

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

**PROCESO D-0013541**

**REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 296 DE LA LEY  
1955 DE 2019**

**Intervención Ciudadana *Amicus Curiae***

**CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA**

**CEDEC**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Presentado por**

**Juanita Fonseca Duffo, Sebastián Solarte Caicedo, Andrés Felipe Suárez  
González, Andrés Jaramillo Sanz, Santiago Vernaza Civetta y Alfonso Miranda  
Londoño**

**Bogotá D.C., 9 de septiembre de 2020**

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>Introducción</b>	<b>3</b>
<b>II.</b>	<b>Consideraciones sobre la demanda</b>	<b>5</b>
A.	La norma demandada no infringe el derecho a la libre competencia	6
1.	La medida demandada promueve la eficiencia del mercado, especialmente la libre competencia económica	7
i.	El derecho a la libre competencia, la economía social de mercado y la intervención del Estado en la economía según la Constitución Política	7
ii.	La norma demandada promueve la competencia al eliminar barreras a la entrada para los generadores eléctricos que utilizan FNCER.	11
iii.	La norma demandada contribuye a la eficiencia del mercado y a la reducción de las externalidades	21
2.	En caso de que la Corte considere que la norma transgrede el derecho a la libre competencia, dicha trasgresión se encontraría justificada por los fines superiores que aquella persigue	23
i.	La norma demandada no infringe el núcleo esencial del derecho a la libre competencia	23
ii.	La afectación del derecho a la libre competencia estaría justificada en el efectivo cumplimiento de otros mandatos de igual o mayor valor constitucional	27
B.	La norma demandada no infringe el mandato de eficiencia en la prestación del servicio público de generación de energía	33
1.	Los precios disminuirán debido la tendencia a la baja de los costos de generación mediante FNCER y el incremento en el número de competidores	33
2.	Los generadores térmicos ofrecen un precio distorsionado a la baja en el mercado por no estar gravados con el impuesto al carbono	35
C.	La norma demandada no infringe los derechos a la igualdad y la libertad de empresa	40
D.	Sobre las competencias regulatorias asignadas al Ministerio de Minas y Energía	41
<b>III.</b>	<b>Conclusión</b>	<b>41</b>

Bogotá D.C., 9 de septiembre de 2020

**Honorables Magistrados**

**CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

Magistrado sustanciador: Richard Steve Ramírez Grisales

Por correo electrónico: secretaria1@corteconstitucional.gov.co

secretaria3@corteconstitucional.gov.co

secretariadigital@corteconstitucional.gov.co

**Ref.:** Intervención ciudadana en el proceso relativo a la constitucionalidad del artículo 296 de la Ley 1955 de 2020. Expediente D-13541.

**JUANITA FONSECA DUFFO, SEBASTIÁN SOLARTE CAICEDO, ANDRÉS FELIPE SUÁREZ GONZÁLEZ, ANDRÉS JARAMILLO SANZ, SANTIAGO VERNAZA CIVETTA y ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**, actuando en calidad de integrantes del **CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA (CEDEC)** de la **Pontificia Universidad Javeriana**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas y en ejercicio del derecho que nos confiere el numeral 1 del artículo 242 de la Constitución, respetuosamente nos permitimos presentar esta **INTERVENCIÓN del CEDEC** en el proceso de constitucionalidad de la referencia, en virtud de lo establecido en el Decreto 2067 de 1991.

En nuestra intervención, contenida en este documento, señalaremos algunas consideraciones que estimamos relevantes para que la Corte resuelva sobre la constitucionalidad de la norma demandada en este proceso. En primer lugar, explicaremos el contexto normativo en el que se enmarca dicha norma. Luego, nos referiremos a los argumentos planteados en la demanda, haciendo especial énfasis en los relativos a la pretendida vulneración del derecho a la libre competencia.

Consideramos que la norma demandada es constitucional, por las siguientes razones:

## **I. Introducción**

Conscientes de la necesidad de responder a los retos que plantean las circunstancias ambientales actuales, los mercados y los Estados han tenido que adaptarse para promover y adoptar comportamientos que permitan satisfacer las necesidades actuales de la población sin comprometer la posibilidad de que futuras generaciones satisfagan los suyos.

En esta intervención, explicaremos qué los mercados y los Estados – particularmente, el colombiano – buscan responder a los nuevos retos del bienestar colectivo con base en las potestades y dinámicas que les son propias, sin sobrepasar las limitaciones que rigen sus actividades.

El sistema de economía de mercado, que ha caracterizado durante los últimos siglos las dinámicas económicas de países como Colombia, ha generado niveles de prosperidad económica nunca vistos en la historia de la humanidad. Este sistema parte de la relación entre propiedad privada, mercados y empresas y le atribuye a la especialización de los trabajadores y a los avances tecnológicos el incremento en la productividad industrial, que ha permitido una mayor acumulación de riqueza.

No obstante, el planteamiento inicial de este sistema económico no tuvo en cuenta que las dinámicas entre propiedad privada, mercados y empresas se desarrollaban en un entorno físico – la biósfera –, el cual empezó a verse afectado negativamente con el progreso económico y el avance del tiempo. Un ejemplo de lo anterior es la introducción de tecnologías que permitieron generar energía a partir de la quema de combustibles fósiles, lo cual aumentó la productividad de industrias intensivas en capital, pero incrementó el impacto ambiental de estas actividades por las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) a la atmósfera.

Pese a lo anterior, desde el mismo sistema de economía de mercado se puede plantear una respuesta a estos problemas. La presión competitiva propia de las economías de mercado obliga a las empresas a innovar en búsqueda de tecnologías nuevas que hagan su proceso productivo más eficiente, lo que conduce a que los competidores que operen tecnologías antiguas deban adaptarse o, en su defecto, salir del mercado. Por lo tanto, el sistema de economía de mercado está en constante evolución debido a los avances tecnológicos.

Estos cambios tecnológicos se presentan en el origen de los grandes ciclos del desarrollo económico y son, precisamente, lo que estamos observando en el sector

eléctrico. Las tecnologías que permitieron la masificación de la producción y consumo de la energía eléctrica están enfrentando cambios debido al surgimiento de nuevas tecnologías. Así, la irrupción de tecnologías de generación eléctrica bajas en emisiones de GEI, el desarrollo de sistemas de almacenamiento de energía eléctrica o la digitalización y descentralización del sector son reacciones naturales en un mercado que, a pesar de estar regulado, cuenta con actividades en competencia y, por lo tanto, está sujeto a las presiones competitivas, la innovación y el cambio tecnológico.

¿Qué se necesita para que estas tecnologías se masifiquen? En principio, es necesario que puedan entrar al mercado y volverse lo suficientemente competitivas para desplazar a las tecnologías existentes. Sin embargo, si los mercados presentan fallas o los agentes económicos no pueden acceder y tener oportunidades de concurrir en el mercado debido a barreras de entrada, los beneficios del progreso tecnológico pueden verse truncados. Esta es una de las razones por las que incluso la Corte Constitucional ha identificado que el núcleo del derecho a la libre competencia económica se relaciona con la posibilidad de que nuevos competidores accedan al mercado sin barreras injustificadas<sup>1</sup>.

Desafortunadamente, como se explica en esta intervención, el sector eléctrico colombiano se compone de mercados que presentan fallas y barreras para la entrada de nuevos competidores, particularmente, de quienes desean introducir nuevas tecnologías no convencionales de generación eléctrica. Además, dada la naturaleza sostenible de estas tecnologías, estas circunstancias de mercado se vuelven aún más críticas dado que impiden la consecución de los objetivos ambientales que, desde la Constitución Política, irradian todo el ordenamiento jurídico colombiano.

Esta situación ha conducido a que sea necesaria la intervención del Estado en el sector eléctrico. Esta intervención puede analizarse desde dos ópticas: de un lado, desde la promoción de políticas públicas encaminadas a promover tecnologías limpias y no convencionales de generación eléctrica, y de otro, desde la corrección de las fallas de mercado y la eliminación de barreras a la entrada de estos nuevos competidores.

Con respecto a la primera, el Congreso de la República ha adoptado leyes que han promovido la masificación de las energías renovables, como la Ley 1715 de 2014, o la adopción de ambiciosos compromisos ambientales internacionales, como la Ley 1844 de 2017, por medio de la cual se aprobó el Acuerdo de París. Así mismo, desde el ejecutivo se han expedido los documentos CONPES 3918 y 3934 para promover políticas públicas de desarrollo sostenible y crecimiento verde, al igual que actos

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional (2010). Sentencia C-228 de 2010.

administrativos que han materializado lo dispuesto en las leyes que promueven las energías renovables.

Frente a la segunda dimensión de la intervención del Estado en la economía, y como se explica en esta intervención, el Estado está llamado a promover la competencia en los mercados mediante la eliminación de las fallas y las barreras que presenten obstáculos injustificados a la libre participación de las empresas en el mercado. En este sentido, se debe entender que la intervención del Congreso, mediante la inclusión del artículo 296 en la ley 1955 de 2019, consistió en un intento por eliminar las barreras que impiden el ingreso de nuevos competidores y tecnologías innovadoras al mercado para promover un mayor nivel de competencia, y así poder beneficiar a la sociedad colombiana con estos avances tecnológicos. Dicha intervención cobra mayor relevancia al detectar que las mencionadas leyes 1715 de 2014 y 1844 de 2017 por sí solas no contienen instrumentos suficientes para incentivar el desarrollo de proyectos sostenibles dentro del país.

Es importante anotar que Colombia no es el único país en el que se han adoptado este tipo de medidas. En más de cien jurisdicciones se han adoptado medidas similares a la contenida en el artículo demandado. Esto, debido a que la presencia de barreras al ingreso de estos nuevos competidores no se debe a la estructura del mercado colombiano, sino a la evolución natural del sector eléctrico. Por lo tanto, este tipo de intervenciones son usuales en Estados como el colombiano, en el que sus órganos están facultados para intervenir en la economía para promover la libre competencia, la innovación y el progreso tecnológico.

Por lo anterior, los principales argumentos que presentamos en esta intervención tienen por objeto exponer a la Corte por qué el artículo 296 de la ley 1955 de 2019 es la respuesta natural del Estado ante la imposibilidad de que los mercados permitan por sí solos el ingreso de nuevos competidores con tecnologías innovadoras y limpias, esfuerzo que, además, está alineado con principios y derechos constitucionales, así como con objetivos de valor global que soportan el desarrollo de nuestra economía social de mercado para que las conductas ambientalmente sostenibles se vuelvan la regla general.

## **II. Consideraciones sobre la demanda**

A continuación, nos referiremos a los cargos planteados en la demanda, haciendo especial énfasis en el relativo a la pretendida infracción al derecho a la libre competencia. Expondremos detalladamente las razones por las que la norma demandada no infringe el derecho a la libre competencia, y por qué, de manera

subsidiaria, la supuesta afectación a dicho derecho no atenta contra el núcleo esencial de la libre competencia identificado por la propia Corte, estando justificada en otros valores y principios consagrados, entre otros, en el Título II, Capítulo III, de la Constitución Política. Luego, expondremos brevemente algunas consideraciones sobre los otros cargos de la demanda.

#### **A. La norma demandada no infringe el derecho a la libre competencia**

En el texto de la norma demandada se establece una obligación en cabeza de los comercializadores del mercado mayorista de energía, la cual consiste en que entre el 8% y el 10% de sus compras de energía debe provenir de Fuentes No Convencionales de Energía Renovable (FNCER), a través de contratos de largo plazo asignados conforme a la reglamentación que se expida.

Manifiesta el demandante en su escrito que esta obligación genera una indebida limitación de la libertad económica y de empresa, la igualdad y la libre competencia, al imponer una carga desproporcionada sobre los comercializadores mayoristas de energía como desarrollo de un propósito u objetivo constitucional, esto es, la protección del medio ambiente por medio de la reducción en la emisión de GEI a la atmósfera. Según el demandante, la infracción radica en que este propósito puede ser obtenido por medio de la utilización de medios menos lesivos de los derechos de los comercializadores de energía.

Los argumentos que justifican la demanda dejan de lado dos valoraciones fundamentales:

- que la norma demandada busca corregir algunas de las fallas del mercado de generación de energía eléctrica que estructuralmente afectan la participación de nuevos competidores y tecnologías al eliminar barreras de entrada y promover una adecuada fijación del precio, y que por tanto garantiza el derecho a la libre competencia; y
- que la norma demandada, además, está dirigida a cumplir con los mandatos constitucionales de mitigación y adaptación al cambio climático y, en ese contexto, de protección al medio ambiente.

Para explicar estas conclusiones, en primer lugar, expondremos por qué la medida demandada promueve la competencia a partir del alcance dado al derecho a la libre competencia económica y a la economía social de mercado en la Constitución Política. En segundo lugar, y en caso de que la Corte considere que la medida

afecta el derecho a la libre competencia económica, señalaremos por qué dicha restricción se encuentra justificada en el cumplimiento de otros principios constitucionales de mayor entidad.

Antes de pasar a explicar cada uno de dichos argumentos, consideramos importante mencionar que, a diferencia de lo señalado por el demandante, el artículo 296 de la Ley 1955 de 2019 se refiere a los comercializadores de energía eléctrica en general, imponiéndoles a todos los participantes del mercado de comercialización – compra y venta de energía – la misma obligación de compra de energías limpias. Es decir que cualquier referencia del demandante a los comercializadores mayoristas; primero, no se encuentra contemplada en la regulación aplicable y, segundo, no tiene ninguna implicación respecto de la norma demandada.

**1. La medida demandada promueve la eficiencia del mercado, especialmente la libre competencia económica**

En esta sección, explicaremos por qué el artículo 296 de la ley 1955 promueve la eficiencia del mercado y, en particular, la libre competencia económica en el mismo. Para esto, de manera previa presentamos unas anotaciones sobre el derecho a la libre competencia económica, la economía social de mercado y la intervención del Estado en la economía con el fin de explicar por qué, en nuestra opinión, la medida demandada es procompetitiva.

**i. El derecho a la libre competencia, la economía social de mercado y la intervención del Estado en la economía según la Constitución Política**

La Constitución Política dispone, en el inciso primero del artículo 333, que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, y que, para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. Adicionalmente, el inciso quinto del mismo artículo establece que la protección del interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación justifican eventuales limitaciones, de orden legal, al alcance de la libertad económica.

Por otra parte, el artículo 334 de la Constitución Política dispone que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. De acuerdo con este artículo, el Estado intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación



de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados. Esto, con el fin de racionalizar la economía, y así conseguir 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 medio ambiente sano.

En línea con lo anterior, la Corte Constitucional ha puesto de presente que la Constitución Política adoptó un modelo de economía social de mercado dentro del Estado Social de Derecho. En dicho modelo se reconoce a la empresa como motor de desarrollo social al tiempo que le asigna al Estado la obligación de intervenir con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social.<sup>2</sup> La Corte ha manifestado que la eficiencia del modelo de economía social de mercado está sujeta a su funcionamiento en condiciones competitivas, y que la ausencia de sus supuestos teóricos genera resultados indeseables, incluso contrarios a los principios del Estado social de derecho. De acuerdo con la Corte, fenómenos como las externalidades, las asimetrías de la información, la existencia de barreras de entrada y los monopolios, entre otros, tienen como consecuencia que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades no sean ofrecidos en condiciones competitivas, y que, por lo mismo, no se alcance la asignación eficiente de los recursos que persigue la Constitución.<sup>3</sup> Por ejemplo, la Corte estudió los efectos de las externalidades negativas con ocasión de la Sentencia T-080 de 2015 y manifestó que estas pueden llegar a ocasionar determinadas dinámicas sociales de empobrecimiento, pauperización del entorno social más cercano, y restringir el crecimiento abstracto de la economía y del producto.<sup>4</sup> En dicha línea, la Corte ha manifestado lo siguiente:

*Pero, en realidad, son los compradores (entre quienes se incluyen, por ejemplo, los usuarios de los servicios públicos) quienes se benefician en mayor medida de un mercado siempre que éste funcione en condiciones competitivas. Un mercado competitivo conlleva a una permanente búsqueda de la eficiencia de los oferentes, lo cual supone que los compradores podrán beneficiarse de una reducción relativa de los precios o de una mejora de la calidad de lo que adquieren. Sin embargo, cuando no*

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional (2011). Sentencia C-263 de 2011.

<sup>3</sup> Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia T-080 de 2015.

<sup>4</sup> Corte Constitucional (2015). Sentencia T - 080 de 2015

*se presentan los supuestos teóricos de la libre competencia, el mercado genera resultados indeseables, muchos de los cuales resultan contrarios al Estado social de derecho.*<sup>5</sup>

Economistas como Joseph Stiglitz y Jean Tirole han destacado que la asignación eficiente de los recursos resultante del sistema capitalista de producción de bienes y servicios está sujeta a su operación bajo condiciones de competencia perfecta. Cuando los mercados se encuentran en competencia perfecta, los precios de los bienes y servicios incorporan la totalidad de los beneficios y los costos asociados a su producción, y, por lo mismo, generan los incentivos adecuados tanto en los consumidores como en los productores. De acuerdo a los mismos autores, los mercados pueden verse afectados por fallas como el poder de mercado, las asimetrías de la información, las externalidades, los bienes públicos, los mercados incompletos, el desempleo, las inconsistencias en las decisiones de mercado de los consumidores y la racionalidad limitada de los agentes económicos.<sup>6</sup>

A manera de ejemplo, los economistas Joseph Stiglitz y Jean Tirole se refieren en los siguientes términos a la eficiencia en sentido económico y a los requisitos que deben cumplir los mercados para que la interacción entre oferentes y demandantes permita la asignación eficiente de los recursos. El primero de ellos afirma que “el primer teorema fundamental de la economía del bienestar establece que la economía solo es eficiente en el sentido de Pareto<sup>7</sup> en determinadas circunstancias o condiciones. Hay seis importantes condiciones en las que los mercados no son eficientes en el sentido de Pareto. Se denomina fallos del mercado y constituyen un argumento a favor de la intervención del Estado”.<sup>8</sup> Por su parte, Jean Tirole destaca las condiciones necesarias para el adecuado funcionamiento del mercado de la siguiente manera: “Los economistas siempre han alabado los méritos de la competencia en los mercados donde es posible. Sin embargo, la competencia rara vez es perfecta; los mercados tienen defectos, y el poder de mercado -

---

<sup>5</sup> *Ibíd.*

<sup>6</sup> Cabe destacar que pueden existir diferencias respecto a las fallas del mercado que reconocen cada uno de estos autores.

<sup>7</sup> “La mayoría de los economistas defiende un criterio llamado eficiencia en el sentido de Pareto en honor al gran economista y sociólogo italiano Vilfredo Pareto (1848 – 1923). Las asignaciones de recursos que tienen la propiedad de que no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra se dice que son eficientes en el sentido de Pareto u óptimas en el sentido de Pareto. La eficiencia en el sentido de Pareto es a lo que se refieren normalmente los economistas cuando hablan de eficiencia”. (Joseph E. Stiglitz (2000). *La economía del sector público*. Pág. 69)

<sup>8</sup> Joseph E. Stiglitz (2000). *La economía del sector público*. Pág. 92.

es decir, la capacidad de una empresa de fijar sus precios sustancialmente por encima de sus costos o de ofrecer servicios de mala calidad sin perder muchos clientes- debe ser comprobado. Los defensores de la competencia, así como sus detractores, olvidan a veces que la competencia no es un fin en sí misma. Es sólo un instrumento al servicio de la sociedad. Si conduce a la ineficiencia, debe ser eliminada o corregida”.<sup>9</sup>

Por último, para claridad de la Corte se pasará a definir someramente las fallas del mercado que a nuestro juicio limitan la capacidad del mercado de energía mayorista de asignar eficientemente los recursos. De acuerdo con Stiglitz, en un mercado se presentan externalidades negativas cuando “los actos de una persona o de una empresa afectan a otras personas o empresas, en lo que una empresa impone un coste a otras pero no las compensa, o en los que una empresa genera un beneficio a otras, pero no recibe ninguna retribución a cambio”.<sup>10</sup> Por su parte, para Tirole la falla de inconsistencias temporales se presenta cuando “las personas están preocupadas por su bienestar inmediato y no piensan o se preocupan lo suficiente por su futuro a largo plazo”.<sup>11</sup> Finalmente, de acuerdo con la OCDE en un mercado se presentan barreras de entrada cuando existen limitaciones significativas para la entrada de nuevos participantes.<sup>12</sup>

Concluyendo esta primera sección, la Constitución Política determinó que la economía del país sería una economía social de mercado, cuyos objetivos son alcanzar el desarrollo y la asignación eficiente de los recursos. La consecución de este fin constitucional supone, como lo ha reconocido la Corte, que el Estado corrija las fallas del mercado, entendidas como aquellas situaciones fácticas que impiden o dificultan la consecución de dichos objetivos. A juicio de la Corte, la existencia de barreras de entrada, externalidades negativas e inconsistencias en las decisiones de mercado de los agentes económicos son ejemplos de circunstancias que obligan al Estado colombiano a intervenir en la economía.

Como lo expondremos a continuación, lo que la norma demandada efectivamente consagra es la implementación de medidas diferenciales no desproporcionadas en favor de los oferentes que generan energía eléctrica

---

<sup>9</sup> Jean Tirole (2019). *Economics for the common good*. Pág. 357.

<sup>10</sup> Joseph E. Stiglitz (2000). *La economía del sector público*. Pág. 95.

<sup>11</sup> Jean Tirole (2019). *Economics for the common good*. Pág. 158.

<sup>12</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2005). *Barriers to Entry. Policy Roundtables*. Pág. 27.

mediante FNCER. Puntualmente, esta norma procura eliminar barreras de entrada al mercado de generación de energía eléctrica y contribuye a que el precio de la energía eléctrica sea eficientemente determinado. Por lo tanto, el cargo presentado en la demanda no está llamado a prosperar.

**ii. La norma demandada promueve la competencia al eliminar barreras a la entrada para los generadores eléctricos que utilizan FNCER.**

Una de las condiciones fundamentales para que en un mercado haya libre competencia es la **ausencia de barreras de entrada**. En pocas palabras, una barrera de entrada, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), es un impedimento que dificulta la entrada de un nuevo agente al mercado<sup>13</sup>.

La ausencia de barreras de entrada es un supuesto fundamental para que se pueda ejercer el derecho a la libre competencia económica. La Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad del control que ejerce la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las concentraciones empresariales, señaló lo siguiente<sup>14</sup>:

*En criterio de la jurisprudencia analizada, existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, **bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada** o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita [negrillas fuera del texto].*

En efecto, la ausencia de barreras de entrada es de tal importancia, que la Corte Constitucional, en la sentencia bajo análisis, concluyó que “*el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas*”<sup>15</sup>. De esta forma, si se quiere analizar si un mercado funciona bajo preceptos de libre competencia económica, es necesario indagar sobre la existencia de barreras de entrada para los nuevos agentes que deseen ingresar al mercado.

---

<sup>13</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2005). *Barriers to Entry. Policy Roundtables*. Pág. 27.

<sup>14</sup> Corte Constitucional (2010). Sentencia C-228 de 2010.

<sup>15</sup> *Ibíd.*

Según la OCDE, son varios los factores que pueden ser considerados como una barrera para la entrada de nuevos competidores al mercado, como los costos hundidos, las condiciones estructurales del mercado o los comportamientos estratégicos de los competidores que se encuentran participando en el mercado<sup>16</sup>. Por su relevancia para este caso, analizaremos en detalle los segundos, dado que las condiciones estructurales del mercado suelen ser características propias de cada industria que, más allá de las actitudes que asuman los agentes de mercado establecidos frente a los nuevos competidores, ponen en una situación desigual a los agentes entrantes, impidiendo el desarrollo de los mercados en condiciones de igualdad, por ello, la intervención del Estado es esencial para nivelar el campo de juego con el fin de que exista competencia efectiva.

El listado de condiciones estructurales de un mercado que pueden actuar como barreras de entrada es extenso y puede estar relacionado con las estructuras de costo de los agentes, las economías de escala, los efectos de red, las integraciones verticales del mercado o las barreras jurídicas. Uno de estos resulta particularmente interesante por su relación con el caso que nos ocupa: el alto costo de capital, entendido principalmente como el costo relativo de acceder a fuentes de financiación para entrar al mercado<sup>17</sup>.

Sobre el costo del capital como barrera se considera de forma general que, si los mercados financieros funcionan adecuadamente, las entidades financieras deberían estar en la disposición de prestar dinero a los nuevos agentes a una tasa de interés razonable. No obstante, entre más costoso sea acceder a fuentes de financiación –especialmente, para la compra de activos que hacen parte de sus costos hundidos –, más riesgosa será la inversión para el nuevo competidor, y, por lo tanto, mayor reserva tendrá al momento de decidir si entrar al mercado<sup>18</sup>.

Aterrizando el debate de las barreras de entrada a quienes desean acceder al mercado de la energía eléctrica como generadores mediante FNCER, la literatura ha identificado unas barreras de entrada que dificultan el acceso de estos nuevos competidores al mercado<sup>19</sup>. Estas barreras pueden ser

---

<sup>16</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2005). Op. cit. Pág. 28.

<sup>17</sup> *Ibíd.* Pág. 30.

<sup>18</sup> *Ibíd.* Pág. 31.

<sup>19</sup> Ver, entre otros, los siguientes artículos: Fred Beck y Eric Martinot (2004). *Renewable Energy Policies and Barriers*. En "Encyclopedia of Energy". Elsevier Academic Press.. J.P. Painuly (2001). *Barriers to*

clasificadas, *grosso modo*, de la siguiente manera: (i) barreras jurídicas e institucionales, (ii) barreras tecnológicas, (iii) barreras sociales y culturales, (v) barreras económicas y (v) barreras financieras.

Por su pertinencia con el presente caso, presentamos a continuación unas consideraciones relacionadas con las barreras financieras.

Es evidente que la inversión privada en proyectos de energía renovable es fundamental para facilitar el ingreso de estos nuevos competidores al mercado. Sin embargo, la doctrina ha identificado que los promotores de estos proyectos difícilmente encuentran acceso a fuentes de financiación en las mismas condiciones que otros competidores, lo cual aumenta la percepción de riesgo de la inversión y, consecuentemente, desincentiva la participación de nuevos agentes en el mercado<sup>20</sup>. Este fenómeno es particularmente marcado en países como Colombia, en donde la participación de generadores mediante FNCER en el mercado eléctrico es aún incipiente y, por lo tanto, el sector financiero desconoce la viabilidad y la denominada “bancabilidad” de estos proyectos en el país<sup>21</sup>.

La dificultad para acceder a fuentes de financiación en condiciones competitivas se vuelve particularmente problemática si se tiene en cuenta que los proyectos de generación mediante FNCER tienen un costo inicial sustancialmente alto<sup>22</sup>. Así, si no se incentiva la financiación de estos costos, difícilmente se darán las condiciones para que se realicen las inversiones que permitirán la entrada de nuevos competidores y el consecuente despliegue de nuevas tecnologías que dinamicen el mercado<sup>23</sup>.

Las barreras financiera en mención se derivan principalmente de los siguientes factores, que serán explicados en más detalle a continuación: (i) en el desarrollo, operación y mantenimiento de proyectos de generación de

---

*renewable energy penetration; a framework for analysis*. Renewable Energy, Vol. 24. Págs. 73–89. Inga Boie et al. (2014). *Efficient strategies for the integration of renewable energy into future energy infrastructures in Europe – An analysis based on transnational modeling and case studies for nine European regions*. Energy Policy, Vol. 67. Págs. 170-185. Arumugam Seetharaman et al. (2019). *Breaking barriers in deployment of renewable energy*. Heliyon, Vol. 5.

<sup>20</sup> Arumugam Seetharaman et al. (2019). Op. cit. Pág. 6.

<sup>21</sup> Ver, entre otros, los siguientes estudios: Unidad de Planeación Minero Energética (2015). *Integración de las energías renovables no convencionales en Colombia*. Pág. 54. Y Departamento Nacional de Planeación (2017). *Energy Supply Situation in Colombia*. Pág. 56.

<sup>22</sup> Arumugam Seetharaman et al. (2019). Op. cit. Pág. 6.

<sup>23</sup> Inga Boie et al. (2014). Op. cit. Pág. 177.

energía eléctrica no media un contrato entre el desarrollador y el Estado colombiano, como sí sucede en otros proyectos de infraestructura, como por ejemplo las carreteras o los puertos; y (ii) los mecanismos tradicionales del mercado mayorista de energía colombiano, y en particular las subastas del cargo por confiabilidad, fueron diseñados para la generación de energía con fuentes convencionales –principalmente para la generación a través de unidades y plantas termoeléctricas e hidroeléctricas –.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano, el desarrollo de proyectos de generación de energía eléctrica puede ser realizado por cualquier agente económico. Para dicho desarrollo, el agente económico no debe celebrar ningún tipo de contrato con el Estado colombiano: basta con obtener los permisos y licencias necesarias para la construcción, operación y mantenimiento del proyecto, funcionar como una empresa de servicios públicos domiciliarios<sup>24</sup> y registrarse como agente del mercado de energía mayorista ante el administrador del mercado<sup>25</sup>. En tal sentido, los riesgos derivados de la inversión en proyectos de generación de energía eléctrica en Colombia recaen en su totalidad en el inversionista/desarrollador, siendo estos “*quienes asumen en su integridad los riesgos inherentes a la ejecución y explotación de los proyectos.*”<sup>26</sup>.

Lo anterior dificulta la financiación e inversión en proyectos de generación de energía, en general, pues bajo el esquema tradicional de *project finance*, el Estado es un jugador fundamental<sup>27</sup>. En efecto, de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada, las leyes de cada país deben indicar con claridad la forma en que se adjudiquen concesiones para la ejecución de proyectos con financiación privada. La razón de esto tiene que ver con el hecho de que, mediante la celebración de un contrato entre el Estado y el desarrollador del proyecto, este último tiene asegurado un flujo de ingresos a mediano y largo plazo, que le garantiza al acreedor financiero el pago del crédito otorgado. En tal sentido, existen financiadores e inversionistas que aún son escépticos frente a la financiación de proyectos en los que no existe una relación contractual con el Estado colombiano.

---

<sup>24</sup> Artículo 19 de la Ley 142 de 1994.

<sup>25</sup> Ver la Resolución CREG 025 de 1994, junto con sus modificaciones.

<sup>26</sup> Artículo 85 de la Ley 143 de 1994.

<sup>27</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2000). *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.*



Por otro lado, los mecanismos transaccionales del mercado de energía mayorista fueron diseñados para fuentes convencionales y no para FNCER. Dentro de dichos mecanismos se encuentran las subastas del cargo por confiabilidad, creadas en el año 2006, y que son *“un esquema de remuneración que permite hacer viable la inversión en los recursos de generación eléctrica necesarios para garantizar de manera eficiente la atención de la demanda de energía en condiciones críticas de abastecimiento, a través de señales de largo plazo y la estabilización de los ingresos del generador”*<sup>28</sup>.

En tal sentido, el agente que es asignado con Obligaciones de Energía en Firme (OEF), que son compromisos de respaldo por activos de generación capaces de producir energía firme durante condiciones críticas de abastecimiento – esto es, cuando el precio de escasez supera el precio marginal de activación<sup>29</sup>, lo cual suele suceder cuando el país atraviesa condiciones hídricas críticas como el Fenómeno El Niño –, recibe una remuneración mensual fija, en dólares, por un periodo equivalente a las OEF – que puede ser máximo de 20 años para plantas nuevas –. Es así como las plantas hidroeléctricas y termoeléctricas han conseguido tradicionalmente ser financiadas, pues mediante la asignación de OEF garantizan un flujo de ingresos a mediano y largo plazo, a pesar de no haber celebrado ningún contrato con el Estado colombiano para el desarrollo de los respectivos proyectos. En tal sentido, la continuidad que pueden ofrecer las plantas convencionales les permite garantizar OEF, mientras que en el caso de fuentes intermitentes como la eólica y solar<sup>30</sup>, puede resultar problemático y financieramente insostenible.

Adicionalmente, los generadores de energía eléctrica reciben ingresos por las transacciones horarias que realizan en la bolsa de energía – mercado a corto plazo – y por la celebración de contratos bilaterales financieros de energía celebrados con comercializadores de energía – mercado a largo plazo –. Sin embargo, estos últimos son contratos con una duración tradicional de entre uno y tres años. En línea con lo anterior, en el 2019 el

---

<sup>28</sup> Comisión de Regulación de Energía y Gas. *ABC del Cargo por Confiabilidad*.

<sup>29</sup> Ver la Resolución CREG 144 de 2017 junto con sus modificaciones.

<sup>30</sup> Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (2016). *Informe No.107-2016. Competitividad de la Energía Eólica y Solar en el Mercado de Energía Mayorista*.



Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) señaló lo siguiente:

*En efecto, en Colombia los desarrolladores de proyectos FNCER enfrentan barreras y altos costos de acceso a fuentes de financiamiento, considerando que los proyectos requieren estabilidad en los flujos de caja para cubrir el pago de las obligaciones contraídas. Por esta razón, se requiere suscribir contratos de suministro de energía de largo plazo con comercializadores, en los cuales se defina el precio de venta y cantidad de energía a entregar durante un periodo específico. Sin embargo, en el caso colombiano el 90 % de los contratos de largo plazo tienen una duración de entre 1 y 2 años, lo cual dificulta la consecución de recursos y desarrollo de los proyectos.*

[subrayado fuera del texto]<sup>31</sup>.

Para eliminar estas barreras a la entrada de nuevos agentes al mercado y promover la competencia, muchos países han optado por emplear herramientas de comando y control que establecen obligaciones de comportamiento para los participantes en el mercado. Las herramientas de comando y control se caracterizan por la imposición de estándares cuyo incumplimiento acarrea una sanción<sup>32</sup>. A diferencia de los instrumentos basados en incentivos, estas herramientas permiten a los gobiernos imponer, con fuerza de ley, un parámetro de conducta pretendido e implementarlo en el marco de tiempo deseado<sup>33</sup>.

Para el caso de las mencionadas barreras a la entrada de competidores que generen energía eléctrica mediante FNCER, son varios los países que han utilizado herramientas similares a la consagrada en el artículo cuya declaración de inexequibilidad pretende el accionante. Este tipo de herramientas son normalmente conocidas como *cuotas* y han sido empleados en distintos países para imponer obligaciones a los generadores – producir un porcentaje determinado de energía eléctrica a partir de FNCER – o a los comercializadores – adquirir un porcentaje dado de su energía eléctrica a quienes empleen FNCER –.

---

<sup>31</sup> Consejo Nacional de Política Económica y Social (2019). *Documento CONPES 3969 de 2019*.

<sup>32</sup> Robert Baldwin et al. (2013). *Understanding Regulation*. Oxford University Press. Pág. 106.

<sup>33</sup> *Ibíd.*

Por citar algunos casos, esta forma de eliminar una de las barreras de acceso al mercado ha sido empleada en países como Australia<sup>34</sup>, Chile<sup>35</sup>, India<sup>36</sup>, Estados Unidos<sup>37</sup>, Reino Unido<sup>38</sup>, China<sup>39</sup>, Uruguay<sup>40</sup> y varios países de la Unión Europea<sup>41</sup>. De hecho, según la Agencia Internacional para las Energías Renovables (IRENA, por sus siglas en inglés), a 2016 se habían adoptado esquemas de cuotas en más de 100 jurisdicciones<sup>42</sup>. De manera complementaria, algunos de estos países acompañan el sistema de cuotas con esquemas de mercado que permiten la transacción de certificados que permiten cumplir con la obligación.

De esta forma, se observa que la estrategia consagrada por el legislador colombiano en la ley 1955 de 2019 no es ajena al despliegue de las energías renovables en el planeta; por el contrario, corresponde a una de las estrategias más utilizadas a nivel mundial para promover la libre competencia económica y facilitar el ingreso de nuevos oferentes al mercado de la energía eléctrica.

---

<sup>34</sup> En Australia, a partir de la expedición del *Renewable Energy (Electricity) Act 2000*, se establece anualmente una meta de energía eléctrica (en MWh) que debería provenir de FNCER, a partir del cual se establece el porcentaje de energía renovable que deben certificar las entidades obligadas – principalmente, los comercializadores de energía eléctrica –.

<sup>35</sup> En Chile, las leyes 20.257 y 20.698 exigen a los generadores con capacidad instalada superior a 20 MW que un porcentaje de la energía eléctrica que comercializan sea generado mediante FNCER. Dicho porcentaje fue estructurado de manera escalonada y varía dependiendo de la fecha de firma de los contratos: los contratos firmados antes del 1 de julio de 2013 contarán a 2024 con un porcentaje del 10%, mientras que los contratos firmados después de dicha fecha deben llegar a un porcentaje de 20% al 2025.

<sup>36</sup> En la India funcionan las Obligaciones de Compra de Renovables (RPO, por sus siglas en inglés), que consisten en cuotas de energía eléctrica proveniente de FNCER que deben cumplir los comercializadores o los grandes usuarios.

<sup>37</sup> A nivel federal, en Estados Unidos existe el Estándar de Electricidad Renovable; mientras que a nivel estatal, 29 estados han adoptado esquemas de cuotas (*renewable portfolio standards*).

<sup>38</sup> Desde el año 2002 en Inglaterra, Gales y Esocia y 2005 en Irlanda del Norte, el Reino Unido adoptó las obligaciones de renovables (RO, por sus siglas en inglés), a través de las cuales se obligó a los comercializadores de energía eléctrica a adquirir un porcentaje creciente de su energía de FNCER. Este programa culminó en 2017.

<sup>39</sup> A partir de 2018, la Agencia Nacional China de Energía estableció un sistema de cuotas en las veintitrés provincias del país.

<sup>40</sup> En Uruguay, la Ley 18.585 obliga a hoteles, clubes deportivos y hospitales a adquirir el 50% de la energía para calentar agua de fuentes solares térmicas.

<sup>41</sup> Países como Bélgica, Holanda, Suecia o Italia han adoptado sistemas de cuotas durante las últimas dos décadas. La mayoría de estos sistemas aún están vigentes.

<sup>42</sup> International Renewable Energy Agency (2018). *Renewable Energy Policies in a Time of Transition*. Pág. 61.

En todo caso, debido a que la variedad, cantidad y complejidad de barreras de entrada identificadas en este mercado, es en exceso pretencioso aspirar a que cualquier herramienta implementada por el legislador o el Gobierno nacional a través de su facultad de intervención en la economía solucione por completo la situación. Por esto, se insta a la Corte a analizar lo dispuesto en la norma demandada comprendiendo que la efectiva eliminación de las barreras de entrada requiere de un despliegue de varios instrumentos, para los cuales la norma demandada resulta fundamental.

Este es el caso de las subastas. En un primer intento por incentivar el desarrollo de proyectos de generación mediante FNCER y con ocasión de la expedición del Decreto 570 de 2018, que define los lineamientos de política pública de contratación a largo plazo de generación de energía eléctrica, en agosto de 2018 el Ministerio de Minas y Energía profirió la Resolución 40791 de 2018, junto con sus modificaciones, por medio de la cual definió un mecanismo de subasta a largo plazo. La subasta específica fue convocada mediante Resolución 40795 de 2018, junto con sus modificaciones, con el propósito de promover la contratación de largo plazo de proyectos de generación de energía eléctrica (siendo este un mecanismo necesario para su financiación, como se comentó antes). El producto a subastar correspondía a un contrato de energía media anual a largo plazo (contrato físico), de tipo pague lo contratado, a ser celebrado entre cada generador y comercializador adjudicados, por un término de 12 años. La remuneración mensual bajo el contrato correspondía a un precio en pesos colombianos por kilovatio hora [COP\$/kWh].

A pesar de que no existió limitación para la participación de generadores de ningún tipo, la subasta fue declarada desierta, puesto que no se cumplieron con los criterios de competencia fijados por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), debido a la baja participación de comercializadores/compradores (representantes de la demanda eléctrica) en esta subasta, dado que dicha participación era voluntaria. Esto era previsible, pues, como se mencionó anteriormente, los comercializadores en Colombia tienen una cultura de compra de máximo 3 años. Por lo anterior, salvo que existieran incentivos u obligaciones para que los comercializadores participaran en mecanismos de contratación a largo plazo, difícilmente el gobierno nacional iba a lograr que los compradores de la energía, quienes representan a la demanda final, celebraran contratos a 12 años.

En un segundo intento, en julio de 2019 el Ministerio de Minas y Energía publicó la Resolución 40590 de 2019, junto con sus modificaciones, por medio de la cual definió un nuevo mecanismo de subasta de contratos a largo plazo, esto es, la Subasta CLPE No. 02-2019. En esta ocasión, el producto a subastar correspondió a contratos de energía a largo plazo (contratos financieros) de tipo “pague lo contratado”, entre cada vendedor y comprador que hayan sido adjudicados, por un término de 15 años. La remuneración mensual bajo el contrato correspondió a un precio en pesos colombianos por kilovatio-hora. Esta subasta fue convocada por medio de la Resolución 40591 de 2018.

Si bien la participación en esta subasta no fue obligatoria para los comercializadores, de la misma se desprendió un mecanismo complementario derivado del artículo 296 de la Ley 1955 de 2019, objeto de la demanda que nos ocupa<sup>43</sup>. Con base en dicho mecanismo complementario, todos los agentes del mercado de energía mayorista que comercialicen energía con destino a usuarios finales del mercado regulado estuvieron obligados a participar en la compra de energía, bajo la misma modalidad de la subasta. Ello hizo que la participación en la subasta por el lado de la demanda fuera mucho más alta que en la primera subasta.

Al iniciar el proceso de la Subasta CLPE No. 02-2019, se contó con la participación inicial de 68 empresas, 29 comercializadores y 39 generadores. Luego de presentar sus requisitos de precalificación, 26 generadores con 50 proyectos y 24 comercializadores presentaron ofertas de compra y venta de energía<sup>44</sup>. Como resultado de la alta participación, tanto de generadores como de comercializadores en la subasta y en el mecanismo complementario, el 22 de octubre de 2019 se adjudicó un total de 10,186 MWh-día, con un precio ponderado de COP95.65 \$/kWh<sup>45</sup>. Además, a través del mecanismo complementario se adjudicó un total de

---

<sup>43</sup> El mecanismo en mención fue regulado mediante la Resolución 40725 de 2019, proferida por el Ministerio de Minas y Energía, y su aplicación únicamente tendría lugar en el evento en que existiera una diferencia positiva entre la demanda objetivo y la cantidad de energía asignada en la subasta. La Resolución mencionada surge de la reglamentación de la obligación de compra de energías limpias para los comercializadores que realicen la actividad de comercialización con destino a usuarios finales del mercado regulado, la cual se encuentra consagrada en la Resolución 6-0715 de 2019, proferida por el Ministerio de Minas y Energía.

<sup>44</sup> Unidad de Planeación Minero- Energética (2019). *Presentación Informe sobre la realización de la subasta CLPE. No.02-2019*.

<sup>45</sup> Unidad de Planeación Minero- Energética (2019). *Circular Externa 046-2019*.

1.864.5 MWh-día, a un precio ponderado de COP106,66/kWh<sup>46</sup>. Un total de 22 comercializadores y 7 generadores resultaron adjudicados con contratos en virtud de la subasta principal, mientras que 28 comercializadores y 3 generadores fueron adjudicados en virtud del mecanismo complementario. Como resultado de la Subasta CLPE No. 02-2019 y del mecanismo complementario<sup>47</sup>, la matriz eléctrica colombiana pasará de tener una capacidad instalada de FNCER de 50 MW a 2.200 MW a 2022.

Sintetizando, la segunda subasta organizada por el Gobierno nacional fue exitosa debido, entre otros cambios, a que introdujo una **obligación** de participación en el mecanismo complementario a los generadores y los comercializadores que atienden usuarios finales del mercado regulado. Esta subasta permitió adjudicar contratos a largo plazo con un precio eficientemente formado, los cuales facilitarán la financiación de los proyectos nuevos de generación – y, en consecuencia, la entrada de nuevos competidores al mercado –.

Es decir que la introducción de una obligación de compra de energías limpias para los comercializadores, a través de mecanismos competitivos como el complementario a la subasta, resulta necesario a efectos de que proyectos de generación FNCER logren obtener flujos de ingresos a largo plazo y que así estos puedan ser financiados y por ende desarrollados; lo cual, a su vez, contribuye con la reducción de emisiones de gases efecto invernadero y con la formación de una matriz energética más resiliente, todo lo cual hace parte de los objetivos contemplados en la Ley 1955 de 2019, objeto de la presente demanda.

Así, es claro que el artículo demandado constituye un esfuerzo del legislador por promover la libre competencia económica mediante la eliminación de barreras de entrada que, por sus características particulares, deben superar los generadores de energía eléctrica que emplean FNCER. Este artículo es parte fundamental de un complejo engranaje de medidas legales y administrativas cuya finalidad es promover el ingreso de quienes desean competir en el mercado con tecnologías más limpias de generación eléctrica.

---

<sup>46</sup> Unidad de Planeación Minero- Energética (2019). *Circular Externa 047-2019*.

<sup>47</sup> Día histórico para las energías renovables en Colombia: por primera vez, la energía del sol y del viento llegará, a precios más bajos, a los hogares colombiano. Disponible en: <https://www.minenergia.gov.co/historico-de-noticias?idNoticia=24146550>

En consecuencia, a diferencia de lo que sostiene el accionante, esta norma no limita la libre competencia, sino que la promueve.

**iii. La norma demandada contribuye a la eficiencia del mercado y a la reducción de las externalidades**

Un segundo argumento para explicar por qué el artículo 296 de la ley 1955 de 2019 debe ser preservado por la Corte, es que contribuye a mejorar la eficiencia de este mercado, ya que incentiva indirectamente una formación eficiente de precios y reduce las externalidades negativas.

El mercado eléctrico está afectado por las fallas de mercado de externalidades negativas y la inconsistencia temporal en las decisiones de mercado. Aproximadamente el 30% de la capacidad instalada de la matriz de generación eléctrica está compuesta por plantas térmicas, las cuales emiten GEI a la atmósfera al momento de quemar combustibles fósiles para generar electricidad. Estas emisiones de GEI a la atmósfera tienen varios efectos nocivos sobre la sociedad, pero se destaca que dichas emisiones han dado origen a una crisis climática que tendrá implicaciones, por ejemplo, en la hidrología del país.

Sin embargo, como explicamos más adelante, esta externalidad negativa no es internalizada en el costo al que ofertan los generadores térmicos en la actualidad, lo cual distorsiona el precio de la energía en el mercado. Esta distorsión conduce a una inconsistencia temporal en las decisiones de los consumidores, los cuales ejercen su libertad de elección, siguiendo señales de precio, sin considerar cuál sería la decisión óptima para el consumidor mismo y para la sociedad en el futuro.

Estas fallas mencionadas estarían impidiendo que el precio de mercado actual retribuya adecuadamente los beneficios presentes y futuros generados por las FNCER.

En línea con lo anterior, la Unidad de Planeación Minero-Energética (UPME) ha manifestado que existen diversas razones que justifican el desarrollo de FNCER en Colombia. Entre las justificaciones identificadas por la UPME se destacan el riesgo asociado a la dependencia en la generación hidroeléctrica y el aumento de los precios de la electricidad y el gas natural.

En relación con el riesgo asociado a la energía hidroeléctrica, la UPME ha manifestado que la alta dependencia de Colombia en sus recursos hidroeléctricos ha puesto al país en riesgo periódico de escasez y altos precios de la energía.<sup>48</sup> Así mismo, se estima que los efectos del cambio climático en Colombia agudizarán este riesgo<sup>49</sup>. Por lo tanto, se vuelve urgente incorporar a la matriz eléctrica nuevas fuentes de generación que den confiabilidad de una manera sostenible y a través de un precio formado de manera eficiente.

De esta forma, al promover la entrada de generadores que utilizan FNCER, el artículo 296 de la ley 1955 de 2019 promueve la entrada de tecnologías que tendrán un menor impacto sobre el ambiente. Estas tecnologías no generarán ninguna externalidad relacionada con emisiones de GEI a la atmósfera – con lo cual se mitigará el impacto del cambio climático sobre la hidrología del país – y permitiría dar alternativas de generación eléctrica para cuando el país atraviese por condiciones críticas – lo que permitirá adaptar el sector a los efectos del cambio climático –. Además, el hecho de que estas tecnologías no generen esta externalidad negativa sobre el ambiente implica que el precio al que ofertan no deba internalizar ningún costo social, lo cual implica, en otras palabras, que el precio de mercado al que se transe esta electricidad se estaría formando de una manera más transparente y más eficiente.

Como se puede observar, la norma demandada promueve condiciones de mercado que permitirán arrojar resultados más eficientes de los que se tendrían en presencia de las fallas que se tratan de reducir. Y, como se mencionó anteriormente, este tipo de intervenciones por parte del Estado en la economía facilitan el cumplimiento de los objetivos de la economía social de mercado dentro del Estado Social de Derecho.

Adicionalmente, la norma busca generar otros tipos de eficiencias en el mercado colombiano de energía eléctrica para promover las energías renovables como es el caso de la eficiencia dinámica, que, a diferencia del concepto tradicional estático, se centra en la posibilidad del sistema de incentivar procesos creativos dentro de las empresas que permitan mejorar

---

<sup>48</sup> Unidad de Planeación Minero Energética. (2015). *Integración de las energías renovables no convencionales en Colombia*. Pág. 28.

<sup>49</sup> Unidad de Planeación Minero Energética (2013). *Estudio de generación eléctrica bajo escenario de cambio climático*. Pág. 66.



su capacidad de producción.<sup>50</sup> La norma demandada, implica un incentivo necesario y útil para las empresas que actualmente participan en el mercado de la producción de energías renovables o que desean hacerlo, al garantizarles que parte de la comercialización de energía se realizará con energías renovables. Esto conlleva a que un mínimo de recursos sean dirigidos a las empresas que promueven energías renovables y, consecuentemente, un incentivo de innovación para la maximización en la producción de este tipo de energía.

Todo esto a su vez genera un efecto bola de nieve o *spillover*, en tanto que el garantizado aumento en la producción de energías renovables, implica que todos los agentes del mercado deban hacer tareas adicionales para cumplir con la cuota de comercialización impuesta, circunstancia que reforzará la posición del mercado de producción de energía renovable, e impulsará por supuesto su desarrollo.

**2. En caso de que la Corte considere que la norma transgrede el derecho a la libre competencia, dicha trasgresión se encontraría justificada por los fines superiores que aquella persigue**

Por las razones expuestas atrás, nuestra posición es que la norma demandada no infringe el derecho a la libre competencia, y, por el contrario, promueve que el mercado arroje resultados más eficientes. Sin embargo, si el Despacho considera que sí lo hace, en nuestro concepto tal restricción sería constitucional, en la medida en la que (i) no supondría una afectación al núcleo esencial de dicho derecho y (ii) estaría justificada en la efectiva materialización de otros mandatos de igual o mayor valor constitucional: la adaptación al cambio climático y la protección del medio ambiente.

**i. La norma demandada no infringe el núcleo esencial del derecho a la libre competencia**

Para nosotros, y a diferencia de lo que afirma el demandante, la norma demandada no infringe el núcleo esencial del derecho a la libre competencia. De acuerdo con la demanda, la medida afecta dicho núcleo en la medida en la que (i) impone una obligación exclusivamente a los comercializadores mayoristas de energía; (ii y iii) consistente en celebrar un contrato ajeno al,

---

<sup>50</sup> Jesús Huerta De Soto (2004). *La teoría de la eficiencia dinámica*. Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política, Vol. 1, No 1.



y “más estricto” que, lo que exige el derecho privado; y que además, (iv) contraría una norma sobre libre competencia contenida en la Ley 143 de 1992<sup>51</sup>.

A pesar de que la mayor parte de estos argumentos están planteados a partir de unas pretendidas infracciones de la Ley 143 de 1992 —que, por supuesto, no puede ser tenida como parámetro de constitucionalidad de la norma demandada—, lo cierto es que ninguno de ellos afecta el núcleo esencial del derecho a la libre competencia.

La Corte, como lo señalamos atrás, ha considerado en reiteradas oportunidades que *“el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas”* [texto subrayado por los autores]<sup>52</sup>.

Como se puede ver, ninguna de las circunstancias señaladas por el demandante tiene como efecto impedir o dificultar el acceso de los comercializadores del mercado de energía mayorista (comercializadores mayoristas, en palabras del demandante, a pesar de que este término no se encuentra definido en la regulación aplicable). Todos los comercializadores que ya participan en el mercado de energía mayorista, sin excepción, habrán de cumplir con la norma demandada de conformidad con las reglamentaciones que se profieran en relación con la obligación de compra de energías limpias. En el caso de los comercializadores del mercado de energía mayorista que realicen la actividad de comercialización de energía eléctrica con destino a usuarios finales del mercado regulado, dicha reglamentación se encuentra dispuesta en la Resolución 40715 de 2019, proferida por el Ministerio de Minas y Energía.

La postura del demandante redundaría en que la imposición legal de cualquier carga para un grupo de agentes sería violatoria del núcleo esencial del derecho a la libre competencia. Esto implicaría que el núcleo esencial del derecho contendría todo lo que éste podría significar, circunstancia que imposibilitaría cualquier ejercicio de ponderación, y sería, por ende, contrario a nuestra Constitución, además de desconocer que el Congreso tiene la facultad de imponer dichas cargas. Cabe recordar que la Corte Constitucional ha concluido que prohibiciones sobre la forma en la que se realiza una actividad productiva justificadas en daños ciertos, objetivos y

---

<sup>51</sup> Páginas 37 a 39 de la demanda inicial, que fue admitida sin reparos por la Corte en relación con este punto.

<sup>52</sup> Corte Constitucional (2010). Sentencia C-228 de 2010.

verificables a la salud y al medio ambiente son compatibles con el ejercicio de los derechos a la libertad de empresa y la libre iniciativa privada. En dicha oportunidad, la Corte llegó a dicha conclusión como parte del estudio de la prohibición total de la publicidad y la promoción del tabaco. En detalle, la Corte afirmó que la prohibición legal en comento, (i) no afectaba el núcleo esencial de las libertades económicas, puesto que era compatible con la producción y comercialización de los productos de tabaco y sus derivados; (ii) preservaba el derecho de los consumidores a conocer sobre los efectos y consecuencias del consumo de dichos bienes; y (iii) desarrollaba los compromisos suscritos por el Estado colombiano en materia de control de tabaco; permite concluir que las normas analizadas no contravienen las citadas libertades.<sup>53</sup>

En virtud de la cláusula general de competencia, se ha reconocido que el Congreso de la República cuenta con la facultad genérica de desarrollar la Constitución y expandir las reglas de derecho que gobiernan las relaciones sociales<sup>54</sup>. En este sentido, y conforme a los artículos 114 y 150 de la Constitución Política, se le atribuye al Congreso de la República la facultad de hacer leyes como normas jurídicas de contenido general, impersonal y abstracto con carácter imperativo y permanente, que regulan y gobiernan la vida en sociedad de los habitantes del territorio nacional<sup>55</sup>. Sobre el particular manifiesta la Corte Constitucional lo siguiente:

*La jurisprudencia constitucional ha destacado que el ejercicio de dicha actividad estatal por parte del parlamento, encuentra un claro sustento en el carácter democrático, participativo y pluralista que identifica nuestro Estado Social de Derecho, el cual obliga a que sea el órgano de representación popular por excelencia quien, dentro de una dinámica constitucional preconcebida, detente la potestad general de desarrollar normativamente la Carta Política mediante la expedición de leyes en sus distintas categorías: orgánicas, estatutarias, cuadro y ordinarias.<sup>56</sup>*

Frente al alcance de la cláusula general de competencia, por tratarse el ejercicio de la función legislativa de una manifestación de los principios democráticos y pluralistas que rigen el Estado colombiano, ésta representa un amplio margen de maniobra en cabeza del legislador. Así, dicha libertad de configuración, a su vez, se concreta tanto en la posibilidad de expedir leyes, como también en modificarlas, cambiarlas, adecuarlas y suprimirlas conforme a los parámetros de necesidad pública, convivencia y el beneficio

---

<sup>53</sup> Corte Constitucional (2010). Sentencia C-830 de 2010.

<sup>54</sup> Corte Constitucional (2010). Sentencia C.493 de 2016.

<sup>55</sup> Corte Constitucional (2010). Sentencia C-1648 de 2000.

<sup>56</sup> *Ibíd.*

de la colectividad<sup>57</sup>. No obstante, y en aras de preservar la supremacía de ciertos valores constitucionales, se ha reconocido que, pese al carácter amplio de la cláusula general de competencia, existen ciertos límites en su ejercicio. Sobre el particular manifiesta la Corte Constitucional:

*En esa dirección, esta Corporación ha destacado que los límites a la competencia del Congreso para producir el derecho, interpretarlo, reformarlo y derogarlo, se derivan, fundamentalmente, (i) de la decisión constitucional de asignarle a otra rama del Poder Público u órgano independiente la regulación de un asunto determinado (C.P. art. 121); (ii) de las cláusulas contenidas en la propia Carta Política que imponen barreras a la libertad de configuración normativa del legislador sobre determinados temas (C.P. art. 136); y (iii) de la obligación también derivada del Ordenamiento Superior, de respetar, en el contexto de la regulación legislativa de una determinada materia, las normas constitucionales y los derechos y principios establecidos directamente en la Carta. En armonía con ello, también la jurisprudencia ha señalado que la atribución legislativa del Congreso (iv) debe ajustarse al trámite fijado por la Constitución para la expedición de las leyes (C.P. arts. 157 y sigs.) y (v) observar igualmente las materias que deben ser desarrolladas por cada tipo y categoría de ley (C.P. arts. 150 y sigs.).*

[subrayado fuera del texto]<sup>58</sup>

Conforme a esto, se debe analizar si la norma adoptada por el legislador cumple con la obligación de salvaguardar un mandato constitucional determinado, por ejemplo, los derechos fundamentales o los derechos colectivos, ya sea por una orden expresa de la Constitución o en relación con el núcleo esencial del principio o derecho afectado por esta<sup>59</sup>.

Así, el Congreso de la República cuenta con la facultad de imponer obligaciones legales a los particulares, siempre y cuando estas no atenten algún mandato, principio o derecho constitucionalmente reconocido o desarrollado.

---

<sup>57</sup> Corte Constitucional (2011). Sentencia C-630 de 2011.

<sup>58</sup> Ver la Sentencia C-473 de 1997, a su vez reiterada, entre otras, en las Sentencias C-1648 de 2000, C-778 de 2001, C-706 de 2005 y C-630 de 2011.

<sup>59</sup> Corte Constitucional (2007). Sentencia C-957 de 2007.

En el caso concreto, la cuestión radica en si la imposición de la obligación a los comercializadores mayoritarios de energía eléctrica, consistente en que entre el 8% y 10% de sus compras de energía deben provenir de fuentes no convencionales, se enmarca en el límite de la potestad legislativa o bien, como argumenta el demandante, vulnera el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica.

Como hemos mencionado a lo largo de esta intervención, el derecho de la competencia se constituye en un instrumento tendiente a evitar que los agentes del mercado abusen de su posición de mercado, así como evitar la imposición de barreras injustificadas o conductas que impidan la entrada o permanencia de otros agentes al mercado.

De lo anterior se deduce que una limitación ilegítima o injustificada de la libre competencia es un hecho que atenta contra el núcleo esencial del derecho; no obstante, si dicha limitación se ve enmarcada en una finalidad o propósito legítimo, no habrá una vulneración de los derechos del agente de mercado a concurrir libremente en este.

Así, en tanto es evidente que la norma demandada no afecta el núcleo esencial del derecho a la libre competencia, las eventuales vulneraciones que llegare a encontrar la Corte podrían ser constitucionales si, como en este caso, estuvieren justificadas en mandatos constitucionales de igual o mayor jerarquía que el de la libre competencia.

**ii. La afectación del derecho a la libre competencia estaría justificada en el efectivo cumplimiento de otros mandatos de igual o mayor valor constitucional**

Como lo señalamos anteriormente, la norma demandada busca fomentar la participación de la generación de energía con FNCER. Esta medida está, por tanto, materializando los deberes del Estado de adaptarse al cambio climático y de proteger el medio ambiente. Y esto significa que una eventual afectación del derecho a la libre competencia —que, como se vio, no lo sería sobre su núcleo esencial— sería constitucional.

En relación con la adaptación al cambio climático, es sabido que la matriz energética colombiana depende en demasía de la generación hidroeléctrica. Y esta, como lo señalamos previamente, es altamente vulnerable a los fenómenos de El Niño y de la Niña, cuya ocurrencia se ha exacerbado por el cambio climático. De esta forma, la garantía de la estabilidad de la matriz

energética depende de que, a través de medidas como la contenida en la norma demandada, el Estado promueva la generación por medios distintos de las hidroeléctricas.

En este contexto, y en relación con la protección al medio ambiente, la alternativa al fomento de la generación de energía con FNCER sería permitir que la matriz energética fuera alimentada por energía no renovable, como por termoeléctricas. Permitir que esto ocurriera sería claramente violatorio de los deberes del Estado de prevenir y mitigar las eventuales afectaciones al medio ambiente, que, además de estar sustentados en lo que la jurisprudencia ha denominado la “Constitución ecológica”<sup>60</sup>, están incorporados en la obligación del Estado de intervenir en la economía<sup>61</sup>.

En este escenario, la Corte habría de hacer un ejercicio de ponderación entre los fines constitucionales que la norma persigue y el grado de afectación que ésta supondría para el derecho a la libre competencia. Para dicho ejercicio, consideramos relevante resaltar lo siguiente:

- Los fines constitucionales que persigue la norma demandada son de la mayor importancia en el ordenamiento jurídico colombiano, y deben ser preferidos por encima de las supuestas restricciones que alega la demanda.

En la actualidad, alrededor del mundo se debate sobre la “aparente” tensión entre los intereses de la libre competencia económica y los

---

<sup>60</sup> Corte Constitucional (2019) Sentencia C-032 de 2019.

<sup>61</sup> La Corte Constitucional ha reiterado en múltiples oportunidades que el Estado tiene el deber de proteger el medio ambiente. En la sentencia C-259 de 2016, hito en esta materia, la Corte agrupó los deberes del Estado en cuatro categorías: la prevención, la mitigación, la indemnización o reparación y la punición. Siguiendo estas categorías, en la sentencia T-325 de 2017 la Corte consideró lo siguiente:

A partir de los citados mandatos [los relativos a la denominada “Constitución ecológica” en la Constitución de 1991], la jurisprudencia ha señalado que una de las principales creaciones de la Constitución Política de 1991, es la promoción de la conservación y protección del ambiente para la supervivencia de la humanidad. Es por ello que la Corte ha identificado “unos deberes estatales encaminados a la protección de la diversidad e integridad del ambiente, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica y el fomento de la educación para obtener esos fines, que comportan igualmente una planificación del manejo y del aprovechamiento de los recursos naturales de manera que se garantice su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución, así como la prevención y control de los factores de deterioro ambiental (...)”.[32] Entre dichos deberes, se resalta “la facultad de intervención que por mandato de la ley tiene el Estado en ciertas actividades como director general de la economía, como ocurre con la explotación de los recursos naturales en aras de la preservación de un medio ambiente sano” [subrayado de los autores].

intereses relacionados con las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático y la protección al medio ambiente.

Las visiones clásicas del derecho de la competencia —como la que plantea, aunque de forma imprecisa, el demandante— pueden llegar a descartar las medidas que protegen al medio ambiente, debido a que su visión puramente económica dificulta ponderar la libre competencia con el medio ambiente sano. En todo caso es completamente diferente analizar de manera *ex post* una conducta anticompetitiva por parte de la autoridad de competencia, que crear una norma que limita la competencia, lo cual puede hacer el legislador, siempre que se encuentre dentro de los parámetros constitucionales, como sucede en el presente caso.

La visión clásica del derecho de la competencia sostiene que para analizar si una medida es pro-competitiva o anticompetitiva deben revisarse criterios puramente económicos, en donde los beneficios o costos ambientales deben a su vez ser medidos en términos netamente económicos.<sup>62</sup> Quienes apoyan la visión clásica del derecho de la competencia estiman que para establecer si una medida es pro-competitiva o anticompetitiva debe realizarse un análisis económico basado en los costos y beneficios de la medida. Si los costos superan a los beneficios, la medida debe ser considerada como contraria a la libre competencia.<sup>63</sup>

Precisamente, a lo largo de la demanda de inconstitucionalidad, su Despacho podrá evidenciar cómo el demandante reduce la discusión a un análisis de costos y beneficios, valorados económicamente, estándar que no resulta adecuado cuando se trata de analizar la potestad que tiene el legislador para delimitar “...*el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación*” Además, como se desprende del artículo 334 de la Constitución Política, el Estado se encuentra facultado para intervenir en la economía por mandato de la ley, para regular la explotación de los recursos naturales, la producción y

---

<sup>62</sup> Julian Nowag (2016). *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws*. Oxford University Press.

<sup>63</sup> Kati Cseres (2007). *The Controversies of the Consumer Welfare Standard*. Social Science Research Network. SSRN Scholarly Paper.

consumo de bienes tales como la energía y para racionalizar la economía “*con el fin de conseguir 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.*”

Con la visión clásica del derecho de la competencia, que de manera inapropiada para este análisis utiliza la demanda, es sumamente complejo evaluar medidas que protegen intereses que no son exclusivamente económicos, como por ejemplo los intereses culturales, sociales o, como en este caso ambientales. Específicamente, cuantificar los beneficios o costos ambientales de las decisiones de una autoridad o de cualquier particular representa una alta complejidad, precisamente porque no son intereses de naturaleza exclusivamente económica.<sup>64</sup>

De manera general, cuantificar económicamente el valor del medio ambiente, de los recursos naturales y de la biodiversidad en un ecosistema es en la actualidad una tarea casi imposible. A modo de ejemplo, en el caso de la biodiversidad, debe obtenerse grandes cantidades de información para entender el valor de cada componente de un ecosistema y determinar la importancia que cada componente representa para las especies y las comunidades que habitan el ecosistema.<sup>65</sup> No es posible, por tanto, realizar un análisis puramente económico entre los beneficios y los costos de cortar un bosque de manera completa.

Otro reto de esta visión puramente económica tiene que ver con el concepto de desarrollo sostenible y los beneficios que a largo plazo se esperan de una mejora de las condiciones medioambientales del planeta tierra. El término desarrollo sostenible fue definido por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, también denominada Comisión Brundtland, en el informe “*Nuestro futuro común*”. Dicho reporte sostuvo que el desarrollo sostenible es aquel que “*satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones*”<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Rutger Claassen y Anna Gerbrandy (2016). *Rethinking European Competition Law: From a Consumer Welfare to a Capability Approach*. 12 Utrecht L. Rev. 1, 3.

<sup>65</sup> Mohammed Dore y David Webb (2003). *Valuing Biodiversity: Reality or Mirage?* Environmental monitoring and Assessment 91., 2.

<sup>66</sup> Gro Bruntland (1987). *Our Common Future*. The World Commission on Environment and Development.



De acuerdo con la anterior definición, para determinar los beneficios de una medida que protege el medio ambiente, es necesario calcular los beneficios que podrán percibir las generaciones futuras. Para la economía, un beneficio actual no tiene el mismo valor que un beneficio o ganancia futura. Por este motivo, el beneficio futuro debe traerse a valor presente mediante la determinación de una tasa de descuento.<sup>67</sup> Solo de esta manera es posible comparar los costos actuales contra los beneficios futuros. Dicha tarea es especialmente difícil en materia de protección ambiental debido a la incertidumbre alrededor de los beneficios reales que una medida ambiental tendría en una comunidad, y sobre todo en términos de determinar si las personas efectivamente percibirán esos beneficios.<sup>68</sup>

¿Cuál es el motivo para que los defensores de una visión clásica sostengan que el análisis sobre si una medida es violatoria de la libre competencia deba ser únicamente desde el punto de vista económico?

En general, la doctrina ha considerado que se trata de la carencia de legitimación para tener en cuenta intereses no económicos, en el entendido de que en muchas jurisdicciones los intereses ambientales no cuentan con el mismo rango constitucional que los intereses ambientales, como el caso de la Unión Europea, o Estados Unidos.

No ocurre lo mismo en Colombia. La Constitución Colombiana les impone al Estado y a los particulares la obligación de proteger los recursos naturales (artículo 8), reconoce que la propiedad tiene una inherente función ecológica (artículo 58), reconoce el derecho al medio ambiente sano (artículo 79), señala que el Estado debe planear el uso de los recursos naturales que garanticen su desarrollo sostenible (artículo 80), e, incluso, reconoce que el derecho a la libertad económica, libre empresa y libre competencia con expresa mención a que la Ley puede determinar su alcance cuando el ambiente lo exija (artículo 333).

---

<sup>67</sup> Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE (antiguo apartado 3 del artículo 81 del TCE) (n 38), para. 88.

<sup>68</sup> Suzanne Kingston (2010). *Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special*. 16 European Law Journal 780, 803.



A partir de las múltiples disposiciones constitucionales sobre esta materia, la Corte ha considerado que la protección del medio ambiente es un fin superior. No solo porque es un presupuesto mínimo de todos los demás derechos —incluidos la vida, la salud y, por supuesto, la libertad económica y la libre competencia, como lo ha reconocido la Corte en sede de tutela<sup>69</sup>—, sino por su valor intrínseco<sup>70</sup>.

La adaptación al cambio climático y la protección del medio ambiente, como presupuestos mínimos que son de la existencia humana y de los derechos fundamentales en el corto y en el mediano plazo, han sido considerados como un fin constitucionalmente imperioso<sup>71</sup>.

- La norma demandada contiene una medida que, como señalamos atrás, efectivamente promueve la adaptación al cambio climático y la protección del medio ambiente.
- La eventual afectación que la Corte llegare a encontrar al derecho a la libre competencia es meramente tangencial, por las razones que ya hemos anotado.

---

<sup>69</sup> Corte Constitucional (2017). Sentencia T-325 de 2017.

<sup>70</sup> Ver, entre otras, sentencias C-123 de 2014 y C-032 de 2019 de la Corte Constitucional.

<sup>71</sup> Ver, entre otras, las sentencias C-048 de 2018 y C-449 de 2015 de la Corte Constitucional:

“La sentencia más reciente que recoge la línea jurisprudencial sobre la perspectiva ecológica de la Constitución,[65] reconoce que existen tres concepciones en la jurisprudencia que responden a diferentes enfoques: (i) el antropocéntrico, (ii) el biocéntrico y (iii) el ecocéntrico. Bajo esta última concepción, la Corte Constitucional ha reconocido el valor intrínseco de la naturaleza y la necesidad “imperiosa” de incentivar una defensa y protección más rigurosa a favor de la naturaleza[66] y todos sus componentes:

*“(...) para la Corte que el humano es un ser más en el planeta y depende del mundo natural, debiendo asumir las consecuencias de sus acciones. No se trata de un ejercicio ecológico a ultranza, sino de atender la realidad sociopolítica en la propensión por una transformación respetuosa con la naturaleza y sus componentes. Hay que aprender a tratar con ella de un modo respetuoso. La relación medio ambiente y ser humano acogen significación por el vínculo de interdependencia que se predica de ellos.”[67] [Cita de la sentencia C-449 de 2015].*

“Bajo estas consideraciones, la Corte Constitucional ha dado una importancia crucial a la relación entre el ser humano y sus derechos fundamentales y el cuidado de su entorno. Este discurso constitucional acogido por la Corte responde de forma coherente a las preocupaciones de la comunidad internacional que se reflejan en documentos como la Declaración de Estocolmo de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, el Tratado de Montreal de 1987, la Declaración de Río de 1992, la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático de 1992, el Protocolo de Kioto de 1997, la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, entre otros.[68]”

Por las razones expuestas, es evidente que, a pesar de lo que sostiene el demandante, la norma demandada no infringe el derecho a la libre competencia. En efecto, como lo señalamos, la norma demandada corrige unas fallas del mercado de generación de energía y, por tanto, promueve la libre competencia de dicho mercado.

Y, en todo caso, la eventual afectación al derecho a la libre competencia, que no afectaría su núcleo esencial, estaría justificada en la efectiva materialización de deberes constitucionales de igual o mayor jerarquía. Por último, la Constitución Política faculta plenamente al Estado para intervenir en la economía mediante la expedición de leyes, con el fin de proteger estos bienes jurídicos.

**B. La norma demandada no infringe el mandato de eficiencia en la prestación del servicio público de generación de energía**

El accionante, en el cargo quinto de la demanda inicial, afirma que la supuesta exclusión de los competidores aumentaría el poder de mercado de quienes pueden participar por la cuota de electricidad generada mediante FNCER, lo cual llevaría a una distorsión en el precio del mercado. Este aparente incremento en la tarifa– entendido como el aumento en la tarifa cobrada a los usuarios finales –, en opinión del accionante, es contrario al principio de eficiencia de los servicios públicos.

En nuestra opinión, lo planteado por el accionante es equivocado por dos razones: En primer lugar, porque el análisis planteado está guiado exclusivamente por un análisis de corto plazo que contradice todas las tendencias globales relacionadas con los precios de la energía eléctrica generada mediante FNCER; y en segundo lugar, porque el precio al cual ciertos competidores del mercado ofrecen la energía eléctrica se encuentra distorsionado a la baja por no incorporar el costo ambiental de la actividad de generación, por lo que cualquier análisis relacionado con los precios de este mercado no puede partir del supuesto de que dicho mercado está arrojando señales de precio precisas en la actualidad.

**1. Los precios disminuirán debido la tendencia a la baja de los costos de generación mediante FNCER y el incremento en el número de competidores**

El primer argumento que desvirtúa lo planteado por el accionante es que la energía eléctrica generada mediante FNCER, en el largo plazo, será menos costosa que la electricidad generada mediante otras fuentes. Teniendo en cuenta que el precio de un mercado competitivo es un reflejo de la estructura de costos de los oferentes y la disponibilidad a pagar de los demandantes, el hecho de que los costos de generación vayan a disminuir

necesariamente representará una disminución en los precios de la energía eléctrica.

Según la Agencia Internacional de las Energías Renovables (IRENA, por sus siglas en inglés), el despliegue global de las FNCER ha llevado a un aumento en la competencia en la cadena de suministro, mejoras en tecnología, economías de escala y mayor experiencia por parte de los promotores<sup>72</sup>. Estos resultados de la presión competitiva han conducido a una reducción considerable en los costos de generación de electricidad mediante FNCER. Por ejemplo, entre 2010 y 2019 el costo de la generación de electricidad en plantas solares fotovoltaicas a gran escala ha disminuido en un 82%, así como en 29% en plantas de generación eólica<sup>73</sup>.

Adicionalmente, según el Banco Interamericano de Desarrollo, se espera que los costos de capital de la energía solar fotovoltaica y la energía eólica continúen disminuyendo a 2030. Estas estimaciones incluyen a Colombia, cuyos costos de capital (CAPEX) para proyectos solares disminuirán 5,4% anual entre 2019 y 2030 y para proyectos eólicos disminuirá en 2,7% anual entre 2019 y 2030<sup>74</sup>.

Esta disminución de costos en la generación de energía eléctrica mediante FNCER inevitablemente conducirá a una disminución en el precio del kilovatio-hora generado a través de estas fuentes. Según IRENA, la reducción en costos se ha manifestado en una disminución en los precios de los contratos de suministro de energía eléctrica adjudicados en subastas durante 2019 y 2020. Incluso, se espera que un 80% de las subastas de renovables arrojen precios inferiores al precio de las plantas térmicas menos costosas<sup>75</sup>.

Una segunda razón que desvirtúa lo planteado por el accionante es que se espera que el número de oferentes que generan electricidad mediante FNCER aumente en los próximos años, con lo cual se mitigaría el eventual riesgo de concentración de poder de mercado en pocos agentes que se expone en el cargo quinto de la demanda.

Según el registro de proyectos de la Unidad de Planeación Minero Energética<sup>76</sup>, que contiene información de todos los potenciales proyectos de generación que serán construidos en el país, a 31 de julio de 2020 había

---

<sup>72</sup> Agencia Internacional para la Energía Renovable (2020). *Renewable Power Generation Costs in 2019*. Pág. 24.

<sup>73</sup> *Ibíd.*

<sup>74</sup> Banco Interamericano de Desarrollo (2019). *Evolución futura de costos de las energías renovables y almacenamiento en América Latina*. Págs. 199 y siguientes.

<sup>75</sup> Agencia Internacional para la Energía Renovable (2020). *Op. cit.* Pág. 26.

<sup>76</sup> Unidad de Planeación Minero Energética (2020). *Informe de Registro de Proyectos de Generación*.

392 proyectos vigentes, de los cuales 271 son solares, 17 son eólicos y 4 son de biomasa. Además, si estos proyectos se analizan según su promotor, se observa que los proyectos fueron presentados por más de cincuenta agentes.

Si se suma la capacidad instalada de los proyectos vigentes de estas tres tecnologías, se obtiene que el registro de proyectos cuenta con iniciativas por una capacidad instalada de más de 11.000 MW. Si se considera que la capacidad instalada actual de todo el Sistema Interconectado Nacional es de aproximadamente 17.500 MW<sup>77</sup>, se puede observar la magnitud de los proyectos de generación mediante FNCER que podrían ingresar al país en el corto y mediano plazo.

Por las razones expuestas, es claro que no es cierto que la energía eléctrica generada mediante FNCER será más costosa por el hecho de que, en opinión del demandante, la norma demandada restringe el número de competidores. Por el contrario, las dinámicas en materia de FNCER muestran que el número de agentes y proyectos va en aumento y sus costos van disminuyendo, lo cual permite predecir que los precios que tendrán que pagar los usuarios por energía eléctrica generada mediante FNCER decrecerá en el largo plazo.

## **2. Los generadores térmicos ofrecen un precio distorsionado a la baja en el mercado por no estar gravados con el impuesto al carbono**

El accionante, en su cargo quinto, hace referencia a las normas de servicios públicos y a la jurisprudencia constitucional para concluir que el concepto de “eficiencia” conduce “a precios más bajos”. No obstante, esta afirmación es equivocada, pues el accionante utiliza una interpretación parcializada del concepto de eficiencia que es contraria a sus definiciones legal y económica.

La preocupación del accionante se centra en el eventual incremento del precio cobrado a los usuarios a partir del ingreso de competidores que generen electricidad mediante FNCER. Para esto, cita el numeral primero del artículo 87 de la ley 142 de 1994, el cual transcribimos a continuación:

*Artículo 87. Criterios Para Definir El Régimen Tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.*

***87.1. Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los***

---

<sup>77</sup> Portal *Business Intelligence* de XM. Consultado el 6 de septiembre de 2020.

***precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste.***

[negrilla fuera del texto].

La frase resaltada en negrilla, como se puede ver, establece que la eficiencia económica se relaciona con que los usuarios puedan pagar un precio por la prestación del servicio **que se aproxime a lo que sería el precio de un mercado competitivo**. ¿Es esto equivalente a decir que el precio siempre debe ser el más bajo posible, como lo aseveró el accionante? La respuesta corta es que no.

Cuando la ley 142 de 1994 establece que las tarifas deben aproximarse al precio de un mercado competitivo, se refiere a la formación de precios en un mercado en competencia perfecta en el que no se presenta ninguna falla de mercado. El accionante pone de presente una falla de mercado que podría subir los precios de este mercado —la concentración de poder de mercado en pocos agentes—, pero desconoce que en este mercado ya se presenta otra falla que está distorsionando la formación eficiente de precios: las externalidades negativas derivadas por la emisión de dióxido de carbono a la atmósfera al generar electricidad mediante la quema de combustibles fósiles. Esta, como se vio más atrás, es la alternativa al fomento de la generación de energía con FNCER.

Una externalidad negativa es un costo no deseado ni **compensado** que una actividad económica —en este caso, la generación de electricidad— tiene sobre la sociedad. Cuando la teoría económica afirma que la externalidad es un efecto **no compensado** se refiere a que el precio de mercado del bien o servicio **no refleja el costo** que está causando esta actividad en terceras personas. En estos casos, se considera que se presenta una falla de mercado porque el precio únicamente refleja los costos privados de quien está causando la externalidad, pero no refleja el costo social real<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Barry Field y Martha Field (2016). *Environmental Economics*. McGraw-Hill Education, Séptima Edición. Pág. 66.

Lo anterior significa que el precio del mercado en el que se presenta la externalidad se aleja del precio que se daría en un mercado competitivo, toda vez que el precio no está reflejando la totalidad de los costos que implica la oferta del bien y servicio.

Para solucionar esta falla de mercado, la respuesta por defecto es la introducción de un impuesto que permita compensar la externalidad. Este impuesto, en otras palabras, tiene como propósito modificar el precio del mercado para que no solamente refleje el costo privado del oferente que está generando la externalidad negativa, sino también el costo que su actividad de producción está generando sobre terceras personas. A este tipo de impuestos se les conoce como *impuestos pigouvianos* y su efecto es la internalización del costo social que causa la externalidad negativa<sup>79</sup>.

Como se mencionó en el acápite II.A.ii, el mercado de energía eléctrica presenta una de las externalidades negativas más debatidas académica y políticamente: la emisión de Gases de Efecto Invernadero (GEI) en la generación de energía eléctrica mediante la quema de combustibles fósiles.

A nivel mundial, el sector energético es el principal causante de emisiones de GEI a la atmósfera. De conformidad con el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés), las emisiones causadas por los seres humanos para el año 2010 provinieron principalmente de los sectores energético (25%), agricultura, silvicultura y otros usos del suelo (24%), industrial (21%) y de transporte (14%)<sup>80</sup>. Para el caso colombiano, según el Segundo Reporte Bienal de Actualización de Colombia ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, en 2014 el sector energético fue responsable por el 35% de las emisiones de GEI. Dentro de este sector se encuentra la quema de combustible en las industrias de la energía, manufacturera y de construcción, que representó el 15,8% de las emisiones totales de GEI y el 45% de las emisiones de GEI del sector energía<sup>81</sup>.

Debido a las externalidades negativas que causan estas actividades, el legislador colombiano introdujo el **impuesto al carbono** mediante la ley 1819 de 2016. En su primer inciso, el artículo 221 establece lo siguiente:

*Artículo 221. Impuesto al carbono. El Impuesto al carbono es un gravamen que recae sobre el contenido de carbono de todos los*

---

<sup>79</sup> *Ibíd.* Pág. 223.

<sup>80</sup> Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (2014). *Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change. Contribución del Grupo de Trabajo III al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*

<sup>81</sup> Gobierno de Colombia (2018). *Segundo Reporte Bienal de Actualización de Colombia ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático*. Pág. 130.

*combustibles fósiles, incluyendo todos los derivados de petróleo y todos los tipos de gas fósil que sean usados con fines energéticos, siempre que sean usados para combustión.*

*(...).*

A través de esta norma, el legislador pretendió internalizar el costo social de las emisiones de GEI a la atmósfera. Sin embargo, **el efecto de este impuesto sobre los generadores térmicos de energía eléctrica es prácticamente nulo**. El artículo 222 establece la base gravable del impuesto y, como se observa a continuación, no incluye el carbón:

*Artículo 222. Base gravable y tarifa. El Impuesto al Carbono tendrá una tarifa específica considerando el factor de emisión de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) para cada combustible determinado, expresado en unidad de volumen (kilogramo de CO<sub>2</sub>) por unidad energética (Terajoules) de acuerdo con el volumen o peso del combustible. La tarifa corresponderá a quince mil pesos (\$15.000) por tonelada de CO<sub>2</sub> y los valores de la tarifa por unidad de combustible serán los siguientes:*

<b><i>Combustible fósil</i></b>	<b><i>Unidad</i></b>	<b><i>Tarifa/unidad</i></b>
<i>Gas Natural</i>	<i>Metro cúbico</i>	<i>\$29</i>
<i>Gas Licuado de Petróleo</i>	<i>Galón</i>	<i>\$95</i>
<i>Gasolina</i>	<i>Galón</i>	<i>\$135</i>
<i>Kerosene y Jet Fuel</i>	<i>Galón</i>	<i>\$148</i>
<i>ACPM</i>	<i>Galón</i>	<i>\$152</i>
<i>Fuel Oil</i>	<i>Galón</i>	<i>\$177</i>

*(...).*

Así mismo, y a pesar de incluir al gas natural y al gas licuado de petróleo en la base gravable, el legislador estableció que estos combustibles no se encuentran gravados cuando se utilicen para la actividad de generación de energía eléctrica. Lo anterior quedó consignado en los dos párrafos del artículo 221 en los siguientes términos:

*Parágrafo 1. En el caso del gas licuado de petróleo, el impuesto solo se causará en la venta a usuarios industriales.*



*Parágrafo 2. En el caso del gas natural, el impuesto solo se causará en la venta a la industria de la refinación de hidrocarburos y la petroquímica.*

En consecuencia, los esfuerzos del legislador colombiano por crear un impuesto pigouviano que internalice los costos ambientales asociados a la quema de combustibles fósiles fueron parciales, pues excluyeron a los generadores térmicos de energía eléctrica. En consecuencia, el ordenamiento jurídico colombiano no está obligando a estos generadores a asumir los costos de la externalidad negativa que causan sobre el ambiente.

Este análisis del impuesto al carbono permite concluir que **el precio al que ofrecen los generadores térmicos que participan en el mercado de energía eléctrica no corresponde al precio de un mercado competitivo**. En consecuencia, este precio no cumpliría los estándares de eficiencia consagrados en la Constitución Política y en la ley 142 de 1994, esbozados por el accionante.

De lo anterior se desprende que sería un error conceptual concluir que los precios ofrecidos por los generadores que emplean FNCER son ineficientes por el hecho de estar por encima del precio actual de mercado o del precio al que ofertan otros competidores —particularmente, los generadores térmicos—. Como explicamos en los párrafos anteriores, el hecho de que el precio al que ofrecen los generadores térmicos refleje únicamente sus costos privados y no internalicen el costo ambiental de su actividad es una falla de mercado y es un escenario indeseado. Por esto, yerra el accionante al insinuar que la formación eficiente de precios es sinónimo de precios bajos: el hecho de que los generadores térmicos puedan ofrecer un precio más bajo porque su estructura de costos no contempla la internalización del costo ambiental de las emisiones de GEI a la atmósfera es una falla de mercado y es contrario a lo que establece la ley 142 de 1994. Por ende, no debería ser utilizado como un argumento para atacar la constitucionalidad del artículo 296 de la ley 1955 de 2019.

Incluso, el hecho de que el precio que se forme en el mercado no refleje los costos ambientales de la generación térmica ha sido identificado como una barrera económica que afecta directamente a los nuevos competidores – en especial, a quienes generan con FNCER –<sup>82</sup>. Esta situación refuerza los argumentos presentados en este escrito en relación con la intervención que está llamado a hacer el Estado en este caso.

---

<sup>82</sup> Fred Beck y Eric Martinot (2004). *Renewable Energy Policies and Barriers*. En “Encyclopedia of Energy”. Elsevier Academic Press.



**C. La norma demandada no infringe los derechos a la igualdad y la libertad de empresa**

En su demanda, el accionante menciona que el artículo 296 de la ley 1955 de 2019 vulnera los derechos a la igualdad y la libertad de empresa. Aunque lo hace en cargos separados, ambos están conectados en la medida en que, en su opinión, la distorsión a la libertad económica para que generadores y comercializadores decidan libremente y en igualdad de condiciones sobre sus transacciones de energía eléctrica en el mercado de energía mayorista.

No obstante, como se explicó en detalle en esta intervención, consideramos que esta es una medida que promueve la eficiencia en el mercado y, en caso de que genere restricciones a otros derechos, su justificación se encuadra en la persecución de un objetivo de entidad superior: la mitigación y adaptación al cambio climático.

En efecto, como ya expusimos, el Congreso de la República está facultado para imponer cargas en cabeza de los agentes económicos y esto no significa que se esté afectando la libertad empresarial o alterando la igualdad del mercado de una manera injustificada.

De hecho, la Corte debe recordar que el ya citado artículo 333 de la Constitución Política establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres **dentro de los límites del bien común**. En esta medida, y teniendo en cuenta que la obligación contenida en la norma demandada tiene como fundamento promover la complementariedad, resiliencia y sostenibilidad de la matriz eléctrica colombiana, difícilmente podría argumentarse que el artículo es inconstitucional por poner limitaciones que impiden que los agentes económicos tomen decisiones de mercado con el propósito de maximizar su utilidad en detrimento del bien común.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que esta medida genera obligaciones relacionadas con **cómo** se genera la energía eléctrica, mas no con **quién** la genera, y no existe ninguna barrera para que los generadores existentes inviertan en nuevas tecnologías para poder participar en este nuevo porcentaje creado por la norma demandada. En otras palabras, todos los agentes, nuevos o potenciales, sin importar si actualmente son generadores térmicos o hidroeléctricos, pueden acceder de manera libre y en igualdad de condiciones a la tecnología que les permitiría participar de las prerrogativas contenidas en el artículo 296 de la ley 1955 de 2019.

En consecuencia, si se llegase a encontrar que la norma afecta de alguna manera los derechos incoados, la Corte podría encontrar justificada dicha afectación en la medida en que la mitigación y adaptación al cambio climático, al ser uno de los

principales retos que enfrenta la humanidad en la actualidad, estaría justificada en el mismo artículo 333 de la Constitución Política, como ya se explicó.

#### **D. Sobre las competencias regulatorias asignadas al Ministerio de Minas y Energía**

A pesar de no ser el centro de nuestra intervención, vemos relevante señalar algunas consideraciones relativas a las competencias regulatorias conferidas por la norma demandada al Ministerio de Minas y Energía:

- Es usual que en algunos casos la entrada en vigencia de las disposiciones legales sea sujeta, por el propio legislador, a la expedición de ciertos actos administrativos. Esto ocurrió, por ejemplo, con el Código General del Proceso.
- La operatividad del mecanismo planteado en la norma demandada está enmarcada dentro de las facultades de regulación que la Ley puede conferirles a las autoridades administrativas. Esto es lo que ocurre en múltiples sectores, como el transporte aéreo y las TIC, y ha sido estudiado por la doctrina. Es constitucional, además de, nuevamente, usual, que la ley confiera esas facultades para que las autoridades profieran actos administrativos regulatorios<sup>83</sup>.
- En el mismo sentido, la facultad otorgada por la Ley al 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.

### **III. Conclusión**

Por las razones expuestas, consideramos que la norma demandada es constitucional y que, por tanto, la demanda no debe prosperar.

De los honorables Magistrados, con toda atención

---

<sup>83</sup> Sobre este particular ver Jorge Enrique Ibáñez (2003). *Alcance y límites de las potestades reguladoras y reglamentaria, la división de competencias existente entre la ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario*. En "Universitas, 52(106), 9-93.



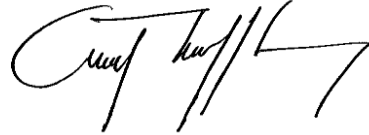
**JUANITA FONSECA**  
C.C.1.020.767.416



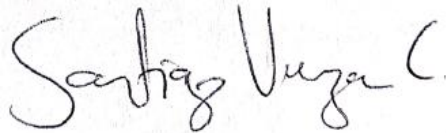
**SEBASTIÁN SOLARTE**  
C.C. 1.020.765.612



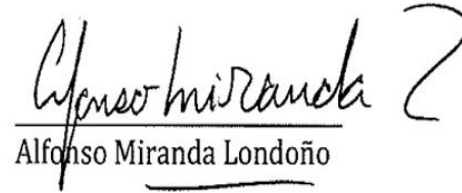
**ANDRÉS FELIPE SUÁREZ**  
C.C. 1.020.739.287



**ANDRÉS JARAMILLO**  
C.C 1.018.450.235



**SANTIAGO VERAZA**  
C.C. 1.020.803.108

  
Alfonso Miranda Londoño

**C.C. 19.489.933**