segundo, precisa el *contenido de la obligación*, en tanto define los topes máximos y mínimos del porcentaje de energía proveniente de FNCER que los comercializadores mayoristas deben adquirir (8-10%). Tercero, define que los *sujetos obligados* a cumplir esta obligación son los agentes comercializadores de energía eléctrica en el MEM.

103. (ii) *El artículo 296 del PND ordena al MinMinas la fijación de aspectos puntuales de la obligación de compra que no están sujetos a reserva.* Esto es, (a) el inicio de la exigibilidad de la obligación y el porcentaje exacto de energía que debe ser comprado, (b) el plazo de los contratos FNCER y (c) el diseño de los mecanismos mediante los cuales estos se asignarán. Estos elementos no

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.

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

104. Primero, el inicio de la exigibilidad de la obligación y el porcentaje exacto de energía que debe ser comprado son aspectos técnicos y operativos variables, porque la obligación de compra únicamente podía hacerse exigible cuando se constatará que la oferta de energía proveniente de FNCER permitía cubrir entre el 8-10% de la demanda que debían atender los comercializadores. La cantidad de energía proveniente de FNCER que los generadores están en capacidad de producir, así como la demanda de energía del sistema son, por definición, variables. De hecho, la disponibilidad de energía proveniente de fuentes no convencionales y renovables depende de factores tales como “*la evolución de las tecnologías de FNCER, las condiciones de mercado, las condiciones climáticas y de adaptabilidad, entre otros*”²²⁷. De la misma forma, la demanda de energía varía día a día en atención a los patrones de consumo y las necesidades de energía eléctrica de los usuarios. En tales términos, es razonable que el inicio de la exigibilidad de la obligación y el porcentaje exacto de energía que debe ser comprado por los comercializadores sean definidos por las autoridades regulatorias, con el objeto de que estas puedan “*acoplar [la regulación] a las necesidades y realidades cambiantes del mercado de energía eléctrica*”²²⁸.

105. Segundo, el *plazo* de los contratos es un aspecto operativo cuya concreción debe llevarse a cabo en atención a variables financieras. El desarrollo de proyectos de generación con FNCER requiere de inversiones iniciales *cuantiosas y riesgosas*, dado el alto costo de las tecnologías de generación que deben ser adquiridas²²⁹ y la volatilidad de las fuentes de generación (irradiación solar y viento²³⁰). Estos proyectos se financian mediante el mecanismo conocido como “*Project finance*”²³¹. En este esquema, los desarrolladores obtienen los recursos para financiar los proyectos mediante créditos que otorgan los prestamistas (bancos), los cuales luego son pagados con “*los propios flujos generados por el proyecto*”²³². Así, los plazos deben fijarse en atención a las condiciones cambiantes de acceso al crédito y la demanda de energía, de forma tal que estos proyectos alcancen su cierre financiero y permitan al inversionista no sólo repagar los costos asociados al financiamiento (capital e intereses), sino también obtener un margen razonable de utilidad.

²²⁷ Intervención SJP, pág. 49.

²²⁸ Id.

²²⁹ UPME, Integración de las energías renovables no convencionales en Colombia, Bogotá, 2015 “*Si bien los costos de inversión de la tecnología para el aprovechamiento de la energía eólica han venido reduciéndose en la medida en que su eficiencia y factores de planta se han venido incrementando, y en algunos casos se puede decir que están en la frontera de competitividad con las fuentes tradicionales, los costos nivelados de la energía a partir de esta fuente aún pueden resultar relativamente altos dadas las implicaciones comerciales de la variabilidad del recurso*”.

²³⁰ La energía eólica se obtiene de la masa de los vientos y la solar fotovoltaica, de la irradiación solar. Tanto los vientos como la irradiación solar son intermitentes y altamente variables en muchas zonas del país en atención a los fenómenos 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.

106. Tercero, el diseño concreto de los mecanismos mediante los cuales se asignarán los contratos es un aspecto técnico y operativo mediante el cual se fijan “*el conjunto de reglas de participación, las características del mecanismo, las condiciones de su realización, la convocatoria, las condiciones de competencia, los participantes y requisitos, el objeto, los topes, y las formas de asignar los contratos entre los participantes*”²³³. Al respecto, es importante que el detalle regulatorio de los demás mecanismos mediante los cuales se transa energía en el MEM - contratos en bolsa y contratos bilaterales de largo plazo ordinarios - se encuentra contenido, principalmente, en resoluciones del MinMinas y la CREG. En este caso, la Sala Plena no encuentra ninguna razón para concluir que, a diferencia de contratos, el diseño específico del mecanismo de compra de energía que la norma demandada instituye debió haber sido fijado en la ley.

107. (iii) *El legislador fijó criterios inteligibles y reglas mínimas que orientan la labor de regulación a cargo del MinMinas.* El artículo 296 del PND permite que el MinMinas fije el porcentaje exacto de la energía que debe ser comprado por los comercializadores. Sin embargo, prevé topes máximos y mínimos dentro de los cuales este ministerio deberá ejercer tal facultad (8-10%). De otro lado, la norma contiene las reglas mínimas que el MinMinas debe atender al momento de diseñar los contratos de largo plazo de FNCER y su mecanismo de asignación. En efecto, prescribe que los contratos que se suscriban entre comercializadores y generadores para dar cumplimiento a la obligación de compra deberán ser de “*largo plazo*”. Asimismo, dispone que estos contratos deberán ser “*asignados*” en determinados mecanismos de “*mercado*”. Estos criterios son claros e inteligibles dado que, como se expuso, la regulación del sector energético define lo que debe entenderse por mecanismos de “*mercado*”, contratos “*asignados*” y contratos de “*largo plazo*” (ver párrs. 81-83 *supra*).

108. En síntesis, el artículo 296 del PND no desconoce la reserva de ley en materia de servicios públicos y libertades económicas, puesto que contiene los elementos esenciales de la obligación de compra que instituye y únicamente ordena al MinMinas concretar de aspectos técnicos, operativos y financieros con el objeto de que la regulación de esta obligación pueda “*acoplarse a las necesidades y realidades cambiantes en el mercado energético*”²³⁴. Además, fija criterios inteligibles y claros que orientan la labor de regulación a cargo de este ministerio.

4.2.2. Segundo cargo: presunto desconocimiento de la potestad reglamentaria del Presidente

109. *Contenido normativo acusado.* El artículo 296 del PND dispone que el MinMinas, o la entidad a la que este delegue, “*reglamentará mediante resolución el alcance de la obligación establecida en el presente artículo*”. De la misma forma, prevé que el cumplimiento de la obligación de compra deberá

²³³ Id.

²³⁴ Informe de pruebas MinMinas, pág. 41.

hacerse “a través de contratos de largo plazo asignados en determinados mecanismos de mercado que la regulación establezca” y que “las condiciones de inicio y vigencia de la obligación serán definidas en dicha reglamentación”.

110. *Demanda y solicitudes de inexecutableidad.* El demandante sostiene que el artículo 296 del PND vulnera la potestad reglamentaria del Presidente (arts. 189 y 370 de la CP), por tres razones. De un lado, desconoce que esta potestad tiene un carácter “previo y superior”²³⁵ respecto de la facultad regulatoria de los ministerios, la cual es “residual y subsidiaria”²³⁶. Esto, porque ordena al MinMinas regular aspectos relevantes de la obligación de compra de energía de manera directa, “sin que tal orden quede condicionada de ninguna manera, según el texto de la norma, a una definición previa del Presidente”²³⁷. De otro lado, limita de forma anticipada la facultad del Presidente, prevista en el artículo 189.17²³⁸ de la Constitución, de decidir cuáles de los ministerios deben “concurrir con él a reglamentar este artículo”²³⁹, puesto que el inciso 2 exige que sea el MinMinas quien profiera la reglamentación correspondiente. Por último, la Corte Constitucional²⁴⁰ ha sostenido que el Presidente tiene la facultad “no condicionada ni limitada”²⁴¹ de definir “cuándo una ley requiere reglamento y en qué sentido”²⁴² y, por ello, “el Congreso no puede decidir, sin más, que una ley o un artículo de una ley deben ser reglamentados por un Ministerio”²⁴³. En este sentido, “la orden específica y concreta de reglamentar”²⁴⁴ que la norma demandada impone al MinMinas, viola el artículo 189.11 de la Constitución.

111. *Solicitudes de executableidad.* La Secretaría Jurídica de la Presidencia el CEDEC y el Procurador General de la Nación argumentan que el artículo 296 del PND no restringe la potestad reglamentaria del Presidente. Sostienen, que la potestad del primer mandatario para la cumplida ejecución de las leyes es de orden constitucional, por lo que éste “la puede y debe ejercer cuando corresponda sin que ninguna ley pueda impedirselo”²⁴⁵. En criterio de los intervinientes, la norma demandada “no tiene una regla de prohibición expresa o de obstáculo para que el Presidente la ejerza”²⁴⁶, porque “el hecho de que no se incluya de manera expresa en la norma que el Presidente puede ejercerla, no implica su exclusión o anulación”²⁴⁷.

²³⁵ Escrito de corrección de la demanda, pág. 5.

²³⁶ Id.

²³⁷ Escrito de corrección de la demanda, pág. 10.

²³⁸ Constitución, art. 189. “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 17. Distribuir los negocios según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos”.

²³⁹ Escrito de corrección de la demanda, pág. 10.

²⁴⁰ El demandante se refiere a las sentencias C-1005 de 2008 y C-805 de 2001.

²⁴¹ Escrito de corrección de la demanda, pág. 8.

²⁴² Id., pág. 10.

²⁴³ Id., pág. 8.

²⁴⁴ Id.

²⁴⁵ Concepto PGN, pág. 7.

²⁴⁶ Concepto PGN, pág. 6. En el mismo sentido, la Secretaría Jurídica de la Presidencia argumenta que: “la norma demandada no limita injustificadamente y de manera irrazonable el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República en la materia, pues no prohíbe expresamente su ejercicio ni tampoco contiene cláusula alguna que así permita interpretarlo”. Intervención SJP, pág. 37.

²⁴⁷ Intervención SJP, pág. 46. En el mismo sentido, el CEDEC afirma que “la facultad otorgada por la Ley al

112. De otro lado, señalan que el legislador puede asignar directamente a los ministerios la facultad para “*expedir regulaciones de carácter general sobre las materias contenidas en la legislación, cuando estas tengan un carácter técnico u operativo, dentro de la órbita competencial del respectivo Ministerio*”²⁴⁸, siempre que se cumplan dos requisitos: (i) “*haya una ley que lo habilite*” y (ii) la regulación atienda “*las disposiciones emanadas por el Presidente en ejercicio de la potestad reglamentaria, esto es, que no contraríen los Decretos reglamentarios en caso de que el Presidente decida ejercer dicha facultad constitucional*”²⁴⁹. La norma demandada satisface estos requisitos, en tanto “*la potestad de regulación fue radicada en cabeza del Ministerio de Minas y Energía por el artículo acusado, es decir, mediante una ley*”²⁵⁰. Además, la materia objeto de regulación se refiere a asuntos relacionados con el sector energético que se encuentran dentro de la órbita de competencias del MinMinas. Asimismo, la norma no desconoce el carácter residual y subsidiario de la potestad regulatoria, pues la regulación que expida el MinMinas debe atender los lineamientos previstos en el Decreto Reglamentario 570 de 2018, “*por el cual se adiciona el Decreto único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía en lo relacionado con los lineamientos de política pública para la contratación a largo plazo de proyectos de generación eléctrica y se dictan otras disposiciones*”.

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

(i) Contenido y alcance de la potestad reglamentaria del Presidente y de los ministros

114. La potestad reglamentaria es la facultad que la Constitución otorga a diferentes autoridades públicas para expedir reglamentos²⁵¹, es decir, actos

Ministerio no es reglamentaria sino regulatoria. Y, en todo caso, la ley no deroga el artículo 189 de la Constitución, y, por tanto, el Presidente por supuesto sigue teniendo la facultad de reglamentarla para garantizar su cumplida ejecución”. Intervención CEDEC, pág. 42.

²⁴⁸ Concepto PGN, pág. 6.

²⁴⁹ Intervención SJP, pág. 40.

²⁵⁰ Id, pág. 41.

²⁵¹ Al respecto ver sentencia C-447 de 1996 “*El reglamento, ha sido definido por la doctrina, como el conjunto de normas generadoras de situaciones jurídicas generales, dictadas por la Administración, o por los distintos organismos del Estado o del poder público, que no ostentan la potestad legislativa. Algunos doctrinantes lo clasifican en: Reglamentos ejecutivos o secundum legem y Reglamentos independientes o praeter legem. Los primeros son los que se dictan en ejecución de una ley preexistente, función muy amplia que comprende tanto los reglamentos que detallan, desarrollan o complementan los preceptos legales, cuanto aquellos que preparan la ejecución propiamente dicha, disponiendo los instrumentos técnicos necesarios (...) la característica básica es que están inmediatamente ligados a una ley, a sus preceptos concretos, o a un conjunto de leyes*”.

administrativos o “*disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto*”²⁵² que tengan por objeto desarrollar la Ley y 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.

a) La potestad reglamentaria del Presidente

115. *Definición y contenido de la potestad reglamentaria del Presidente.* El artículo 189.11 de la Constitución prescribe que “*le corresponde al Presidente de la República: (...) Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes*”. La Corte Constitucional ha definido la potestad reglamentaria del Presidente como la facultad general que la Constitución confiere al primer mandatario para dictar “*normas de carácter general*”²⁵⁴ destinadas a “*la correcta ejecución y cumplimiento de la ley*”²⁵⁵. La potestad reglamentaria del Presidente tiene como propósito “*desarrollar las reglas generales consagradas [en la ley], explicitar sus contenidos, hipótesis y supuestos, e indicar la manera de cumplir lo reglado, es decir, hacerla operativa*”²⁵⁶. Esta potestad tiene naturaleza administrativa y no legislativa, lo que implica que debe ejercerse dentro del marco fijado por la Ley²⁵⁷ y, por ello, las normas reglamentarias que se expidan deben “*tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella*”²⁵⁸. Así, el primer mandatario carece de competencia para “*ampliar, restringir o modificar el contenido [de la ley]*”²⁵⁹, reglamentar leyes “*que no ejecuta la Administración*”²⁶⁰, y desarrollar materias “*cuyo contenido está reservado al legislador*”²⁶¹.

determinadas a cuyo desarrollo o ejecución se provee. Los segundos son aquéllos que se dictan sin una ley previa a cuya ejecución se atiende. No son, claro está reglamentos contra legem, prohibidos por el principio de jerarquía normativa, sino reglamentos que no tienen como finalidad el desarrollo de normas legales previas en la materia de que se trate, que no aparecen complementarios de una ley, sino que regulan materias de las que no se ha ocupado el legislador o de las que se ha ocupado de manera fragmentaria (...)La Constitución consagra en el artículo 189-11 la llamada potestad reglamentaria, al definir las competencias del Presidente de la República: Corresponde al Presidente de la República: (...) Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes’. Así las cosas, dicho funcionario no requiere de autorización alguna para desarrollar dicha actividad pues ésta se deriva directamente de la Carta. Sin embargo, la Constitución alude al Reglamento en otros preceptos, por ejemplo, en el artículo 151 al ordenar que por medio de ley orgánica se expida el Reglamento del Congreso y de cada una de las Cámaras, los cuales difieren de los reglamentos de la administración”.

²⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de noviembre de 2014. 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 los ministros de expedir actos administrativos de contenido general y abstracto: “*potestad regulatoria*”, “*potestad de regulación administrativa*”, “*potestad de reglamentación*” y “*potestad reglamentaria*”. En la presente sentencia, la Corte empleará el término “*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 expedir “*reglamentos constitucionales*” 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.

116. *Características de la potestad reglamentaria.* La potestad reglamentaria del Presidente tiene 4 características: (i) se ejerce por derecho propio, (ii) es irrenunciable, (iii) es permanente e inagotable y (iv) es intransferible.

117. En primer lugar, se ejerce por “*derecho propio*”²⁶², por cuanto es una potestad atribuida al Presidente directamente por la Constitución y, por tanto, su ejercicio no requiere “*autorización de ninguna clase por parte del legislador*”²⁶³. Es importante precisar, sin embargo, que la Corte Constitucional ha precisado que el legislador puede ordenarle al Presidente que ejercite la potestad reglamentaria “*con el fin de garantizar el efectivo cumplimiento de las leyes, en caso que el legislador considere que por la materia de que se trata se requiere de una pronta y urgente reglamentación*”²⁶⁴. En estos casos, la expedición del reglamento constituye un “*deber jurídico legal que ha de cumplir el Gobierno Nacional*”²⁶⁵, porque “*si bien es cierto que la Constitución consagra en el artículo 113 la separación de funciones también destaca la colaboración armónica de los distintos órganos para la realización de los fines del Estado*”²⁶⁶. En segundo lugar, es irrenunciable, “*por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley*”²⁶⁷. En tercer lugar, es permanente o “*inagotable*”²⁶⁸, pues “*puede ejercerse en cualquier tiempo*”²⁶⁹. Por último, es intransferible, dado que (i) “*la ley no puede atribuir la potestad reglamentaria [del Presidente] a otros órganos administrativos distintos al presidente de la República, pues la radicación de aquella función la hace directamente la Constitución Política*”²⁷⁰ y (ii) no puede ser delegada sino en los casos y con las formalidades que la misma Constitución determina.

b) La potestad reglamentaria de los ministros

118. El artículo 208 de la Constitución prevé que “*los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en sus respectivas dependencias. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley*”. Con fundamento en esta disposición, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han sostenido que los ministros son titulares de una potestad “*residual de regulación*”²⁷¹ o “*potestad reglamentaria derivada o de segundo grado*”²⁷² que “*atañe al ámbito de su respectiva*

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. 202011001-03-25-000-2012-00494-00(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 noviembre de 2014. Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00119-00, CP., Guillermo Vargas Ayala; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 30 de octubre de 2019,

*especialidad*²⁷³. De esta forma, “*el Ministro del ramo está facultado para dictar reglamentos o actos administrativos de contenido general en los asuntos de su competencia*”²⁷⁴. La atribución de esta potestad se justifica “*dado que cada ministerio tiene un alto grado de especialización sobre las materias sometidas a su cargo*”²⁷⁵ y, por lo tanto, “*en ellos radica el dominio técnico de los aspectos operativos relativos a su área, lo cual los hace las autoridades más idóneas para el manejo directo de dichos asuntos, así como de impartir las instrucciones necesarias para su correcto funcionamiento*”²⁷⁶.

119. *Características de la potestad reglamentaria de los ministros*. La potestad reglamentaria de los ministros es subsidiaria y residual frente a la potestad reglamentaria del Presidente²⁷⁷. Es *subsidiaria*, puesto que los actos normativos que los ministros expidan en ejercicio de esta potestad tienen una jerarquía normativa inferior a los que expide el primer mandatario y, por ello, no pueden “*contrariar lo dispuesto en un decreto reglamentario del Presidente de la República*”²⁷⁸. Esto es así, dado que los ministerios son “*órganos dependientes cuyas competencias generales están previstas en la ley. La manera como están regulados en la Constitución claramente indica su subordinación al Presidente de la República, de tal modo que no tienen competencias autónomas. Todas las que se les atribuyan deben ejercerlas bajo la dirección del Presidente de la*

Radicación número: 11001-03-27-000-2017-00004-00(22877). CP. Jorge Octavio Ramírez.

²⁷³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, sentencia del 16 de abril de 2015, Rad. 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223) CP. William Zambrano Cetina. Ver también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 24 de agosto de 2000, Rad. 6096. CP. Juan Alberto Polo Figueroa.

²⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 26 de septiembre de 2019 Rad. 11001-03-24-000-2010-00279-00, CP. Hernando Sánchez Sánchez. Es importante resaltar que en la sentencia C-150 de 2003, la Corte Constitucional indicó que la función de reglamentar y regular se puede manifestar en instrumentos muy diversos. “*Dadas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia*”.

²⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 23 de abril de 2020 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). CP. William Hernández Gómez.

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

*República*²⁷⁹. De otro lado, es *residual*, porque (i) para que los ministros puedan ejercer competencias reglamentarias debe existir “*un contenido o materia legal que pueda ser regulado*” el cual “*traza las fronteras dentro de las cuales debe desplegarse la facultad de regulación de los Ministerios*”²⁸⁰ y (ii) solo puede ejercerse “*cuando la materia requiere todavía un mayor nivel de especificidad no alcanzado por la ley o por el reglamento [del Presidente] que la ha desarrollado en un primer momento*”²⁸¹.

120. *La atribución directa de potestad reglamentaria a los ministros*. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado²⁸² han indicado que “*no resulta inconstitucional que una ley atribuya, de manera directa, a los ministros del Despacho, competencias para expedir normas de carácter general*”²⁸³ sobre materias que estén dentro de la órbita competencial del respectivo Ministerio. Asimismo, han resaltado que “*la Ley puede establecer que el Gobierno se valdrá para actuar de un determinado Ministerio, al cual se le pueden reconocer, desde luego, funciones reguladoras siempre y cuando tales funciones se ajusten a órdenes normativos del más alto rango*”²⁸⁴. La atribución directa de potestad reglamentaria a los ministros no viola la potestad reglamentaria del Presidente, en tanto “*el hecho de otorgar para ciertos aspectos facultad de regulación al Ministerio, no es óbice para que el Jefe de Gobierno, en cualquier momento, ejerza su competencia*”²⁸⁵. Además, “*cuando el legislador señala que corresponde a un determinado Ministerio expedir la regulación técnica o especializada de cierta materia, resulta evidente que tal regulación debe hacerse con sujeción a la ley y al Reglamento [del Presidente]*”²⁸⁶ y, en concreto, el ministro debe ejercer dicha potestad “*bajo la dirección y orientación del Presidente de la República y en armonía con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley*”²⁸⁷.

121. En tales términos, la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de leyes que otorgan facultad reglamentaria o de regulación administrativa a los ministerios de manera directa. A título de ejemplo, en la sentencia C-1005 de 2008 la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del parágrafo segundo del artículo 11 de la Ley 1101 de 2006 el cual prevé que “[e]l Ministerio de Comercio, Industria y Turismo reglamentará el procedimiento de selección de los representantes gremiales al Comité

²⁷⁹ Id.

²⁸⁰ Sentencia C-1005 de 2008.

²⁸¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 16 de abril de 2015, Rad. 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223). CP. William Zambrano.

²⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 23 de abril de 2020, Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00494-00(1976-12). CP. William Hernández Gómez. “*Ahora, conviene precisar que la Corte Constitucional ha interpretado que la ley no puede atribuir la potestad reglamentaria a otros órganos administrativos distintos al presidente de la República, pues la radicación de aquella función la hace directamente la Constitución Política, sin embargo, es viable que conceda a los ministros la función de emitir normas generales de carácter técnico y especializado dentro del ámbito de su competencia, sin que por ello, pueda entenderse disminuida la de aquel, no obstante, la ejecución de esta tarea siempre debe sujetarse 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-1005 de 2008.

²⁸⁴ Sentencia C-1005 de 2008.

²⁸⁵ Id.

²⁸⁶ Sentencia C-805 de 2001.

²⁸⁷ Sentencia C-1005 de 2008.

Directivo del Fondo de Promoción Turística, garantizando la participación de los pequeños prestadores de servicios turísticos”. La Corte precisó que “podría parecer, prima facie, que el artículo 8° literal (d) y el artículo 11 parágrafo segundo de la Ley 1101 de 2006 le atribuyen directamente al Ministerio la facultad reglamentaria y, al hacerlo, podría darse también la impresión de estar vaciando de contenido la Potestad Reglamentaria que el artículo 189 numeral 11 Superior radica en cabeza del Presidente de la República”. Sin embargo, aclaró que “en los artículos demandados la Ley no otorga al Ministerio la potestad reglamentaria [del Presidente] sino que apenas le confiere la posibilidad de regular aspectos secundarios, de orden técnico, dentro del ámbito de sus competencias y de conformidad con lo establecido en la Ley y en el Reglamento”.

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

Criterio	Potestad reglamentaria del Presidente	Potestad reglamentaria de los ministros
<i>1. Fundamento constitucional</i>	Art. 189.11 de la CP	Art. 208 de la CP
<i>2. Actos normativos que expiden y jerarquía</i>	Reglamentos: actos administrativos de contenido general y abstracto para la cumplida ejecución de la ley.	Reglamentos: actos administrativos de contenido general y abstracto para la cumplida ejecución de la ley. Los reglamentos que expide el ministerio tienen una jerarquía normativa inferior a los decretos reglamentarios del Presidente.
<i>3. Materias objeto de reglamentación</i>	La potestad reglamentaria del primer mandatario es general. El Presidente puede reglamentar cualquier ley, con independencia de su materia.	La potestad reglamentaria es limitada a las materias que estén dentro de la órbita competencial del respectivo ministerio.
<i>4. Características</i>	<ul style="list-style-type: none"> (i) Se ejerce por derecho propio (ii) Irrenunciable (iii) Permanente (iv) Intransferible 	<ul style="list-style-type: none"> (i) Derivada o de segundo grado (ii) Subsidiaria (iii) Residual (iv) Puede ser atribuida de forma directa por el legislador

(v) *La articulación de la potestad reglamentaria del Presidente y la potestad regulatoria o reglamentaria de otras autoridades administrativas en materia de servicios públicos*

123. El artículo 365 de la Constitución dispone que los servicios públicos “*estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley*”. Asimismo, prescribe que el Estado es el titular de la potestad de “*regulación*” de la prestación de los servicios públicos y tiene el deber de “*asegurar su prestación eficiente a todos los particulares*”. De otro lado, el artículo 370, en concordancia con el artículo

189.22²⁸⁸ *ibídem*, prevé que (i) le “*corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios*” y (ii) el Presidente ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos por medio de la SuperServicios.

124. La Corte Constitucional ha resaltado que la Constitución “*atribuye genéricamente [la] función de regulación [de los servicios públicos] al Estado, sin señalar explícitamente que ésta corresponde a una determinada institución específica*”²⁸⁹. Esto implica, de un lado, que la mención que el artículo 370 de la Constitución hace de la potestad reglamentaria del Presidente y la función de inspección y vigilancia y control de la SuperServicios en estas materias no supone que la titularidad de la función de reglamentación de los servicios públicos esté radicada, exclusivamente, en estas autoridades²⁹⁰. De otro lado, implica también que el legislador, como titular de la función de determinar el régimen de estos servicios, tiene un amplio margen de configuración para “*adoptar una regulación en la que se delimite el alcance de [las] obligaciones*”²⁹¹ de cada una de las entidades que tienen a su cargo cumplir con el mandato de prestación eficiente de los servicios públicos.

125. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para “*establecer un reparto de competencias teniendo en cuenta la naturaleza misional de cada entidad, su vocación técnica y su grado de especialidad*”²⁹². La delimitación de las competencias de las entidades encargadas de regular la prestación de estos servicios que establezca el legislador (i) debe fundarse en “*criterios objetivos constitucionalmente legítimos; esto es, que atiendan parámetros de razonabilidad y proporcionalidad*”²⁹³ y (ii) no puede “*vaciar de contenido las*

²⁸⁸ Constitución Política, art. 189. “*Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos*”.

²⁸⁹ Sentencia C-272 de 1998.

²⁹⁰ Sentencia C-107 de 2013. “*26. Todo lo anterior es relevante para resolver las cuestiones planteadas. En efecto, en primer término, en lo que respecta a la cuestión más general, debe decirse que la Constitución de 1991 no radicó en cabeza del Presidente de la República toda la función de control sobre las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. El artículo 370 de la Carta no dice que el Presidente de la República sea, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la única autoridad competente para controlar a las empresas de servicios domiciliarios. Tampoco utiliza fórmulas semejantes, que den la idea de reserva de la función de control sobre esos entes. Este dato no basta, por cierto, para descartar por sí solo el cargo planteado por el actor. Pero si se tiene en cuenta en conjunto con otros elementos, tomados del contexto constitucional al que pertenece, en concepto de la Corte sí logra desestimar el cargo. 27. La Constitución de 1991 les atribuye a otras autoridades y organismos competencias relacionadas con el control sobre las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. El artículo 365 de la Carta es inequívoco en esto. Dice expresamente que es “el Estado”, y no solamente el Presidente de la República, el que “mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”. Según jurisprudencia de esta Corte, cuando dicho artículo dice que es al “Estado” al que le corresponde el control sobre los servicios domiciliarios, se refiere no a un órgano en concreto, sino “al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales”. Y cuando establece que al Estado le compete mantener “el control y la vigilancia de dichos servicios”, se refiere no sólo al control sobre la actividad que consiste en prestar los servicios, sino también a los sujetos y a los actos y decisiones de estos que vayan aparejados a la prestación de los mismos”.*

²⁹¹ Sentencia C-172 de 2014.

²⁹² Id.

²⁹³ Id.

*funciones asignadas por la Carta Política*²⁹⁴ al Presidente y otras autoridades. En tales términos, la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de leyes que atribuyen funciones de regulación en materia de servicios públicos a, por ejemplo, las Comisiones de Regulación de Servicios Públicos²⁹⁵.

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

126. La Sala Plena encuentra que el artículo 296 del PND no desconoce la potestad reglamentaria del Presidente, por las siguientes razones.

127. Primero, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional citada, el legislador está facultado para atribuir potestad reglamentaria a los ministros de forma directa y ordenarles reglamentar una determinada materia. Una atribución de esta naturaleza no desconoce el carácter intransferible de la potestad reglamentaria del Presidente, puesto que no implica que ésta se traslade a los ministros. En estos eventos la potestad reglamentaria del primer mandatario se mantiene incólume, puede ser ejercida en cualquier tiempo y el ministro debe ejercer su potestad derivada o de segundo grado con sujeción a la ley y los decretos reglamentarios que expida el primer mandatario. De la misma forma, la Corte Constitucional ha sostenido que el legislador está facultado para ordenarle al Presidente, así como a otras autoridades administrativas, reglamentar una determinada materia. Este tipo de órdenes no infringen el principio de separación de poderes ni desconocen que la potestad reglamentaria del Presidente se ejerce por “*derecho propio*”. En tales términos, a diferencia de lo que afirma el demandante, la orden de reglamentar que el artículo 296 del PND le impone al MinMinas no vulnera, en abstracto, disposición constitucional alguna.

128. Segundo, el artículo 296 del PND no le trasladó al MinMinas la potestad del Presidente de reglamentar aspectos relativos a la prestación de los servicios públicos de generación y comercialización de energía eléctrica, de la cual éste es titular por virtud de los artículos 189.11 y 370 de la Constitución. El inciso 2º de la norma demandada prevé que “*el Ministerio de Minas y Energía, o la entidad a la que este delegue, reglamentará mediante resolución el alcance de la obligación establecida en el presente artículo*”. Como puede verse, esta disposición no menciona ni limita en ningún grado el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente y tampoco restringe la facultad que este tiene de decidir cuáles de los ministerios deben concurrir con él a reglamentar la obligación de compra. De esta forma, la Corte encuentra que este artículo ordena al MinMinas “*reglamentar*” la obligación de compra en ejercicio de la potestad reglamentaria derivada y de segundo grado de la que es titular de acuerdo con el artículo 208 de la Constitución.

129. Tercero, el artículo 296 del PND no infringe las reglas sobre atribución de potestad reglamentaria a los ministros. Esto es así, porque (i) la norma

²⁹⁴ Id

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

demandada otorga al MinMinas la potestad de delimitar el porcentaje exacto de la energía eléctrica proveniente de FNCER que debe ser comprado por los comercializadores y diseñar los mecanismos de contratación de proyectos de generación de energía eléctrica, los cuales son asuntos técnicos que hacen parte del ámbito de su competencia. En efecto, el artículo 2 de la Ley 143 de 1994 dispone que “*el Ministerio de Minas y Energía, en ejercicio de las funciones de regulación, planeación, coordinación y seguimiento de todas las actividades relacionadas con el servicio público de electricidad, definirá los criterios para el aprovechamiento económico de las fuentes convencionales y no convencionales de energía*”. Asimismo, el Decreto 381 de 2012 “*por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Minas y Energía*” dispone que una de las funciones del MinMinas es “*formular, adoptar, dirigir y coordinar la política en materia de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica*”. Además, (ii) la obligación de reglamentar que la norma demandada impone al MinMinas no supone un vaciamiento de las competencias de las demás autoridades administrativas que ostentan competencias regulatorias en materia de servicios públicos (CREG y UPME). El MinMinas debe ejercer esta facultad y definir los aspectos que la norma ordena reglamentar en coordinación con estas entidades.

130. Cuarto, el artículo 296 no desconoce el carácter residual y subsidiario de la potestad reglamentaria de los ministros. De un lado, es compatible con el carácter *subsidiario*, puesto que no establece que el MinMinas podrá ejercer dicha facultad sin consideración a los decretos reglamentarios del Presidente en materia de comercialización y generación de energía. Asimismo, atiende el carácter *residual*, porque únicamente ordena al MinMinas regular aspectos puntuales y técnicos del mecanismo de contratación, a saber: (i) el inicio de la exigibilidad de la obligación de compra, (ii) el porcentaje exacto de energía que debe ser comprado por los comercializadores (8-10%) y (iii) el diseño concreto de los mecanismos de asignación de los contratos de FNCER a largo plazo. En consecuencia, no es posible interpretar que el artículo 296 del PND otorgó al MinMinas una potestad normativa autónoma que pueda ser ejercida sin consideración a lo previsto en la Ley y en los reglamentos que expida o haya expedido el Presidente.

131. El contexto normativo en el que la norma demandada se inscribe confirma esta interpretación. La Corte nota que, antes de que el artículo 296 del PND entrara en vigencia, el artículo 2.2.3.6.2.2.1.1. del Decreto Reglamentario 1073 de 2015 reconocía que el MinMinas estaba facultado para diseñar los “*instrumentos para el fomento y la promoción de las fuentes no convencionales de energía*”. Asimismo, el Presidente ya había expedido el Decreto 570 de 2018, “[p]or el cual se adiciona el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015, en lo relacionado con los lineamientos de política pública para la contratación a largo plazo de proyectos de generación de energía eléctrica y se dictan otras disposiciones”. Mediante este decreto reglamentario, el Presidente (i) definió los objetivos del

mecanismo de contratación a largo plazo²⁹⁶, (ii) describió las características generales de dicho mecanismo, (iii) fijó las reglas generales para la determinación de la tarifa, y (iv) precisó que “*el Ministerio de Minas y Energía, la CREG, la UPME, y demás entidades competentes (...) adoptarán las medidas necesarias para actualizar la normatividad vigente que permita, entre otros, el planeamiento, conexión, operación, y medición para la integración de los proyectos de generación de energía eléctrica que se desarrollen a partir de la aplicación del mecanismo de que trata el artículo 2.2.3.8.7.1 de la presente Sección*”. El artículo 296 del PND no desconoce los efectos jurídicos de estos decretos reglamentarios ni permite que el MinMinas ejerza sus competencias de reglamentación sin consideración a lo dispuesto en dichos reglamentos. Por el contrario, únicamente reafirma la potestad que el Presidente ya había reconocido al MinMinas para diseñar los mecanismos de contratación a largo plazo de proyectos de generación eléctrica con FNCER.

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

4.2.3. Tercer y cuarto cargo: presunta vulneración de la libre competencia, el principio de igualdad y la libertad de empresa

133. El demandante formuló como cargos independientes la presunta violación de la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad contractual (*tercer cargo*), de un lado, y la vulneración de la libertad de competencia y el derecho a la igualdad (*cuarto cargo*), de otro. Sin embargo, la Sala Plena considera procedente llevar a cabo un análisis conjunto, dado que ambas acusaciones se refieren, en términos generales, a la presunta vulneración de las libertades económicas y el desconocimiento de los límites de la facultad de intervención del Estado en la economía (arts. 333 y 334 de la Constitución).

134. *Contenido normativo acusado*. El artículo 296 del PND prescribe que los agentes comercializadores del MEM “*estarán obligados a que entre el 8 y el 10% de sus compras de energía provengan de fuentes no convencionales de energía renovable*”. Además, dispone que el cumplimiento de esta obligación deberá hacerse “*a través de contratos de largo plazo asignados en determinados mecanismos de mercado*” regulados por el MinMinas.

135. *Demanda y solicitudes de inexecutableidad*. El demandante y la ANDEG

²⁹⁶ Decreto 570 de 2018. Art. 2.2.3.8.7.2. “*Objetivos. El mecanismo del que trata el artículo 2.2.3.8.7.1 de la presente Sección deberá procurar el cumplimiento de los siguientes objetivos: i) Fortalecer la resiliencia de la matriz de generación de energía eléctrica ante eventos de variabilidad y cambio climático a través de la diversificación del riesgo. ii) Promover la competencia y aumentar la eficiencia en la formación de precios a través de la contratación de largo plazo de proyectos de generación de energía eléctrica nuevos y/o existentes. iii) Mitigar los efectos de la variabilidad y cambio climático a través del aprovechamiento del potencial y la complementariedad de los recursos energéticos renovables disponibles, que permitan gestionar el riesgo de atención de la demanda futura de energía eléctrica. iv) Fomentar el desarrollo económico sostenible y fortalecer la seguridad energética regional. v) Reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) del sector de generación eléctrica de acuerdo con los compromisos adquiridos por Colombia en la Cumbre Mundial de Cambio Climático en París (COP21)*”.

consideran que el artículo 296 del PND vulnera los derechos de igualdad y la libre competencia, porque crea un privilegio en favor de los generadores de energía proveniente de FNCER que consiste en que solo ellos pueden competir por un segmento del mercado (8-10%). Al mismo tiempo, impone a los generadores de energía proveniente de fuentes convencionales una *“barrera de entrada absoluta”*²⁹⁷ a este segmento del MEM²⁹⁸. De otro lado, limita la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, puesto que impide que los comercializadores *“mayoristas”* escojan el tipo de energía que desean comprar para atender la demanda. Asimismo, restringe la libertad contractual en el MEM, en tanto (i) impide que los comercializadores decidan a qué generador comprar la energía, (ii) *“altera el régimen jurídico de las transacciones de energía”*, dado que estas *“ya no serán libres, pues esa libertad estará limitada por el artículo 296”*²⁹⁹; y (iii) exige que la obligación de compra de energía se ejecute, no de acuerdo con contratos regidos por el derecho privado y negociados libremente, *“sino a partir de unas ‘asignaciones’ de tipos especiales de contratos, por medio de ‘mecanismos de mercado’ que fijen los reguladores administrativos”*³⁰⁰.

136. Argumentan que las limitaciones a las libertades económicas carecen de justificación y son desproporcionadas, porque la obligación de compra no es un medio idóneo para alcanzar las finalidades que la norma persigue. Lo anterior, dado que (i) los generadores de energía proveniente de FNCER que operan en Colombia no tienen la capacidad instalada para generar un 8% de la energía del MEM; (ii) la obligación de compra *“no es suficiente por sí misma para desarrollar una matriz energética complementaria y resiliente”*³⁰¹, y (iii) *“una generación del 8% o 10% de energía con fuentes no convencionales y renovables (...) no alcanza a tener un efecto apreciable en la reducción de emisiones de carbono”*³⁰². De otro lado, la medida no es proporcionada en sentido estricto, puesto que la protección del medio ambiente y la consecución de una matriz energética resiliente y complementaria *“no tienen la misma categoría que el derecho a la igualdad, que es no solo un derecho fundamental sino ‘uno de los pilares fundamentales en los que se funda el Estado Social de Derecho’”*³⁰³. Además, las cargas y restricciones que la norma impone a los comercializadores y generadores de fuentes convencionales son ciertas y tienen mayor entidad que los beneficios apenas *“hipotéticos”* que reporta para el mercado eléctrico y la mitigación del cambio climático.

137. *Solicitudes de exequibilidad.* La Secretaría Jurídica de la Presidencia, el CEDEC, la SER, la Universidad del Rosario y el Procurador General de la Nación sostienen que el artículo 296 del PND no vulnera las libertades económicas (arts. 333 y 334 de la CP). Afirman que la norma demandada no supone una barrera de entrada al MEM, en tanto genera obligaciones

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.

relacionadas con “*cómo se genera la energía eléctrica, mas no con quién la genera*”³⁰⁴. De otro lado, señalan que la norma incentiva “*que haya más competencia en la participación de la generación de energía eléctrica*”³⁰⁵, pues elimina barreras de entrada económicas y financieras a las que los desarrolladores de FNCER se enfrentan para poder competir en el MEM. Además, no desconoce la libertad de empresa ni libertad contractual, porque no es cierto que la norma permita que el precio de los contratos sea fijado por el regulador. Por el contrario, el precio será el resultado de los mecanismos de mercado que la regulación establezca.

138. En cualquier caso, afirman que las limitaciones a las libertades económicas, de existir, se encuentran justificadas y son proporcionadas. Sostienen que la norma demandada tiene por finalidad (i) materializar “*los deberes del Estado de adaptarse al cambio climático y de proteger el medio ambiente*”³⁰⁶, (ii) diversificar la matriz energética y hacerla más resiliente³⁰⁷; (iii) “*aumentar la competencia*”³⁰⁸ y (iv) lograr una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos³⁰⁹. En su criterio, la implementación de un sistema de cuota de compra de energía es un medio idóneo para alcanzar estas finalidades, porque “*se estima que con la entrada en operación de los proyectos de generación asignados en la subasta de contratos de largo plazo de energía, se tendría una reducción de 9 millones de toneladas de CO₂*”³¹⁰. Asimismo, argumentan que la medida es proporcionada en sentido estricto, pues establece una obligación “*correspondiente a la adquisición de un porcentaje pequeño de su demanda de energía proveniente de FNCER, que puede ser satisfecha por cualquier generador de energía que incorpore dentro de su portafolio tecnologías de FNCER*”³¹¹.

139. *Problema jurídico y metodología de la decisión.* La Sala debe responder el siguiente problema jurídico: ¿La norma demandada vulnera los derechos a la igualdad, la libre competencia, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad contractual al (i) prescribir que entre el 8-10% de las compras de energía de los comercializadores del MEM deben provenir de FNCER y (ii) disponer que el cumplimiento de dicha obligación deberá llevarse a cabo mediante contratos a largo plazo asignados en mecanismos de mercado que la regulación establezca? La Sala Plena resolverá el problema jurídico de la siguiente manera. Primero, presentará un recuento de la jurisprudencia constitucional en materia de libertades económicas y, en particular, definirá el

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 Universidad del Rosario, escrito del 10 de septiembre de 2020, pág. 4. El GAP argumenta que la norma no vulnera el derecho a la libre competencia pues la intervención económica del Estado consagrada en la norma demanda “*se justifica en tanto busca el cumplimiento de los fines constitucionales y de 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 conceptuó que la norma “*no interviene en la inmensa mayoría del mercado, apenas en el 8%, e incluso en este reducido porcentaje permite que los agentes comercializadores escojan el productor que deseen de los que cumplan los requisitos establecidos por el gobierno*”. Concepto PGN, pág. 8.

contenido del derecho a la libre competencia, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad contractual. Luego, describirá el alcance la facultad de intervención del Estado en la economía y definirá los límites aplicables el ejercicio de esta facultad. Finalmente, examinará si la norma acusada vulnera los artículos 333 y 334 de la Constitución.

(i) ***Las libertades económicas y la facultad de intervención del Estado en la economía***

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

140. *El modelo de economía social de mercado.* La Constitución de 1991 adoptó un modelo de economía social de mercado³¹² por virtud del cual las “reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación”³¹³. La Corte Constitucional ha precisado que este modelo tiene dos elementos característicos. Primero, reconoce la importancia de una economía de mercado en la que se garantiza el ejercicio de las libertades económicas³¹⁴ por parte de los particulares que desarrollan actividades productivas. Lo anterior, en el entendido de que la empresa es el motor del desarrollo económico y social³¹⁵ y la protección de los mercados es necesaria “para la consecución de las condiciones materiales y la prosperidad de los habitantes”³¹⁶. Segundo, asigna al Estado la función de dirección general de la economía y la facultad de intervención en ésta “con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo”³¹⁷. En estos términos, el modelo de economía social de mercado tiene por propósito “conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial, con el interés general involucrado en el buen funcionamiento de los mercados para lograr la satisfacción de las necesidades de toda la población en condiciones de equidad”³¹⁸.

141. *El reconocimiento de las libertades económicas en la Constitución.* El artículo 333 de la Constitución reconoce las libertades económicas de los ciudadanos. Al respecto, dispone que “[l]a actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”. Las libertades económicas son derechos constitucionales que facultan a las personas a “realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”³¹⁹. La Corte Constitucional ha precisado que estas libertades no son, *per se*, derechos fundamentales³²⁰, porque (i) “son reconocidas a los particulares por motivos

³¹² Sentencias C-074 de 1993, C-613 de 1996, C-010 de 2000, C-616 de 2001, T-583 de 2003, C-041 de 2006, C-228 de 2010, 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.

*de interés público*³²¹ y (ii) el constituyente fijó límites concretos a su ejercicio “*como el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación*”³²². Sin embargo, es posible predicar su *ius-fundamentalidad* cuando se encuentren “*en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental*”³²³.

142. La jurisprudencia constitucional³²⁴ ha indicado que existen principalmente dos tipos de libertades económicas: el derecho a la libre competencia y el derecho a la libertad de empresa³²⁵.

143. *El derecho a la libre competencia*. El inciso 2º del artículo 333 de la Constitución prevé que “[l]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”. La libre competencia tiene una faceta individual y otra colectiva³²⁶. En su faceta *individual*, consiste en la “*facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado*”³²⁷. Es un derecho subjetivo de carácter relacional que pretende garantizar “*el equilibrio entre las acciones individuales*”³²⁸ de los competidores al interior de un determinado mercado de bienes y servicios.

144. El ámbito de protección del derecho a la libre competencia en su faceta individual comprende fundamentalmente dos posiciones jurídicas³²⁹. Primero, la facultad de concurrir libremente al mercado “*sin barreras injustificadas*”³³⁰. Las barreras de entrada son las “*condiciones restrictivas*”³³¹ o factores que “*impidan, dificulten o retrasen considerablemente el acceso de potenciales competidores a un mercado determinado*”³³². Estas barreras pueden ser jurídicas, estructurales³³³, estratégicas³³⁴, económicas³³⁵, y técnicas, entre otras³³⁶. Segundo, la prerrogativa de participar en el mercado en “*igualdad de*

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 la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas 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 también, Superintendencia de 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 se encuentran: la inversión inicial, las economías de escala, los costos hundidos y el reconocimiento de marca, entre otros. Al respecto, ver: Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 81391 del 11 de diciembre de 2017.

³³⁴ La OCDE ha precisado que las barreras a la entrada pueden ser estructurales o estratégicas: las primeras, están relacionadas con condiciones básicas de la industria, mientras que las barreras estratégicas son aquellas creadas intencionalmente por los agentes incumbentes para restringir la entrada de nuevos competidores. OCDE, *Barriers to Entry, Policy Roundtables* (2005), pág. 10.

³³⁵ Sentencia C-750 de 2008.

³³⁶ Id.

*condiciones con los demás competidores*³³⁷. Esta prerrogativa es una manifestación del principio de igualdad en el campo de las libertades económicas que (i) exige que existan “*pautas o reglas de juego generales e impersonales*”³³⁸ aplicables a todos los competidores y (ii) impide que la ley otorgue “*ventajas competitivas*”³³⁹, “*privilegios injustificados*”³⁴⁰, “*beneficios ilegítimos*”³⁴¹ o imponga “*cargas diferenciadas irrazonables*”³⁴² que sitúen a uno de los competidores en una posición de inferioridad (o superioridad) para formar y mantener una clientela³⁴³.

145. En su faceta colectiva, por su parte, el derecho a la libre competencia tiene como objeto proteger “*la competencia en si misma considerada*”³⁴⁴ y “*el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados*”³⁴⁵. Lo anterior, bajo el entendido de que la existencia de mercados en competencia conduce a (i) garantizar la facultad de los consumidores de “*contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley*”³⁴⁶ y, de esta forma, beneficiarse “*de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios*”³⁴⁷; (ii) evitar la creación de monopolios³⁴⁸, (iii) reducir “*los precios de los productos*”³⁴⁹ y (iv) asegurar la innovación tecnológica. La libre competencia, en su faceta colectiva, “*garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado*”³⁵⁰.

146. *El derecho a la libertad de empresa*. La libertad de empresa es un derecho subjetivo por virtud del cual se reconoce a los ciudadanos la facultad de realizar actividades económicas y de escoger libremente “*las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios [y] los métodos de gestión*”³⁵¹ y que consideran apropiadas para la “*obtención de un beneficio o ganancia*”³⁵². Este derecho protege, principalmente, la libre iniciativa privada y la libertad contractual³⁵³. La libre iniciativa privada consiste en la prerrogativa de crear empresa, es decir, “*de emprender y acometer*”³⁵⁴ una actividad económica lícita. La libertad contractual, por su parte, supone que los particulares, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, gozan de “*un*

³³⁷ Sentencia C-992 de 2006.

³³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 9 de marzo de 2017, Rad. 11001-03-27-000-2016-00004-00 (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.

*poder dispositivo de regulación*³⁵⁵ que les permite “celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica”³⁵⁶ y “determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos”³⁵⁷. En concreto, la Corte Constitucional ha señalado que a la libertad contractual se adscribe la facultad de (i) “celebrar contratos o no celebrarlos”³⁵⁸, (ii) determinar con amplia libertad “el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos”³⁵⁹ y (iii) “crear relaciones obligatorias entre sí”³⁶⁰.

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

147. Las libertades económicas no son derechos absolutos. La Constitución dispone que en virtud de la facultad de intervención del Estado en la economía el legislador está facultado para delimitar su alcance y restringir su ejercicio con el objeto de alcanzar finalidades de interés general. En concreto, el artículo 333 de la Constitución prevé que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Asimismo, el artículo 334 *ibídem* prescribe que la dirección de la economía está a cargo del Estado y que este intervendrá por “mandato de ley” en las siguientes actividades económicas: (i) la explotación de los recursos naturales, (ii) el uso del suelo, (iii) la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y (iv) la prestación de los servicios públicos y privados. Asimismo, establece que las leyes de intervención en la economía deben tener como objeto “racionalizar la economía”³⁶¹ y conseguir que el desarrollo de las actividades económicas propenda por “el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”³⁶².

148. La intervención en la economía se lleva a cabo por diferentes autoridades públicas (Congreso, Presidente, ministerios, comisiones de regulación etc.) y mediante diversos instrumentos de intervención (ley, reglamento, resolución)³⁶³. Estos instrumentos, a su vez, pueden ser clasificados en atención

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 hecho la Corte, que la intervención del Estado en la economía se lleva a cabo a través de distintas autoridades públicas y a través de diversos instrumentos. El primero en cumplir con esa labor es el Congreso de la República, quien lo hace por medio de la expedición de leyes dentro de la potestad de configuración que le reconoce la Constitución en materia económica (modalidad de regulación). Así por ejemplo, al legislador le corresponde: (i) dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (C.P. art. 150-19-d); (ii) dictar las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le han sido atribuidas (C.P. arts. 150-8 y 189-24); (iii) regular la forma de intervención económica del

a su alcance, el objeto de la intervención y las finalidades que persiguen, entre otros³⁶⁴. Así, en atención a su alcance, la intervención puede ser global “*cuando incide en la economía como un todo*”³⁶⁵, o sectorial “*cuando se relaciona con un ámbito económico particular*”³⁶⁶. En cuanto a su objeto, “*la intervención puede ser directa, cuando se refiere a la intervención sobre la actividad de agentes económicos, o indirecta, cuando recae sobre el resultado de dicha actividad*”³⁶⁷. Por su parte, de acuerdo con sus finalidades, la intervención en la economía puede ser (i) conformativa, si establece requisitos “*de existencia, formalización y funcionamiento de los actores económicos*”³⁶⁸; (ii) finalística, en aquellos eventos en los que la ley “*señala los objetivos generales o las metas concretas a los cuales han de propender los actores económicos*”³⁶⁹ y (iii) condicionante, que “*propia mente fija las reglas de juego del mercado o de un sector económico*”³⁷⁰.

149. En atención a la naturaleza de la norma que se analiza en el presente caso, a continuación, la Corte se referirá a tres instrumentos de intervención específicos: (i) la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (Ley del PND), (ii) las leyes que fijan el régimen de los servicios públicos y establecen reglas para su prestación y (iii) las normas que intervienen en la economía con el objeto de proteger el medio ambiente y fomentar el desarrollo sostenible.

150. (i) *La Ley del plan Nacional de Desarrollo como instrumento de intervención económica*. El artículo 339 de la Constitución dispone que “[h]abrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional”. La parte general contiene los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y “*las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno*”. El plan de inversiones públicas, por su parte, contiene los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y “*la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal*”. Del mismo modo, la Corte ha establecido que la Ley del PND además la parte general y el plan de inversiones, contiene normas instrumentales las cuales son “*medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de las mismas*”³⁷¹ que se pueden implementar a través de artículos específicos dentro del mismo plan.

Estado (C.P. arts. 189-25, 334 y 335); (iv) dictar las normas que regirán la prestación de los servicios públicos; y (v) dictar las normas con sujeción a las cuales el Gobierno puede intervenir en las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (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.

151. La Ley del PND es “una de las manifestaciones más importantes de la dirección de la economía por parte del Estado”³⁷². La intervención del Estado en la economía mediante la Ley del PND se da en, primer término, por medio la fijación de objetivos de política macroeconómica a largo plazo en la parte general. La fijación de estos objetivos es una “expresión suprema de la función de planeación”³⁷³ que permite que el Estado estructure “una política económica razonada y armónica durante un cierto período”³⁷⁴. Asimismo, esta intervención se implementa mediante instrumentos de regulación de diferentes actividades económicas contenidos en las normas de la parte instrumental, tendientes a favorecer “la consecución de las metas no sólo económicas, sino también sociales o ambientales que se ha estimado deseable alcanzar”³⁷⁵.

152. La Corte Constitucional ha resaltado que una de las estrategias o instrumentos de intervención económica más comunes en la Ley del PND son las leyes o políticas de fomento económico³⁷⁶. Las *leyes o políticas de fomento* son un instrumento de intervención económica mediante las cuales el legislador promueve el desarrollo empresarial por medio del 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 general”³⁷⁷. Las políticas de fomento pueden tener diferentes objetivos tales como favorecer “la industrialización de una determinada región”³⁷⁸, desestimular ciertas iniciativas y empresas, “ya sea por una excesiva oferta en el mercado o por sus efectos perjudiciales en términos de absorción de determinadas materias primas o recursos financieros”³⁷⁹ y fortalecer la competitividad, así como el crecimiento de determinados agentes económicos en alguna industria³⁸⁰.

153. Las políticas de fomento suponen un trato diferenciado entre agentes económicos, sin embargo, en principio, no vulneran los derechos a la igualdad, la libre competencia y la libertad de empresa³⁸¹. La Constitución faculta al legislador para incentivar aquellas actividades económicas que contribuyen a alcanzar el desarrollo económico y social y, al mismo tiempo, desestimular

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, la Corte Constitucional ha precisado que “En efecto, las estrategias para realizar las metas y prioridades de la acción estatal definidas en la parte general del Plan de Desarrollo no son solamente las de carácter eminentemente presupuestal, sino que ellas también pueden consistir en normas jurídicas cuyo alcance regulador favorezca la consecución de los objetivos que se pretende alcanzar. Por ejemplo, dentro de estas estrategias cabe contemplar medidas tributarias de fomento a ciertas actividades económicas que se juzgue necesario incentivar 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 legislativa (C. Po art. 150), cuando se propone estimular el circuito económico puede válidamente escoger a los destinatarios de las normas y, por ende, de las medidas que adoptará, pues, a pesar del carácter general y abstracto de la ley, en situaciones como las referidas en el asunto sub examine, sólo un determinado sector de la sociedad dedica sus esfuerzos a obtener recursos financieros para invertirlos en aquellas actividades legalmente permitidas y económicamente susceptibles de estímulo estatal”.

aquellas actividades que producen efectos indeseados. Con fundamento en estas consideraciones, la Corte Constitución ha declarado la constitucionalidad de normas que, por ejemplo, (i) otorgan condiciones financieras más benéficas para acceder al crédito a cierto grupo de empresarios³⁸², (ii) benefician las inversiones de algunos agentes económicos con contratos de estabilidad jurídica³⁸³, (iii) crean un sistema de estímulos e incentivos a los proyectos productivos y de investigación y desarrollo de pequeños y medianos productores agropecuarios (Ley 1776 de 2016 –Zidres–³⁸⁴); y (iv) conceden incentivos a mineros informales con el objeto de promover el proceso de formalización minera, como un medio para regularizar el aprovechamiento de este recurso e instrumento de prevención y control ambiental³⁸⁵.

154. (ii) *Las normas que fijan el régimen de los servicios públicos como instrumentos de intervención del Estado en la economía.* El artículo 150.23 de la Constitución dispone que corresponde al Congreso expedir las leyes que regirán “*la prestación de los servicios públicos*”. Asimismo, los artículos 365 y 367 *ibidem* prescriben que “[l]os servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley” y que esta fijará “*las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos*”.

155. La Constitución le otorga al legislador la facultad de diseñar el régimen jurídico de los servicios públicos tanto en “*su dimensión social*”³⁸⁶ como en su “*dimensión económica*”³⁸⁷. La regulación de la *dimensión social* tiene como finalidad (i) dar solución a las necesidades básicas insatisfechas, (ii) asegurar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación y (iii) garantizar los derechos y deberes de los usuarios³⁸⁸. La regulación de la *dimensión económica*, por su parte, comprende la facultad de diseñar el modelo económico de prestación de los servicios públicos. El artículo 365 de la Constitución prevé que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por particulares o por comunidades organizadas, en los términos que fije la ley. De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para adoptar el esquema de prestación que considere adecuado. En concreto, este margen le permite optar por (i) un modelo de libertad regulada en el que los servicios son prestados directamente por particulares que compiten en un mercado en competencia de acuerdo con las reglas y condiciones fijadas por el regulador, o (ii) un modelo en el que “*se excluyan a*

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-895 de 2012 y C-263 de 2013.

³⁸⁷ Id.

³⁸⁸ Sentencia C-741 de 2003.

*los particulares de su prestación directa*³⁸⁹.

156. En los modelos de prestación de libertad regulada, la actividad económica de prestación de los servicios públicos que adelantan los particulares está constitucionalmente amparada por las libertades económicas y, en particular, por la libertad de empresa y la libre competencia³⁹⁰. Sin embargo, el ámbito de protección de las libertades económicas en este sector es menor. Lo anterior, por dos razones. Primero, porque la prestación de los servicios públicos es una *“actividad inherente a la finalidad social del Estado”*³⁹¹. Por lo tanto, cuando los agentes privados adelantan esta actividad desarrollan una *función social* que (i) involucra *“intereses y derechos de la colectividad que superan los propios del [prestador]”*³⁹² y (ii) tiene como objetivo prioritario la *“satisfacción del interés público”*³⁹³, no la mera obtención de utilidades y rentabilidad por parte del agente privado.

157. Segundo, la Corte Constitucional ha precisado que en materia de servicios públicos el legislador cuenta con *“unas potestades de restricción reforzadas”*³⁹⁴ que *“se extiende[n] a todos los aspectos de su prestación, vigilancia y control”*³⁹⁵. A pesar de que los servicios públicos pueden ser prestados por los particulares, *“el logro de las finalidades sociales que justifican su prestación no está totalmente librada a las condiciones del mercado”*³⁹⁶. En los modelos de libertad regulada el Estado conserva una obligación de garantizar³⁹⁷ la prestación eficiente (art. 365 de la CP) de los servicios y, en este sentido, la Constitución le impone al legislador un mandato de intervención específico³⁹⁸ que tiene por objeto preservar *“la sana y transparente competencia”*³⁹⁹, *“proporcionar respuestas ágiles”*⁴⁰⁰ a las fallas del mercado y garantizar *“condiciones de competitividad”*⁴⁰¹. En ejercicio de este mandato, el legislador puede intervenir en una *“actividad económica [de prestación] considerada*

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 mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares”*.

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. 23001-23-31-000-2003-00650-02 (AG), CP. Enrique Gil Botero.

³⁹⁸ Sentencia C-186 de 2011. Ver también, sentencia C-284 de 2017 *“[l]a intervención del Estado en la economía tiene como propósito armonizar los intereses privados de los particulares con el interés general, ‘por ello, en las normas de intervención que así expide el legislador, está presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general’. En consecuencia, la intervención en la economía se constituye en un mandato constitucional que adquiere aún mayor relevancia cuando se trata de la 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 servicios públicos es tan intensa que la Constitución *“ha previsto incluso la posibilidad de establecer, por razones de soberanía o de interés social, por iniciativa del Gobierno y mediante ley, un monopolio estatal en materia de servicios públicos previa la plena indemnización a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (art. 365 inc. 2 de la C.P.)”*. Corte Constitucional, Sentencia C-503 de 2003.

*libre*⁴⁰² con el objeto de, entre otras, (i) establecer “*permisos o requisitos que limiten el ejercicio de las libertades económicas*”⁴⁰³ y (ii) crear “*incentivos económicos que tengan por objeto promover la prestación adecuada*”⁴⁰⁴.

158. Con fundamento en estas consideraciones, la Corte Constitucional ha declarado la constitucionalidad de normas que limitan el ejercicio de la libertad de empresa y la libre competencia de los prestadores de un servicio público⁴⁰⁵. En las sentencias C-915 de 2002, C-331 de 2003⁴⁰⁶ y C-869 de 2010⁴⁰⁷ la Corte concluyó que es legítimo que el legislador limite la facultad de los prestadores de escoger a qué oferente adquirir un determinado bien o servicio. Asimismo, en la sentencia C-359 de 2016 este Tribunal declaró la constitucionalidad del artículo 47 de la Ley 1753 de 2015 el cual confería a la ANTV la competencia para determinar el número de concesionarios de CANAL UNO y las condiciones de los contratos por medio de los cuales se otorgarán sus espacios. Este Tribunal concluyó que la facultad conferida a la ANTV de determinar el número de concesionarios y fijar las condiciones de los contratos no vulneraba las libertades económicas y constituía un ejercicio legítimo de la facultad regulatoria del Estado.

159. (iii) *Intervención en la economía para proteger el medio ambiente y alcanzar un desarrollo sostenible*. El artículo 334 de la Constitución dispone que el Estado intervendrá en la economía para alcanzar “*la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano*”. Asimismo, el artículo 80 *ibídem* prevé que el Estado “*planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales,*

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 2002, C-331 de 2003 y C-869 de 2010 la Corte ha sostenido que es legítimo que el legislador limite la facultad de los prestadores de escoger a qué oferente adquirir un determinado bien o servicio.

⁴⁰⁶ En las sentencias C-915 de 2002 y C-331 de 2003, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del artículo 51 de la Ley 715 de 2001. Esta disposición establecía que las entidades que administran recursos de régimen subsidiado de salud debían contratar con las instituciones prestadoras de servicios de salud pública del orden municipal o distrital de la entidad territorial sede del contrato, no menos de 40% de la unidad de pago subsidiada o no menos del 50% cuando existan en la entidad territorial hospitales públicos de mediana y alta complejidad. En estas decisiones, la Corte concluyó que la norma no vulneraba los derechos a la libertad de contratación, la libre competencia, la igualdad y el mandato de prestación eficiente de los servicios públicos pues esta tenía como propósito “*racionalizar el uso de los recursos disponibles, para asegurar la adecuada utilización de la capacidad instalada pública en materia de salud*” (C-331 de 2003). Asimismo, afirmó que no resultaba discriminatorio que la ley dispusiera que un porcentaje de los 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 1151 de 2007 el cual disponía que “[l]as Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán obligatoria y efectivamente un mínimo porcentual del gasto en salud con las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas en el municipio de residencia del afiliado, siempre y cuando exista allí la correspondiente capacidad resolutoria. Dicho porcentaje será, como mínimo, el sesenta por ciento (60%)”. La Corte Constitucional concluyó que la disposición demandada no vulneraba la libre competencia económica ni el derecho a la igualdad, porque las normas que imponen porcentajes mínimos de contratación con instituciones públicas “*son expresiones constitucionalmente legítimas de intervención del Estado en el SGSSS*”. Lo anterior, en el entendido que (i) buscan asegurar tanto la cobertura de los sectores y grupos poblacionales que son primordialmente atendidos por instituciones públicas de salud “*y cuyo acceso al servicio médico sería deficitario en caso que se dejara a la libre competencia de actores privados*”; y (ii) no afectan la libre escogencia del usuario, puesto que dichos niveles de contratación mínima obligatoria no implican “*que las entidades prestadoras de salud dejen de ofrecer alternativas para la atención*”.

para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución". La Corte Constitucional ha reconocido que el Estado está facultado para intervenir en la economía con el objeto de proteger el medio ambiente y alcanzar un desarrollo sostenible⁴⁰⁸. El desarrollo sostenible es un principio constitucional que exige al Estado encontrar *"un equilibrio entre el crecimiento económico, el bienestar social y la protección ambiental, bajo el entendido de que las actuaciones presentes deben asegurar la posibilidad de aprovechamiento de los recursos en el porvenir"*⁴⁰⁹. Este principio parte de *"la solidaridad intergeneracional"*⁴¹⁰, en tanto busca armonizar las necesidades de las generaciones presentes con los derechos de las generaciones futuras al exigir que las decisiones de política pública tengan como fundamento *"una consideración sensata y ponderada de sus consecuencias futuras"*⁴¹¹ y no se basen en *"una mirada limitada al instante actual o al corto plazo"*⁴¹².

160. El desarrollo sostenible opera como un *"parámetro que debe guiar la realización de las acciones"*⁴¹³ del legislador en el diseño de los instrumentos que tengan por objeto alcanzar el desarrollo económico, social y ambiental. Al respecto, la Corte Constitucional ha reconocido que el legislador cuenta con un amplio margen de acción *"en la escogencia de fines y medios"*⁴¹⁴ a efectos de articular los objetivos de crecimiento económico con la protección del medio ambiente. Este amplio margen implica, de un lado, que la Constitución protege la potestad de configuración del legislador para diseñar las políticas públicas que permitan alcanzar los objetivos de desarrollo y, en concreto, (i) resolver las tensiones que surgen entre el derecho al ambiente sano y el ejercicio de la libertad económica y (ii) armonizar los intereses de las generaciones presentes con aquellos de las generaciones futuras. De otro lado, el principio de desarrollo sostenible exige que, al valorar la constitucionalidad de los instrumentos de intervención económica, la Corte Constitucional debe ser especialmente deferente con las valoraciones empíricas del legislador y, además, si bien *"no puede desechar 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"*⁴¹⁵.

161. En tales términos, el modelo de economía social de mercado adoptado por la Constitución garantiza y protege el ejercicio de las libertades económicas por parte de los particulares que desarrollan actividades productivas. Sin embargo, al mismo tiempo faculta al legislador para que, mediante la Ley del PND, intervenga en la economía y limite el ejercicio de estas libertades con el objeto de (i) incentivar la ejecución de actividades consideradas productivas y, por lo mismo, benéficas para el desarrollo económico y la prosperidad general, (ii)

⁴⁰⁸ Sentencias C-671 de 2001, C-035 de 2016, C-369 de 2016, C-077 de 2017 y C-369 de 2019, entre otras.

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.

garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos desde el punto de vista económico y ambiental y (iii) promover el desarrollo sostenible.

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

162. La potestad de intervención del legislador en la economía para fijar el alcance de las libertades económicas, regular la prestación de los servicios públicos y fomentar el desarrollo sostenible, es amplia y reforzada, pero no ilimitada. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional⁴¹⁶, la intervención del legislador en estas materias debe obedecer a finalidades o motivos expresamente señalados en la Constitución y debe atender los principios de razonabilidad y proporcionalidad. El cumplimiento de estos requisitos se verifica mediante el test integrado de proporcionalidad. En términos generales, el test integrado de proporcionalidad exige que la Corte constate que la norma de intervención económica objeto de escrutinio en efecto limita o restringe algún derecho o principio constitucional. Luego, la Corte debe evaluar si dichas limitaciones se encuentran justificadas desde el punto de vista constitucional. Para ello, debe: (i) definir la intensidad del juicio a partir de la escala triádica: débil, intermedio o estricto, (ii) verificar que la medida persigue una finalidad constitucionalmente legítima, importante o imperiosa (de acuerdo con la intensidad que corresponda) 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”*⁴¹⁷.

163. La Corte Constitucional ha sostenido que la constitucionalidad de las leyes de intervención económica debe ser valorada, por regla general, a partir del test de proporcionalidad de intensidad débil⁴¹⁸. Esto es así, dado que *“la Constitución ha consagrado que la dirección de la economía corresponde al Estado”*⁴¹⁹ y, por ello, el juez constitucional *“debe respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política”*⁴²⁰ y aplicar un criterio de escrutinio de *“inconstitucionalidad manifiesta”*⁴²¹. En virtud de este criterio, *“sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma”*⁴²². Sin embargo, este Tribunal ha reconocido que es procedente aplicar un test de intensidad intermedia, por excepción, en aquellos eventos en los que (i) *“existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia”*⁴²³ o (ii) la medida objeto de escrutinio fija *“reglas bajo las*

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 C-396 de 2020,

*cuales un particular presta un servicio público*⁴²⁴ que, en principio, podrían impactar la prestación eficiente de dicho servicio y *“afectar a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional”*⁴²⁵.

164. De este modo, en cada caso el juez constitucional debe determinar la intensidad del test a partir de, entre otros, el examen de la 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 servicio público.

(ii) Caso concreto

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

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

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

entre muchas otras.

⁴²⁴ Sentencia C-284 de 2014. *“De lo expuesto, se observa que en el asunto sub examine se debe activar un test intermedio por cuanto la medida cuestionada está orientada a garantizar la figura bajo la cual deben organizarse las personas jurídicas encargadas de prestar el servicio público de la educación superior no oficial, es decir, no se trata de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho, sino de la fijación de reglas bajo las cuales un particular presta un servicio público y, específicamente, en el diseño de la política educativa, pudiendo definir dentro de ello los objetivos, requisitos, condiciones y modalidades bajo los cuales puede ser prestada la enseñanza superior”*.

⁴²⁵ Sentencias C-227 de 2005 y C-543 de 2007. Ver también, sentencia C-077 de 2017. *“47. En el marco de lo anterior, este Tribunal ha sostenido que es necesario realizar un escrutinio judicial estricto cuando el Estado implementa políticas sociales y económicas que afectan a segmentos del país que se encuentran en situación de vulnerabilidad, buscando que la adopción de decisiones basadas en la eficiencia, el libre mercado, y la búsqueda del desarrollo, no afecten sus condiciones para subsistir y llevar una vida digna: “los persistentemente elevados índices de desempleo, las condiciones estructurales de pobreza y la situación de informalidad en la que sobreviven muchas personas, impone al Estado el desarrollo de políticas que enfoquen de manera integral esa realidad y hacen imperativo evaluar muy cuidadosamente, en cada caso, el impacto que dichas políticas puedan tener sobre sectores marginados y discriminados. // La actuación del Estado no puede cumplirse a partir, exclusivamente, de consideraciones de eficiencia o de adecuación técnica, o con un enfoque unilateral, centrado en la satisfacción de ciertos fines socialmente valiosos, sin considerar el impacto que la misma puede tener sobre las condiciones de supervivencia de esos sectores marginados y excluidos de buena parte de las oportunidades que ofrece el desarrollo”*.

167. (i) *La norma demandada limita la libre competencia*, porque la obligación de compra que instituye limita el ejercicio de dos posiciones jurídicas adscritas a este derecho: (a) la facultad de los generadores de energía eléctrica de concurrir libremente al mercado y (b) la prerrogativa de estos agentes de participar en “*igualdad de condiciones*”⁴²⁶ en el MEM.

168. Primero, restringe la facultad de los generadores de energía eléctrica de concurrir libremente al mercado, dado que impone una condición de acceso a un segmento del MEM (8-10%) que retrasa la entrada de nuevos competidores y limita, por lo menos en algún grado, la competencia en este mercado. El mercado por el que los generadores de energía eléctrica compiten está compuesto por el 100% de la demandada de energía eléctrica de los comercializadores, es decir, la energía que estos compran en el MEM para luego vender a los usuarios. Antes de la entrada en vigor de la norma demandada, el artículo 7 de la Ley 143 de 1994 permitía que los generadores compitieran por el 100% de este mercado ofertando energía proveniente de cualquier fuente. Por esta razón, no todos los agentes generadores contaban con plantas de generación de FNCER y, por tanto, no estaban en capacidad de producir energía proveniente de estas fuentes. En tales términos, la norma demandada supuso en cambio significativo en dicho régimen de prestación, por cuanto la obligación de compra impuesta a los comercializadores dividió el MEM en dos segmentos: (i) segmento en el que se transa energía proveniente de cualquier fuente de energía (90-92%) y (ii) segmento del MEM en el que sólo es posible comprar y vender energía proveniente de FNCER (8-10%). Esto implica que los generadores ya no pueden competir por el 100% del MEM ofertando cualquier tipo de energía. Para poder competir en el segundo segmento deben producir y ofertar energía eléctrica proveniente de FNCER.

169. La condición de ofertar energía proveniente de FNCER que la norma impone para que los generadores puedan participar en un segmento del MEM (8-10%) no constituye una barrera de entrada jurídica absoluta, porque (i) es una condición que “*se refiere a la tecnología de generación de [o tipo] de la energía vendida y no a las empresas*”⁴²⁷ y (ii) la legislación colombiana “*no impide que un mismo generador cuente con plantas o facilidades convencionales de energía y, a la vez, sea el propietario de plantas que funcionen con base en FNCER*”⁴²⁸. Por lo tanto, “*los generadores que usen, a la vez, FNCER y fuentes convencionales, podrán competir con otros propietarios de plantas a base de FNCER dentro del MEM*”⁴²⁹. Sin embargo, el cumplimiento de este requisito sí supone una condición de acceso que limita la libertad de concurrencia y retrasa la entrada de nuevos competidores a este segmento. Esto es así, porque el desarrollo de proyectos de FNCER requiere de inversiones cuantiosas dada la complejidad de las tecnologías que deben ser utilizadas para generar energía proveniente de estas fuentes y los riesgos

⁴²⁶ Sentencia C-992 de 2006.

⁴²⁷ Informe de pruebas MinMinas, pág. 11.

⁴²⁸ Intervención SJP, pág. 54.

⁴²⁹ Id.

financieros a los que estos proyectos se enfrentan⁴³⁰. Asimismo, para poder entrar en operación, estos proyectos deben pasar por “*periodos de estructuración, permisos (licencia ambiental, permisos ICANH, consultas previas, si hay lugar a ello, entre otros), suministros, construcción y montaje*”⁴³¹. En criterio de la Sala Plena, estos altos costos de inversión y los prolongados periodos de estructuración pueden ser calificados, por lo menos *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.

170. Segundo, la norma otorga una ventaja competitiva a los generadores de FNCER que afecta, por lo menos en abstracto, la prerrogativa de otros competidores de participar en “*igualdad de condiciones*”⁴³³ en el MEM, la cual es una proyección del derecho a la igualdad en el ejercicio de las libertades económicas. Esta ventaja competitiva consiste en que aquellos generadores que, a la fecha de la expedición de la norma, ya tenían plantas de generación de FNCER o ya contaban con proyectos de generación de energía proveniente de estas fuentes en curso, podrían competir por el 100% del MEM. En cambio, los generadores de energía de fuentes convencionales que no tuvieran estas plantas o no fueran desarrolladores de proyectos de generación con FNCER únicamente podrían competir por el 90%-92%. En este sentido, a pesar de que todos los generadores producen el mismo bien (energía) y desarrollan la misma actividad económica (venta de energía en el MEM), la norma les otorga un trato diferenciado, pues permite que los generadores de FNCER compitan por una porción mayor del mercado. Al respecto, la Sala Plena resalta que la norma demandada dispone que la obligación de compra deberá cumplirse mediante contratos de FNCER de *largo plazo*⁴³⁴. Así, una vez los contratos son asignados, sólo será posible que nuevos generadores entren a competir en dicho segmento del MEM una vez el plazo de esos contratos se cumpla. Esto sitúa a los generadores que son asignados en una posición de relativa superioridad para conquistar la clientela y obtener mayores utilidades, porque, durante el plazo de

⁴³⁰ UPME, Estudio de Integración de Energías Renovables, 2015. Consultado en http://www.upme.gov.co/Estudios/2015/Integracion_Energias_Renovables/INTEGRACION_ENERGIAS_RENOVANLES_WEB.pdf “Costos y financiamiento: aunque no por mucho, en algunos casos la inversión inicial específica en tecnologías renovables no convencionales en la actualidad sigue siendo un poco más alta que en el caso de tecnologías convencionales. De igual forma, dado el relativo desconocimiento por parte del sector financiero, especialmente en países en donde no se han gestado desarrollos importantes en proyectos con fuentes no convencionales hasta el momento, tanto la financiación como la valoración del riesgo pueden arrojar tasas 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 inversión y los periodos de estructuración, aunque pueden retrasar la entrada de competidores, no constituyen, *per se*, una barrera de entrada estructural, institucional o económica a un mercado determinado. Al respecto, ver: Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 57600 del 28 de octubre de 2019 y Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 81391 del 11 de diciembre de 2017.

⁴³³ Sentencia C-992 de 2006.

⁴³⁴ A título de ejemplo, de acuerdo con la regulación expedida por el MinMinas, los contratos de FNCER que fueron asignados en la subasta realizada el 22 de octubre de 2019 tienen un plazo de 15 años de duración. En este sentido, aún si los generadores de fuentes convencionales que, para la fecha en que la norma fue expedida no tenían plantas para generar energía de FNCER, desarrollan proyectos de generación de FNCER, estos sólo podrán entrar a competir por este segmento del MEM en 15 años. A su turno, esto supone que los generadores que fueron asignados tendrán una demanda cierta y una cobertura frente al riesgo de demanda por un plazo de 15 años.

vigencia de estos contratos, estos tendrán una demanda cierta y un grado de cobertura frente al riesgo de demanda⁴³⁵.

171. (ii) *La norma demandada limita el derecho a la libertad de empresa, puesto que afecta dos posiciones jurídicas adscritas a este derecho: la libre iniciativa privada y la libertad contractual. En primer lugar, la norma restringe la libre iniciativa privada, por cuanto impide a los generadores de energía escoger libremente “las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios [y] los métodos de gestión”⁴³⁶. Esto, dado que, se reitera, les impone la obligación de producir energía proveniente de FNCER como condición para poder competir en un segmento del MEM. En segundo lugar, el artículo 296 del PND restringe la libertad contractual, en tanto impide que los comercializadores escojan a cuál generador de energía proveniente de FNCER comprar la energía, porque, en los mecanismos de asignación y despacho centralizado de energía, es la entidad reguladora quien, a partir de la valoración de las ofertas, determina el generador que será despachado y con base en ello asigna los contratos. De otro lado, dado que los contratos son asignados en mecanismos regulados, la norma restringe la potestad de los agentes comercializadores y generadores de (i) elegir la modalidad del contrato mediante el cual perfeccionarán las transacciones de energía, (ii) pactar el contenido de sus cláusulas y (iii) acordar el plazo de los contratos. Estos elementos, serán fijados por el regulador. Asimismo, la norma impide que los agentes pacten libremente los precios de la energía eléctrica. En efecto, en los mecanismos de “mercado” los agentes “no pueden fijar bilateralmente el precio, puesto que, por definición, es un mecanismo que no permite que los participantes manipulen las asignaciones. Consecuentemente, los precios resultan de la negociación anónima (y objetiva) entre oferentes y demandantes”⁴³⁷.*

b) La Corte debe aplicar un test de intensidad débil

172. La Sala Plena considera que para examinar si las limitaciones que el artículo 296 del PND impone a las libertades económicas son constitucionales, debe aplicar el test de proporcionalidad de intensidad débil. Lo anterior, por dos razones. Primero, la norma demandada es una norma de intervención económica que busca fomentar el desarrollo sostenible. Como se expuso, “*la Constitución ha consagrado que la dirección de la economía corresponde al Estado*”⁴³⁸. Esto implica que, al valorar la constitucional de estos instrumentos de intervención, el juez constitucional “*debe respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política*”⁴³⁹ y aplicar un criterio de escrutinio de “*inconstitucionalidad manifiesta*”⁴⁴⁰, es decir, un escrutinio de intensidad débil. Segundo, en materia de servicios

⁴³⁵ En adelante las menciones que la Sala haga a esta limitación a la libre competencia incluyen igualmente la afectación del 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.

públicos, el legislador cuenta con “*unas potestades de restricción reforzadas*”⁴⁴¹ que “*se extiende[n] a todos los aspectos de su prestación, vigilancia y control*”⁴⁴². Esta potestad de restricción reforzada supone que el legislador cuenta con un margen de acción amplio para diseñar la regulación de la dimensión económica de estos servicios.

173. La Corte considera que en este caso no se presentan ninguna de las circunstancias excepcionales que habilitan la aplicación de un test de intensidad intermedia. De un lado, la norma no afecta *gravemente* el derecho a libre competencia, porque el ámbito de protección de este derecho es reducido cuando el desarrollo de la actividad económica que protege es la prestación de servicios públicos. Las actividades económicas de prestación son altamente reguladas por el Estado en razón de las finalidades sociales y de utilidad pública que los servicios públicos persiguen y, por ello, el establecimiento de ciertas condiciones y requisitos que los agentes prestadores deben cumplir, son comunes en este tipo de actividades. Además, la Sala Plena reitera que la limitación que la norma supone para el ejercicio de las libertades económicas en el MEM es leve, pues (i) no impone una barrera de entrada absoluta, (ii) la condición de acceso cuyo cumplimiento exige a los generadores únicamente retrasa la entrada de nuevos competidores a un segmento reducido del MEM y por un tiempo determinado y (iii) sólo restringe la libertad de contratación de los agentes del MEM respecto de uno de los tres mecanismos de contratación en este mercado: los contratos bilaterales de FNCER a largo plazo. Las condiciones de perfeccionamiento y ejecución de los contratos en bolsa y los contratos bilaterales ordinarios se mantiene inalterada. De otro lado, por las razones expuestas en precedencia la norma no afecta, siquiera *prima facie*, la prestación eficiente de la actividad de generación y no limita el acceso de usuarios de bajos recursos al servicio público domiciliario de energía eléctrica.

174. En tales términos, la Sala Plena evaluará si el artículo 296 del PND supera el test de proporcionalidad débil, es decir, si (i) persigue finalidades legítimas y (ii) el medio que emplea no está prohibido por la Constitución y es potencialmente idóneo para alcanzar dichas finalidades. Por las razones que a continuación se exponen, la Corte encuentra que la norma es proporcionada y, por lo tanto, compatible con la Constitución.

c) La norma persigue finalidades legítimas y le medio que emplea es potencialmente idóneo para alcanzarlas

- *La norma demandada persigue finalidades constitucionalmente legítimas*

175. El artículo 296 del PND persigue cuatro finalidades. De un lado, una finalidad inmediata: fomentar el desarrollo empresarial de proyectos de

⁴⁴¹ Sentencia C-186 de 2011. Ver también, sentencia C-228 de 2010. “*Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares*”.

⁴⁴² Sentencia C-741 de 2003.

generación de energía proveniente de FNCER. De otro, tres finalidades mediatas que consisten en (i) “aumentar la competencia en el Mercado de Energía Mayorista”⁴⁴³, (ii) contar con una “matriz energética resiliente y complementaria”⁴⁴⁴ y (iii) “reducir las emisiones de carbono”⁴⁴⁵ provenientes del sector eléctrico y, de este modo, contribuir a mitigar el cambio climático. La Corte considera que estas finalidades son constitucionalmente legítimas por las siguientes razones.

176. Primero, el desarrollo empresarial de proyectos de generación de energía proveniente de FNCER es una finalidad legítima, puesto que el inciso 3 del artículo 333 la Constitución dispone que uno de los intereses públicos que justifican la intervención del Estado en la economía es, precisamente, el “estimulo del desarrollo empresarial”⁴⁴⁶. Además, la Ley 1715 de 2014 declaró de manera expresa que el incentivo del desarrollo de las actividades de producción y utilización de fuentes no convencionales de energía, especialmente aquellas de carácter renovable, es “un asunto de utilidad pública e interés social, público y de conveniencia nacional, fundamental para asegurar la diversificación del abastecimiento energético pleno y oportuno, la competitividad de la economía colombiana, la protección del ambiente, el uso eficiente de la energía y la preservación y conservación de los recursos naturales renovables”⁴⁴⁷.

177. Segundo, la consecución de una matriz energética complementaria y resiliente está relacionada de manera directa con el mandato constitucional de prestación eficiente de los servicios públicos (art. 365 de la CP). La consecución de una matriz energética con estas características busca que el país cuente con “recursos diversos y complementarios, lo cual es fundamental para garantizar la adaptabilidad, flexibilidad y confiabilidad en el abastecimiento de energía”⁴⁴⁸. En efecto, la alta dependencia de la matriz energética del país en la energía hidráulica profundiza la vulnerabilidad del sistema de generación de energía eléctrica (ver, párrs. 67 y 68 *supra*). Esta vulnerabilidad se traduce en dos riesgos: (i) la reducción de la generación de energía por la ocurrencia de cambios en el ciclo hidrológico y (ii) la dependencia en las energías fósiles altamente contaminantes para complementar dicha generación. Así, el fomento de las inversiones en FNCER tiene la finalidad de minimizar la vulnerabilidad energética del país de manera ambientalmente sostenible⁴⁴⁹ y contribuir a garantizar la seguridad energética.

178. Tercero, la reducción de las emisiones de carbono es un interés constitucional y público relacionado con el principio constitucional de

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 social que implica obligaciones. El 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.

protección al medio ambiente y el derecho a un ambiente sano (art. 79 de la CP). Asimismo, tiene una relación directa con el cumplimiento de las obligaciones internacionales de mitigación del cambio climático. La Sala encuentra que la mitigación del cambio climático es una finalidad constitucionalmente legítima, dado que los cambios al clima de la Tierra que las emisiones de GEI producen “*son una preocupación común de toda la humanidad*”⁴⁵⁰, pues (i) representan riesgos arduos e irreversibles para el medio ambiente, (ii) amenazan gravemente el desarrollo económico y (iii) afectan la garantía de los derechos humanos.

179. Cuarto, el aumento de la competencia en el MEM, con el objeto de garantizar la eficiencia en la prestación del servicio público de energía eléctrica, es una finalidad constitucionalmente legítima, porque los artículos 333 y 334 de la Constitución establecen expresamente que la “*racionalización de la economía*” y la promoción de la competencia en los mercados son intereses públicos cuya protección exige la intervención del Estado en la economía.

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

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

181. El sistema de cuota de compra de energía que la norma implementa es un instrumento de fomento económico a la generación de energía proveniente de FNCER que no está proscrito por la Constitución. Como se expuso, el legislador está facultado para incorporar instrumentos de intervención económica en la parte instrumental de la Ley del PND que otorguen incentivos al desarrollo de ciertas actividades económicas que se consideran “*benéficas para el desarrollo económico y la prosperidad general*”⁴⁵¹ y establezcan regulaciones a la prestación de servicios públicos con el propósito contribuir a alcanzar las metas generales de planeación previstas 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 parte general del plan. Al respecto, la Corte constata que la obligación de compra de energía proveniente de FNCER guarda relación con (i) el “*Pacto por la Sostenibilidad: producir conservando y conservar produciendo*” que incluye como propósito “*la mitigación del cambio climático*”; (ii) el “*Pacto por la Calidad y Eficiencia de Servicios Públicos: agua y energía para promover la competitividad y el bienestar de todos*” que dispone que una de sus finalidades es conseguir “*un sector energético más innovador, competitivo, limpio y equitativo*”; y (iii) el

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

⁴⁵¹ Sentencia C-242 de 2006.

“Pacto por los Recursos Minero-energéticos para el Crecimiento Sostenible y la Expansión de Oportunidades” el cual busca alcanzar un “desarrollo minero energético con responsabilidad ambiental y social”.

182. De otro lado, la Sala Plena encuentra que la obligación de compra de energía que el artículo 296 del PND instituye es un medio idóneo por cuatro razones. Primero, incentiva la generación de energía proveniente de FNCER, pues ayuda a eliminar las barreras financieras a las que se enfrentaba el desarrollo de proyectos de generación con estas fuentes. Segundo, contribuye a aumentar la resiliencia y complementariedad de la matriz energética, dado que permite que, en periodos de sequía, la generación de energía de fuentes hídricas se reemplace, por lo menos en algún grado, con la energía eólica y solar. Tercero, la norma reduce las emisiones de carbono provenientes del sector eléctrico. Cuarto, incrementa la competencia y eficiencia en el MEM, porque (i) facilita la entrada de nuevos competidores a este mercado y (ii) reduce los riesgos de incremento del precio de la energía durante los periodos de escasez de lluvias.

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

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

FNCER	Capacidad (MW)	% Participación	Cantidad de empresas
Eólica	18.42	0.1%	1
Pequeños aprovechamientos hidráulicos	230.24	1.3%	26
Solar	27.76	0.2%	1
Bagazo	139.6	0.8%	8
Biogas	22.55	0.1%	4
TOTAL	438.57	2.5%	40

Fuente: CND XM S.A, elaboración propia.

185. La baja participación de estas fuentes se debía a que la naturaleza de los recursos de generación de las plantas de FNCER impide que los generadores de energía de estas fuentes compitan en la bolsa de energía. Esto es así, porque la disponibilidad de la fuente primaria de generación de las plantas de generación eólica (viento) y solar (irradiación solar) es altamente variable. Por lo tanto, los generadores que producen energía de estas fuentes no pueden “comprometerse con un programa de generación diario como el que necesita el Operador del Mercado (XM) para satisfacer la demanda de energía (cambiante a lo largo

del día)”⁴⁵². De otro lado, los contratos bilaterales de largo plazo *ordinarios* no se ajustaban a las necesidades financieras de los generadores de energía proveniente FNCER, puesto que no permitían garantizar una demanda cierta y, además, tenían un promedio de duración de aproximadamente 5 años. Este plazo era insuficiente para que los proyectos de FNCER alcanzaran su cierre financiero bajo el esquema “*project finance*”, en tanto no permitía que los flujos de caja del proyecto repagarán los créditos y produjeran un margen de rentabilidad razonable para el desarrollador que incentivara la inversión.

186. La Sala Plena constata que el sistema de cuota de compra de energía que la norma introduce constituye un instrumento regulatorio que se ajusta a la naturaleza y necesidades financieras de los proyectos de FNCER. De un lado, los sistemas de cuota de compra envían una “*señal a los desarrolladores de proyectos de FNCER y bancos de que existe una demanda cierta por los proyectos participantes en las subastas, lo cual favorec[e] a la bancabilidad de estos y las condiciones crediticias con dichos bancos (plazos y tasas)*”⁴⁵³. Precisamente por esta razón, en la actualidad más de 100 jurisdicciones han adoptado sistemas de cuota similares a los que el artículo 296 del PND introdujo⁴⁵⁴. De otro lado, el requisito consistente en que los contratos mediante los cuales se ejecutará la obligación de compra deben ser de “*largo plazo*”, contribuye a que los proyectos de generación de FNCER “*logren obtener flujos de ingresos a largo plazo y que así estos puedan ser financiados y por ende desarrollados*”⁴⁵⁵. De acuerdo con los estudios técnicos aportados por el Gobierno en respuesta al auto de pruebas, un incremento de 3 años en el flujo de caja de los contratos permite obtener entre 1-3% adicionales de rentabilidad para el accionista/inversionista. Este incremento en la rentabilidad, a su vez, “*reduce significativamente el riesgo de sostenibilidad financiera de los proyectos*”⁴⁵⁶ y permite “*ofrecer menores precios de contratación de energía, dado que el mayor plazo le permite [al accionista] tomar deuda a mayor plazo y por un monto mayor*”⁴⁵⁷. La siguiente tabla muestra esta situación⁴⁵⁸:

Impacto de cambio en % Apalancamiento	Plazo con % deuda	
	60%	60%
Rentabilidad para el accionista	Mix 12 años	Mix 15 años
TIR (sin valor terminal)	13,8%	14,8%
TIR (con valor terminal)	17,4%	18,3%

*Cifras en COP millones / WACC promedio: 10,08% / G nominal: 3%
Fuente: elaboración propia.

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 Policies in a Time of Transition*, pág. 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.

187. La Corte encuentra que la idoneidad del sistema de cuota de compra como instrumento de fomento al desarrollo de proyectos de FNCER quedó demostrada con los resultados de la primera subasta de contratos de energía que se realizó en el país en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 296 del PND (subasta CLPE No. 02 de 2019, 22 de octubre de 2019⁴⁵⁹). La UPME informó que, en esta subasta, la oferta de energía proveniente de fuentes eólicas y solares que realizaron los participantes del proceso superó la “*demanda objetivo*” que había sido originalmente propuesta por el MinMinas. Asimismo, esta entidad indicó que en la subasta se asignaron contratos a 4 promotores (AES, TRINA, EDPR y CELSIA)⁴⁶⁰, quienes se comprometieron a suministrar el 6% de la demanda total del sistema mediante proyectos de generación de energía eólica y solar. Esta asignación permitirá que la participación de las FNCER en la matriz energética se incremente del 2.5% al 8% para el año 2022. En particular, de acuerdo con las proyecciones aportadas por el MinMinas y la CREG, el 8% de la demanda de los comercializadores del MEM se atenderá por los siguientes proyectos de FNCER: (i) los proyectos de generación de energía eólica y solar que fueron asignados con la subasta de FNCER (6%), (ii) los pequeños aprovechamientos hidráulicos (1.3%); y (iii) la energía generada a partir de biogas (0.1%) y bogazo (0.8%)⁴⁶¹. En tales términos, la Corte concluye que la obligación de compra es un instrumento regulatorio adecuado para fomentar la generación proveniente de estas fuentes e incrementar su participación en el MEM.

188. (ii) *La norma demandada contribuye efectivamente a contar con una matriz energética complementaria, diversificada y resiliente.* La matriz energética colombiana presenta una baja complementariedad y es poco resiliente a los fenómenos climáticos⁴⁶². De un lado, no es complementaria dado que “*se encuentra altamente concentrada*”⁴⁶³ en fuentes de generación hidráulica. En particular, para el mes de julio de 2020 la energía hidráulica tenía una participación en la matriz del 67,12%⁴⁶⁴:

FUENTES CONVENCIONALES		
Tecnología	MW	Participación
Hidráulica	11.758	67,12%
Térmica Gas	2.602	14,86%
Térmica Carbón	1.664	9,50%
Térmicas Líquidos	1.123	6,41%

⁴⁵⁹ <https://www1.upme.gov.co/PromocionSector/Subastas-largo-plazo/Paginas/Subasta-CLPE-No-02-2019.aspx>

⁴⁶⁰ UPME, Informe Subasta CLPE No. 02 de 2019 y su mecanismo complementario. Adjuntado con Informe de pruebas MinMinas, 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 matriz energética de Colombia, teniendo en cuenta la composición actual presentada en la respuesta al punto anterior, podemos señalar las siguientes: -Baja diversificación, dado que está fundamentada en dos tecnologías: plantas hidráulicas y plantas térmicas. - Dada la alta participación de la generación hidráulica, el efecto en la disminución de los aportes por la presencia del fenómeno climático denominado fenómeno de El Niño, es un riesgo latente. La logística para el abastecimiento de combustibles, fundamentalmente gas y líquidos, para las plantas térmicas son procesos complejos que pueden tener riesgos frente al suministro oportuno del combustible para atender condiciones críticas*”.

⁴⁶³ Informe de pruebas MinMinas, pág. 37.

⁴⁶⁴ Id., pág. 36.

189. Esta alta dependencia en la generación hidráulica impide, a su vez, que la matriz sea resiliente a los fenómenos climáticos. La energía hidráulica se obtiene “de la energía cinética y potencial de la corriente del agua o los saltos de aguas naturales”⁴⁶⁵. De este modo, durante los periodos de escasez de lluvia la generación de energía proveniente de esta fuente “se reduce notablemente”⁴⁶⁶, lo que afecta la seguridad energética pues causa graves “afectaciones en la prestación del servicio público de energía”⁴⁶⁷. En efecto, “la logística para el abastecimiento de combustibles [carbón y gas] para las plantas térmicas” es un proceso complejo “que puede tener riesgos frente al suministro oportuno”⁴⁶⁸.

190. La norma demandada es una medida idónea para responder a estas problemáticas y contribuye a aumentar la complementariedad y resiliencia de la matriz energética⁴⁶⁹, porque existen “patrones de complementariedad entre los recursos nacionales eólicos y solares e hídricos”⁴⁷⁰. La CREG y el MinMinas presentaron estudios que demuestran que las fuentes de generación de energía eólica (viento) y solar (radiación solar) “presentan comportamientos inversos a la del recurso hídrico de embalses”⁴⁷¹. Así, “es común que ante periodos de baja hidrología que se caracterizan por la ausencia de lluvias y bajos índices de nubosidad, se presenten mayores niveles de irradiación solar”⁴⁷². De la misma forma, la siguiente gráfica muestra que los periodos de mayor generación eólica coinciden con aquellos meses de verano (enero a abril) en los que comúnmente se presentan las sequías en Colombia⁴⁷³:

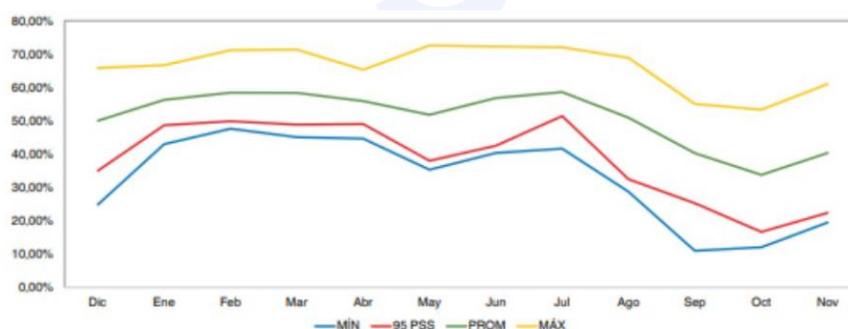


Figura 4.6. Porcentaje de potencia eólica.
Fuente: elaboración propia.

191. En síntesis, al fomentar la generación de energía solar y eólica, la norma demandada contribuye a que, en un futuro, en periodos de escasez de lluvias, los generadores de energía provenientes de estas fuentes puedan brindar una alternativa de generación que “entre a suplir parte de la reducción de las

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.

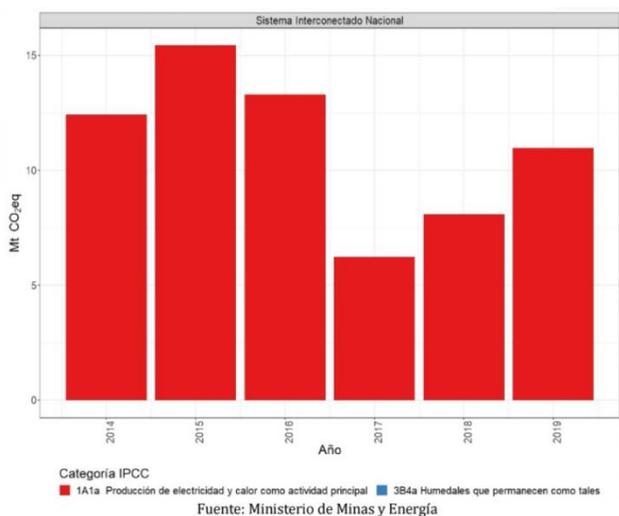
⁴⁷¹ UPME, Estudio de Integración de Energías Renovables, 2015. Consultado en http://www.upme.gov.co/Estudios/2015/Integracion_Energias_Renovables/INTEGRACION_ENERGIAS_RENOVABLES_WEB.pdf

⁴⁷² Id.

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

plantas hídricas”⁴⁷⁴ y, de esta forma, “se garantiza la prestación del servicio de energía eléctrica en todo momento”⁴⁷⁵.

192. (iv) *La norma demandada contribuye efectivamente a reducir las emisiones de GEI.* Las emisiones de GEI en la industria de la energía son el resultado de la generación térmica, de la cual proviene el 31% del total de la energía que se usa para atender la demanda del SIN⁴⁷⁶. Las plantas térmicas emiten altas cantidades de GEI, porque generan la energía mediante un “proceso de combustión”⁴⁷⁷ que utiliza combustibles líquidos (carbón y gas natural) que producen CO₂. Por esto, los años en los que las emisiones provenientes de la industria energética se incrementan “corresponden a los periodos de mayor generación térmica”⁴⁷⁸. Estos periodos, coinciden, a su vez, con los años en los cuales el país atravesó por largos lapsos de sequía (Fenómeno de “El Niño” 2014 y 2015) en los que la reducción de generación hidráulica por causa de las sequías fue reemplazada con energía proveniente de plantas térmicas. La siguiente gráfica refleja este fenómeno:



193. La norma demandada contribuye a cumplir con la meta mitigación al cambio climático del sector eléctrico, en tanto los proyectos de FNCER “*hacen uso de las fuentes renovables de la naturaleza (como el viento y el sol) para generar energía*”⁴⁷⁹, los cuales no producen emisiones de GEI. En este sentido, la entrada de las FNCER permitiría reemplazar, por lo menos en algún grado, la generación térmica y, de esta forma, reducir las emisiones de carbono. El MinMinas, la UPME y la CREG afirmaron que se estima que la entrada en operación de los proyectos de generación de energía eólica y solar asignados en la subasta de contratos producirá una reducción anual de emisiones de GEI de 4.2 Mt CO₂, “con lo que se espera aportar un 17% de la meta nacional”⁴⁸⁰ de mitigación del sector.

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.

194. La Sala Plena reconoce que el sistema de cuota implementado por la norma demandada no es un instrumento “suficiente” que permita, por sí solo, cumplir con las metas de contribución a la mitigación del cambio climático de todo el país. Sin embargo, ello no implica, como lo afirma el demandante, que este carezca de idoneidad. La idoneidad no es un examen de suficiencia, por el contrario, únicamente requiere que la Corte verifique que el medio empleado por la norma contribuya “potencialmente”⁴⁸¹ a conseguir la finalidad que persigue. A la luz de este entendimiento del estándar de idoneidad, reiterado ampliamente por la jurisprudencia constitucional, la Sala Plena encuentra que el medio previsto en el artículo 296 del PND es idóneo, pues las pruebas que reposan en el expediente demuestran que es plausible que la obligación de compra contribuirá de forma significativa y sustancial (aporte del 17%) a alcanzar la meta nacional de reducción de emisiones de GEI.

195. (iv) *La norma demandada es un medio idóneo para aumentar la competencia y eficiencia en el Mercado de Energía Mayorista.* En primer lugar, el artículo 296 del PND contribuye a aumentar la competencia en el MEM dado que incentiva la entrada de nuevos agentes generadores a un mercado que presenta una reducida concurrencia de oferentes. La Superintendencia de Industria y Comercio puso de presente que los estudios que ha adelantado en ejercicio de su función de abogacía de la competencia, han demostrado que el mercado de generación eléctrica (i) presenta “una pobre concurrencia de diversos agentes y proyectos que podría estar afianzando estructuras de mercado concentradas en el MEM a nivel de comercialización y generación”⁴⁸²; y (ii) “es de naturaleza oligopólica, toda vez que cinco líderes del mercado representan el 83% del despacho de energía por generación ideal”⁴⁸³. La siguiente tabla evidencia esta situación⁴⁸⁴:

Empresa	Capacidad MW Hidráulica	% Participación	Capacidad MW Térmica	% Participación
Emgesa S.A. E.S.P.	2.975	17%	409	2%
Empresas Públicas De Medellín E.S.P.	2.855	16%	397	2%
Isagen S.A. E.S.P.	2.705	16%	279	2%
Aes Chivor & Cia. S.C.A. E.S.P.	1.000	6%	0	0%
Empresa De Energía Del Pacifico S.A. E.S.P.	983	6%	0	0%
Termobarranquilla S.A. E.S.P. "Tebesa S.A. (E.S.P.)"		0%	911	5%
OTROS	1.419,71	8%	3.499,24	20%
TOTAL*	11.937,71	68%	5.495,24	32%

196. El artículo 296 del PND, aun cuando limita la competencia en un segmento del MEM, contribuye a aumentar la competencia y eficiencia en el MEM considerado en su conjunto, porque facilita la entrada de nuevos agentes competidores, especialmente aquellos que desarrollen proyectos de generación

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.

con FNCER. En concreto, la Corte advierte que con ocasión de la subasta de contratos a largo plazo (CLPE No. 02 2019), dos nuevos desarrolladores internacionales de proyectos de generación de energía eólica y solar ingresaron al MEM: Trina Solar y EDPR. La entrada de estos competidores internacionales (i) “*fomenta la competencia en el sector de generación, lo cual a su vez favorece los precios tanto de los contratos adjudicados, como de los excedentes potenciales que tendrían dichos proyectos, y que podrían vender en el MEM*”⁴⁸⁵ y (ii) contrarresta las estructuras de mercado concentrado del MEM, pues reduce, por lo menos en algún grado, la participación en el mercado de los generadores de plantas hidroeléctricas y térmicas.

197. En segundo lugar, la Corte encuentra que la norma contribuye a que la prestación del servicio de generación de energía eléctrica sea más eficiente. En el NDC presentado en diciembre de 2020 Colombia se comprometió internacionalmente a implementar medidas tendientes a garantizar la eficiencia energética. La *eficiencia energética* exige al Estado (i) optimizar los procesos de generación y suministro de energía eléctrica, de manera que se reduzcan las emisiones de GEI “*sin afectar las condiciones del mercado ni la confiabilidad de la prestación del servicio*”⁴⁸⁶ y (ii) propender porque la formación del precio de la energía eléctrica tenga en cuenta las externalidades que la actividad económica de generación de energía eléctrica produce a la economía, el medio ambiente y la sociedad. Las externalidades son los “*los impactos que la actividad económica de una persona causa a la sociedad o a un tercero*”⁴⁸⁷. Estas serán negativas si los impactos son adversos y positivas si acarrear beneficios.

198. La prestación eficiente del servicio de generación de energía eléctrica en Colombia se ve afectada considerablemente durante los periodos de escasez de lluvias. Esto es así, porque que en estos periodos la energía producida de fuentes hidráulicas debe reemplazarse por la energía producida con plantas térmicas. La generación de energía de fuentes térmicas produce emisiones de CO₂ que pueden ser calificadas como externalidades negativas, dado que no son “*internalizada[s] en el costo al que ofertan 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, combustibles líquidos*”⁴⁸⁹. Esto fue lo que ocurrió en la crisis energética del fenómeno de “El Niño” en los años 1992 y 1993, y más recientemente, en la crisis del año de 2015, en los que el precio de la energía se incrementó como resultado de estos fenómenos climáticos⁴⁹⁰:

⁴⁸⁵ Informe de pruebas MinMinas, pág. 39.

⁴⁸⁶ Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. NDC actualizada de Colombia. 10 de diciembre de 2020.

⁴⁸⁷ Traducción propia de: Gregory Mankiw, *Principles of economics*, Clengage Learning, 2015, 7th edition, pág. 206.

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.

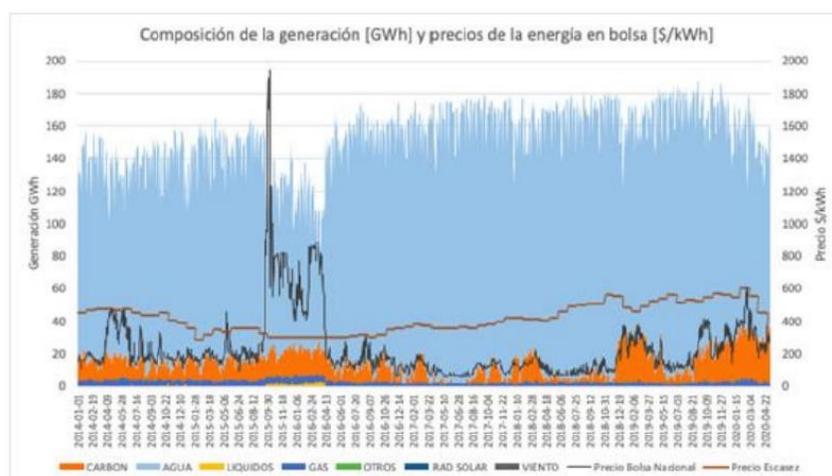


Figura 5. Comparación de la generación y los precios de bolsa y escasez. Fuente: XM, elaboración propia

199. El sistema de cuota que la norma implementa, al fomentar efectivamente la generación de energía eléctrica proveniente de FNCER, permite que los desarrolladores de proyectos con estas fuentes puedan brindar una alternativa de generación en periodos de sequía de manera que no sea necesario acudir, exclusivamente, a las plantas térmicas. Esto aumenta la adaptabilidad de la matriz energética, porque contribuye a evitar que el precio de la energía se incremente y reduce las externalidades ambientales negativas que se derivan de las emisiones de CO₂ que resultan de la generación de energía con combustibles líquidos.

200. En síntesis, el artículo 296 del PND es constitucional, dado que la norma instituye un instrumento de intervención económica en el MEM -sistema de cuota de compra de energía eléctrica- que promueve el desarrollo sostenible y es proporcionado. Las afectaciones leves que, en el corto plazo, la norma implica para el ejercicio de las libertades económicas por parte de los agentes comercializadores y generadores del MEM son compensadas ampliamente por los beneficios de mediano y largo plazo que la implementación de la obligación de compra plausiblemente producirá para la eficiencia y competitividad del sector energético, la adaptabilidad de la matriz energética y la mitigación del cambio climático.

III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

201. El 16 de octubre de 2019, el ciudadano Hugo Palacios Mejía presentó acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 296 de la Ley 1955 de 2019. El actor consideraba que esta norma vulneraba: (i) el principio de reserva de ley, (ii) la potestad reglamentaria del Presidente, (iii) el derecho a la igualdad y a la libre de competencia, (iv) el derecho a la libertad de empresa y la iniciativa privada y (v) el mandato de prestación eficiente de los servicios públicos y la finalidad social del Estado. Por esta razón, solicitó a la Corte declarar la inexecutable de la disposición demandada.

202. En primer lugar, la Corte valoró la aptitud sustancial de los cargos formulados por el demandante. Al respecto, concluyó que eran aptos (i) el

cargo primero por desconocimiento del principio de reserva de ley, (ii) el cargo segundo por vulneración de la potestad reglamentaria del Presidente, (iii) el cargo tercero por violación de la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad contractual y (iv) el cargo cuarto, en lo que se refiere a la vulneración de los derechos a la igualdad y la libre competencia de los generadores de energía eléctrica proveniente de fuentes convencionales. Por su parte, considero que el cargo por vulneración a los derechos a la igualdad y a la libre competencia de los comercializadores mayoristas no era apto, en tanto carecía de certeza. Asimismo, encontró 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, pertenencia y suficiencia. Por lo tanto, se inhibió de emitir un pronunciamiento frente a estas acusaciones.

203. En segundo lugar, la Sala Plena adelantó el estudio de fondo de los cargos que superaron el examen de aptitud sustancial. Respecto de cada uno de ellos resolvió lo siguiente:

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

205. *Cargo segundo por desconocimiento de la potestad reglamentaria del Presidente.* La Sala Plena encontró que el artículo 296 del PND no desconoce la potestad reglamentaria del Presidente (arts. 189 y 370 de la CP), por las siguientes razones. Primero, la Corte Constitucional ha sostenido que el legislador está facultado para atribuir potestad reglamentaria o de “*regulación administrativa*” a los ministros de forma directa. Segundo, la orden de reglamentar que el inciso 2º de la norma demandada impone al MinMinas (i) no supone un desplazamiento de la potestad reglamentaria del Presidente en materia de servicios públicos a este ministerio y (ii) no limita la potestad del Presidente de vincular a otras autoridades administrativas en el proceso de reglamentación de la obligación de compra. Tercero, la norma demandada no desconoce las reglas sobre atribución directa de potestad reglamentaria a los ministros, puesto que (i) le ordena reglamentar aspectos que están dentro de la órbita de sus competencias y (ii) no supone un vaciamiento de las competencias de otras autoridades regulatorias del sector eléctrico. Cuarto, el artículo 296 del PND no desconoce el carácter residual y subsidiario de la potestad reglamentaria del MinMinas, en tanto no le otorga una facultad autónoma que pueda ser ejercida sin consideración a lo dispuesto en la Ley y en los decretos

reglamentarios que el Presidente ha expedido y expida en la materia.

206. *Cargos tercero y cuarto por violación de las libertades económicas.* La Corte encontró que el artículo 296 del PND en efecto limita el ejercicio de la libertad de competencia, la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libre contratación en el MEM. Sin embargo, partir de la aplicación de un test de proporcionalidad de intensidad *débil*, concluyó que dichas limitaciones eran compatibles con la Constitución y se encontraban justificadas. Esto, en tanto la norma (i) persigue finalidades constitucionales legítimas y (ii) implementa un medio idóneo -sistema de cuota de compra de energía proveniente de FNCER- para alcanzarlas. La Sala Plena consideró que las afectaciones leves que, en el corto plazo, el cumplimiento de la obligación de compra de energía proveniente de FNCER implica para el ejercicio de las libertades económicas de los agentes comercializadores y generadores del MEM, son compensadas ampliamente por los beneficios de mediano y largo plazo que la implementación que el sistema de cuota de compra de energía producirá para la eficiencia y competitividad del sector energético, 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 expide el “*Plan Nacional 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