

REPÚBLICA DE COLOMBIA

SENTENCIA C-463 DE 2023

Referencia: Expediente RE-358.

Control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 1276 del 31 de julio de 2023, “Por el cual se adoptan medidas para ampliar el acceso al servicio de energía eléctrica y preservar los medios de subsistencia de la población a través del rescate de la transición energética, con la finalidad de superar la crisis humanitaria y el estado de cosas inconstitucionales o evitar la extensión de sus efectos, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado en el departamento de La Guajira”.

Magistrado ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Bogotá, D. C., dos (02) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales, en especial de las establecidas en los artículos 215 y 241.7 de la Constitución Política, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. 1. En ejercicio de la facultad prevista por el artículo 215 de la Constitución, el Presidente de la República profirió el Decreto Legislativo 1085 del 2 de julio del 2023, “[p]or medio del cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira”.

2. En desarrollo del estado de emergencia, se expidió el Decreto Legislativo 1276 del 31 de julio de 2023, “Por el cual se adoptan medidas para ampliar el acceso al servicio de energía eléctrica y preservar los medios de subsistencia de la población a través del rescate de la transición energética, con la finalidad de superar la crisis humanitaria y el estado de cosas inconstitucionales o evitar la extensión de sus efectos, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado en el departamento de La Guajira”.

3. El secretario jurídico de la Presidencia de la República remitió copia auténtica de este Decreto a la Corte Constitucional el 1º de agosto de 2023, para efectos del control automático de constitucionalidad.

4. El asunto se sometió a reparto en Sala Plena del 2 de agosto de 2023 y su conocimiento, de acuerdo con el sorteo realizado en esa sesión, le fue asignado al Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar. Mediante Auto del 9 de agosto de la misma anualidad, el Magistrado sustanciador dispuso: (i) avocar el conocimiento, (ii) comunicar el inicio del proceso al Gobierno nacional, (iii) decretar la práctica de algunas pruebas, (iv) ordenar la fijación en lista para la intervención ciudadana e invitar a algunas autoridades, organizaciones privadas, instituciones de educación superior y expertos y (v) dar traslado a la procuradora General de la Nación para el concepto de rigor. Frente a las dos últimas órdenes, se precisó que se ejecutarían una vez completado el recaudo de pruebas del caso.

5. El 2 de octubre de 2023, la Sala Plena de la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-383 de 2023, con la cual se declaró la inexequibilidad del Decreto Legislativo 1085 del 2 de julio de 2023.

6. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios, la Corte Constitucional procede a decidir sobre la exequibilidad de la norma objeto de control.

Decreto Legislativo objeto de control

7. Corresponde a la Corte revisar el Decreto Legislativo 1276 de 2023, “[p]or el cual se adoptan medidas para ampliar el acceso al servicio de energía eléctrica y preservar los medios de subsistencia de la población a través del rescate de la transición energética, con la finalidad de superar la crisis humanitaria y el estado de cosas inconstitucionales o evitar la extensión de sus efectos, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado en el departamento de La Guajira”. A continuación, se transcriben los artículos incorporados en el Decreto Legislativo analizado. Por su extensión, la transcripción del texto completo del Decreto se incluye como Anexo 1 de esta providencia:

“DECRETO LEGISLATIVO No. 1276 DE 2023

31 de julio de 2023

“Por el cual se adoptan medidas para ampliar el acceso al servicio de energía eléctrica y preservar los medios de subsistencia de la población a través del rescate de la transición energética, con la finalidad de superar la crisis humanitaria y el estado de cosas inconstitucionales o evitar la extensión de sus efectos, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado en el departamento de La Guajira”

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994, Y el Decreto 1085 del 02 de julio de 2023, “Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira”, y

CONSIDERANDO

(...)

DECRETA:

TÍTULO I

MEDIDAS DE AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA Y ACCESO AL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

Artículo 1°. Transferencias a distritos y municipios ubicados en zonas distintas al Área de Influencia y destinadas a Proyectos Energéticos. Adiciónese al artículo 54 de la Ley 143 de 1994, modificado por el artículo 233 de la Ley 2294 de 2023, los siguientes párrafos transitorios:

“Párrafo 1° Transitorio. El porcentaje de transferencias a que se refiere el presente artículo

en los literales a) y b), destinado a municipios y distritos podrá extenderse a otros municipios y distritos en el departamento de La Guajira, aun cuando se ubiquen fuera del área de influencia del respectivo proyecto, según la reglamentación que al respecto expida el Ministerio de Minas y Energía.

Esta medida comenzará a regir desde la vigencia fiscal siguiente a la expedición de este decreto.

Parágrafo 2° Transitorio. La mitad del porcentaje de transferencias a que se refiere el presente artículo en los literales a) y b), destinado a municipios y distritos en el departamento de La Guajira, deberá ser asignado a proyectos relacionados con la transición energética de las comunidades energéticas, según la reglamentación que para dicho efecto expida el Ministerio de Minas y Energía.

Esta medida comenzará a regir desde la vigencia fiscal siguiente a la expedición de este decreto.

Artículo 2°. Régimen tarifario especial y diferencial de carácter transitorio para el departamento de La Guajira. Adiciónese al artículo 44 de Ley 143 de 1994, el siguiente parágrafo transitorio:

Parágrafo transitorio. Con el fin de asegurar la prestación eficiente y sostenible del servicio público domiciliario de energía eléctrica en el departamento de La Guajira, se autoriza y ordena a la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), para establecer un régimen tarifario especial y diferencial de carácter transitorio en el departamento de La Guajira.

Para la definición de este esquema tarifario especial y diferencial para la prestación del servicio de energía eléctrica en el departamento de La Guajira, deberá tenerse como criterio principal la vulnerabilidad de las áreas que por sus condiciones especiales tienen necesidades de atención de demanda inmediata de energía eléctrica.

El Ministerio de Minas y Energía con el apoyo de la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME) y/o del Instituto de Planeación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas (IPSE) identificará e informará a la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) sobre las áreas con condiciones especiales de vulnerabilidad en el departamento

de La Guajira que tengan necesidades de atención de demanda inmediata de energía eléctrica.

La CREG deberá establecer el régimen tarifario especial y diferencial al que hace referencia este artículo dentro del término de un mes contado a partir de la recepción de la comunicación referida en el párrafo anterior, así como definir el periodo de transitoriedad del mismo.

Artículo 3°. Recursos para soluciones energéticas en el departamento de La Guajira. Con el fin de contar con recursos para la energización del área rural y no interconectada al Sistema Interconectado Nacional (SIN) en el departamento de La Guajira, desde el mes siguiente a la expedición del presente decreto legislativo y hasta el término de seis (6) meses o por un término mayor que determine el Congreso dentro del año siguiente, se incluirá en todas las facturas del servicio público de energía eléctrica que se emitan en el resto del territorio nacional, un valor denominado “Aporte departamento de La Guajira” por valor de mil (1000) pesos colombianos (COP) por factura, cuyo pago será obligatorio para los usuarios de estratos 4, 5 y 6, y por un valor de cinco mil (5000) pesos colombianos (COP) por factura, cuyo pago será obligatorio para los usuarios comerciales e industriales. Los pagos serán recaudados por el emisor de la factura, quien deberá poner a disposición del Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas No Interconectadas (FAZNI) los montos recaudados por este concepto. La administración de los fondos recaudados corresponderá al Ministerio de Minas y Energía.

El no pago de la contribución a que se refiere el inciso anterior tendrá las mismas consecuencias que el no pago del servicio.

Los recursos recaudados se destinarán específicamente a soluciones energéticas en el departamento de La Guajira en Zonas No Interconectadas (ZNI) para la población rural. Únicamente el IPSE, el Fenoge, las comunidades energéticas y las comunidades étnicas certificadas por el Ministerio del Interior podrán presentar proyectos para ser financiados a través de estos recursos, ya sea por sí mismos o a través de alianzas con otras entidades del sector público.

TÍTULO II

MEDIDAS DE SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA PARA LA SUBSISTENCIA DE LA POBLACIÓN Y RESCATE DE LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA EN EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA

Artículo 4°. Prioridad en la asignación de cargo por confiabilidad. Adiciónese al artículo 74.1 de Ley 142 de 1994, el siguiente párrafo transitorio, así:

Parágrafo transitorio. En las subastas de cargo por confiabilidad organizadas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) que hayan sido o sean convocadas para la asignación de Obligaciones de Energía Firme (OEF), a las empresas que participen con proyectos de generación con Fuentes no Convencionales de Energía Renovable (FNCER) ubicados en el departamento de La Guajira, le serán adjudicadas las OEF que oferte al precio de cierre la subasta, previamente descontando dicha OEF de la demanda objetivo a suplir con la subasta.

Para lo anterior, en el sobre de precio que debe presentar la empresa, deberá presentar carta acogiendo a lo previsto en el presente artículo suscrita por el representante legal.

Artículo 5°. Incentivos a esquemas de almacenamiento, baterías, estabilidad de la red y servicios complementarios. Los beneficios tributarios establecidos en la Ley 1715 de 2014, modificada por la Ley 2099 de 2021, establecidos para Fuentes no Convencionales de Energías Renovables (FNCER), serán aplicables a los proyectos de almacenamiento de energía eléctrica, de baterías y de estabilidad de la red en el departamento de La Guajira, así como a los servicios complementarios de respuesta continua o de respuesta rápida de frecuencia, de desconexión rápida de cargas, de aporte de nivel de cortocircuito, de aporte de inercia, de reserva primaria y de compensación de frecuencia.

Estas medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso de la República determine, dentro del año siguiente a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica Social y Ecológica, una vigencia distinta.

Parágrafo. Para efectos de la aplicación de la Ley 1715 de 2014 y sus modificaciones quedan comprendidas en el concepto de gestión eficiente de energía las siguientes actividades: almacenamiento de energía eléctrica, de baterías y de estabilidad de la red, así como los servicios complementarios de respuesta continua o de respuesta rápida de frecuencia, de desconexión rápida de cargas, de aporte de nivel de cortocircuito, de aporte de inercia, de reserva primaria y de compensación de frecuencia.

Parágrafo 3°. Ecopetrol S. A. podrá desarrollar y ejecutar proyectos de generación de Fuentes no Convencionales de Energía Renovable (FNCER) en el departamento de La Guajira, por sí mismo o mediante cualquier modalidad asociativa con terceros, incluyendo otras empresas industriales y comerciales del Estado.

La CREG, en ejercicio de su función de propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, tomará las medidas necesarias para garantizar que, dentro del grupo empresarial Ecopetrol S. A., se lleve a cabo el desarrollo separado, autónomo e independiente entre las actividades de transmisión y generación, mediante la segmentación funcional de la contabilidad, los equipos de trabajo o gerencias y el flujo de información.

Artículo 7°. Alivio de Suspensión de contratos de suministro de energía media anual a largo plazo para generadores de Fuentes no Convencionales de Energía Renovable (FNCER) en el departamento de La Guajira. Adiciónese al artículo 85 de la Ley 143 de 1994, el siguiente parágrafo transitorio, así:

Parágrafo Transitorio. Los contratos de suministro de energía media anual a largo plazo suscritos con ocasión de las SUBASTAS CLPE 02-2019 y 02-2021, asociados a proyectos ubicados en el departamento de La Guajira, se modificarán en el sentido de suspender temporalmente la obligación de suministro de energía hasta que entre en operación el proyecto de generación objeto del contrato y como plazo máximo hasta el 22 de julio de 2025. En todo caso se deberá actualizar la curva S del proyecto a la nueva fecha de entrada en operación del proyecto y mantener actualizada las garantías respectivas conforme la regulación vigente.

Adicionalmente, salvo que el comprador notifique al vendedor con una antelación de un año a la fecha de terminación de la vigencia del contrato de suministro a que se refiere este artículo su intención de darlo por terminado, el contrato se prorrogará automáticamente por el periodo de suspensión previsto en el párrafo anterior.

Durante el periodo de ampliación el generador suministrará la energía prevista al menor valor entre el precio total del contrato y el precio promedio de bolsa del mes de suministro.

Artículo 8°. Financiación de Gecelca S. A. E.S.P. para la transformación de las termoeléctricas

de carbón Guajira 1 y Guajira 2. Adiciónese al artículo 79 de la Ley 143 de 1994, el siguiente párrafo transitorio, así:

Parágrafo Transitorio. En un término de 3 meses contados a partir de la expedición del presente decreto la Nación, a través de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía, establecerá un esquema de financiación a favor de Gecelca S. A. E.S.P, para la transformación de las termoeléctricas de carbón de Termoguajira, unidades Guajira 1 y Guajira 2, a un modelo de generación de cero emisiones netas de CO₂, fortalecer su competitividad en el mercado eléctrico y ampliar condiciones de competitividad industrial con criterios climáticos.

La regulación ambiental que gobierna el Sistema de Generación de Termoguajira deberá ajustarse en un término de 3 meses para permitir la transformación de las termoeléctricas de carbón Guajira 1 y Guajira 2 a un esquema de generación eléctrica de cero emisiones netas de CO₂.

Artículo 9°. Adición al Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital. Efectúese la siguiente adición al Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital del Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal de 2023 en la suma de cuarenta y dos mil seiscientos noventa y dos millones cuatrocientos sesenta y nueve mil pesos (\$42.692.469.000) moneda legal, según el siguiente detalle:

Artículo 10. Adición al Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones. Adiciónese el Presupuesto de Gastos o Ley de Apropiaciones del Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal de 2023 en la suma de cuarenta y dos mil seiscientos noventa y dos millones cuatrocientos sesenta y nueve mil pesos (\$42.692.469.000) moneda legal, según el siguiente detalle:

Artículo 11. Vigencia. El presente Decreto Legislativo rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

(...)"

B. Relación de siglas y abreviaturas

8. La Corte utilizará el siguiente listado de siglas y abreviaturas para facilitar la lectura de

esta decisión:

Ministerio de Minas y Energía

MME

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

MHCP

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

SSPD

Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas

FAER

Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas No interconectadas

FAZNI

Comisión de Regulación de Energía y Gas

CREG

Unidad de Planeación Minero Energética

UPME

Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas No Interconectadas

IPSE

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

DIAN

Obligaciones de Energía en Firme

OEF

Fuentes No Convencionales de Energías Renovables

FNCER

9. Según fue indicado por la Secretaría General de esta Corte, en cumplimiento de lo ordenado en los Autos del 9 de agosto y 13 de septiembre de 2023, el proceso fue fijado en lista por un término de 5 días a partir del 15 de septiembre de 2023. Vencido el término de fijación en lista, se recibieron dos (2) intervenciones oficiales así: Ministerio de Minas y Energía, y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN como autoridades involucradas en la expedición del Decreto objeto de control.

10. A continuación, se sintetizan los argumentos presentados para solicitar la exequibilidad del Decreto 1276 de 2023.

Ministerio de Minas y Energía

11. El Ministerio de Minas y Energía indicó que el Decreto analizado cumple con todos los requisitos formales y materiales de validez exigidos por la Constitución Política y la Ley Estatutaria de Estados de Excepción (en adelante LEE).

12. En opinión del Ministerio, todas las medidas satisfacen los presupuestos de:

a. a. No discriminación: ningún artículo establece una discriminación injustificada ni tratos diferenciales basados en raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. Tampoco discrimina ni excluye de su aplicación transitoria a ningún grupo poblacional.

b. Ausencia de arbitrariedad: ningún artículo limita, menoscaba, o suspende derechos humanos ni libertades fundamentales. Además, no incluye normativas que provoquen un cambio en el funcionamiento normal de las ramas del poder público, una modificación o suspensión de las funciones jurisdiccionales de acusación y juicio, un deterioro o limitación de los derechos a la dignidad humana, intimidad, libertad de asociación, trabajo, educación,

libertad de expresión y demás derechos humanos y libertades fundamentales, ni tampoco implica un deterioro de los derechos sociales de los trabajadores.

c. Intangibilidad: ningún artículo incluye medidas que puedan perjudicar derechos fundamentales intangibles, los cuales, conforme a lo establecido en los artículos 93 y 214 de la Constitución, no pueden ser limitados ni siquiera durante estados de excepción. Además, no restringen el ejercicio de la acción de tutela ni de otras garantías constitucionales diseñadas para proteger estos derechos.

13. El Ministerio señaló, además, que todos los artículos incluidos dentro del Decreto Legislativo 1276 de 2023 guardan conexidad con la emergencia declarada mediante el Decreto 1085 de 2023, en cuanto contribuyen a mitigar la crisis causada por la falta de infraestructura básica para la prestación del servicio de energía eléctrica, lo cual asegura el desarrollo integral de la población infantil, otorga medios de subsistencia a las familias y facilita la transición energética en la región.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN

14. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN declinó de intervenir en el proceso, en razón a que el impuesto creado mediante este Decreto no es del orden nacional, por lo que escapa a la competencia asignada a esta entidad mediante el Decreto 1742 del 22 de diciembre de 2020.

D. Intervenciones ciudadanas

15. Esta Corporación recibió 11 escritos de intervención en este asunto que se resumen a continuación:

Interviniente

Razones de la intervención

Ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña

Argumenta falta de motivación en la manifestación de impedimento de la señora procuradora

General de la Nación para emitir concepto en este proceso.

Advierte sobre posibles quejas ante la CIDH si los fallos son adversos a los planes de gobernabilidad del Presidente de la República.

Empresa de Energía de Pereira

Solicita declaratoria de inexequibilidad del artículo 7° del Decreto.

En particular, argumenta que el artículo 7° del Decreto 1276 de 2023 contradice el principio de eficiencia económica del régimen tarifario. Además, el artículo agravaría la situación económica de los usuarios más vulnerables, contradiciendo la política de justicia tarifaria.

También aduce que dicha medida no garantiza que los proyectos estén operativos en 2025 ni sean financieramente solventes, dado que los procesos ante comunidades y autoridades se desenvuelven lentamente en el país.

Además, señala que la medida consagrada en ese artículo constituye una violación al principio de autonomía de la voluntad privada, pues es un cambio en los términos del contrato sin el consentimiento mutuo de las partes. Asevera que la motivación del Decreto controlado no concuerda con cifras reales de incrementos tarifarios, y que las medidas no abordan las causas de problemas en proyectos de energía renovable, pues beneficia principalmente a inversionistas privados de proyectos de FNCER, lo cual no resuelve la crisis en La Guajira.

Ciudadano Lucas Arboleda Henao

Solicita la suspensión provisional del Decreto 1276 de 2023.

Argumenta inconstitucionalidad y falta de requisitos formales en el Decreto controlado.

Empresa de Energía del Putumayo

Solicita la declaratoria de inexequibilidad del Decreto sub examine.

Señala que el Decreto no cumple los requisitos formales de validez. En particular, argumenta que se emitió fuera del plazo permitido y es inexecutable.

Señala falta de motivación adecuada y violación al principio de territorialidad. Añade que las medidas no están relacionadas con la causa de la emergencia.

El interviniente resalta que el Decreto que declaró la emergencia sugiere que la escasez de agua en La Guajira se debe al fenómeno extremo de El Niño y el impacto del cambio climático en La Guajira y, por lo tanto, es necesario tomar medidas en el sector energético. Sin embargo, el Decreto 1276 de 2023 indica que los problemas con proyectos de energía renovable en la región están relacionados con conflictos sociales y falta de sostenibilidad financiera, no directamente con la crisis de agua. Por lo tanto, hay una falta de conexión entre las causas de la emergencia y las medidas propuestas.

De forma específica propone argumentos para sostener que el artículo 7° del Decreto contraviene la Constitución Política. En su opinión, este artículo contradice varias disposiciones de la Constitución Política al alterar el equilibrio y autonomía contractual y al infringir el principio de libre competencia. Según el argumento presentado, la intervención estatal en contratos previamente firmados y el favorecimiento de ciertas empresas son inconsistentes con las protecciones y principios establecidos en la Constitución Política.

Empresas Públicas de Medellín S.A. ESP

Solicita la declaratoria de inexequibilidad del Decreto.

Critica falta de conexidad entre el artículo 1° y la emergencia, ambigüedad en definiciones y falta de detalles en la implementación.

Sobre el artículo 2° del Decreto, resalta que existe una ambigüedad en la definición del criterio de vulnerabilidad para establecer un régimen tarifario transitorio para La Guajira,

pues esta definición, según el artículo 367 de la Constitución Política, debería estar establecida por ley y no dejarse a la discreción de quien reglamente el artículo. Además, alega que la norma no indicó cómo se financiaría la potencial disminución tarifaria.

Alega que el artículo 3° del Decreto carece de certeza respecto del término “Aporte Departamento de la Guajira” y su posterior denominación como “contribución”. En su opinión, ambos tienen implicaciones jurídicas distintas. Cuestiona la necesidad de la medida, puesto que ya existen fondos disponibles, como el FONENERGIA y el Sistema General de Regalías (SGR).

Asevera que la medida contenida en el artículo 4 del Decreto no tiene una conexión con la crisis en La Guajira, dado que distorsiona la competencia en el mercado de confiabilidad al permitir que ciertas plantas entren sin competir con otros proyectos de generación. Sostiene que, si bien La Guajira tiene un potencial significativo para la generación de energía eólica y solar, dar prioridad a las plantas en La Guajira podría resultar en más retrasos y en incumplimientos relacionados con el cargo por confiabilidad, y podría afectar a todos los usuarios del país. Además, señaló que el Decreto carece de detalles sobre cómo se implementaría el período de asignación para diferentes categorías de plantas.

La empresa sostiene que la autorización prevista en el artículo 6° del Decreto para que Ecopetrol S.A. ejecute proyectos de generación de FNCER en La Guajira ya se había debatido y rechazado tanto en la Cámara Representantes como en el Senado en el PND 2022-2026. De tal suerte que esta repetición de la propuesta contraviene la decisión democrática tomada anteriormente. Además, señala que ya existía una herramienta normativa que permitiría a Ecopetrol generar energía a través de ISA, por lo que no era necesario utilizar facultades excepcionales. Apunta que la medida puede resultar en una concentración de poder de mercado, lo cual reduce la competencia y la eficiencia.

Plantea que el artículo 7° del Decreto vulnera el principio de la estabilidad de las condiciones que permite a las partes de un contrato cubrirse del riesgo de volatilidad de precios, ya que permite modificar unilateralmente un contrato firmado entre terceros, y ello afecta la confianza del mercado y del inversionista. Afirmó que la medida propuesta en el Decreto podría resultar en un incremento tarifario, exponiendo a los usuarios a la volatilidad del precio, en particular durante el Fenómeno de El Niño.

Ciudadano Juan Andrés Hernández Cruz

Argumenta falta de relación entre el Decreto y los objetivos de la declaración de emergencia.

Ciudadano Jorge Tirado Navarro

Solicita la declaratoria de inexecutable del Decreto 1276 de 2023.

Cuestiona la relación entre el Decreto y los motivos de la emergencia, así como la violación de principios constitucionales. En particular, alega que el artículo 7° del Decreto no cumple con el juicio de conexidad material interna y de motivación suficiente, en la medida que la suspensión de la obligación de suministro de energía, prevista en el artículo, no tiene relación directa ni inmediata con los hechos que originaron la emergencia, pues el estado de excepción se generó debido a deficiencias en cobertura y calidad del servicio eléctrico en La Guajira, no por atrasos en proyectos.

Sostiene que los artículos 6° y 7° del Decreto 1276 de 2023 desconocen el derecho a la autonomía privada, la buena fe y la seguridad jurídica, al modificar una relación contractual privada sin el acuerdo de las partes.

Empresa Vientos del Norte SAS

Solicita la declaratoria de exequibilidad del Decreto 1276 de 2023. En particular, indica que las medidas están vinculadas a la emergencia, pues buscan abordar la crisis humanitaria, el estado de cosas inconstitucional, los problemas ambientales y la insuficiencia de medidas legales para tratar la crisis en La Guajira.

Argumenta que la suspensión temporal de la obligación de suministro de energía es razonable y proporcionada. Aunque puede haber un aumento temporal en las tarifas de energía, esto se equilibraría a medio y largo plazo, en beneficio de los usuarios. Además, la suspensión de contratos prevista permitiría la continuidad y consolidación de proyectos amenazados.

Indica que la medida supera el juicio de motivación suficiente, porque es razonable y se basa en normas de derecho público en el sector energético. También sostiene que la medida es necesaria, porque ya se habían intentado otros mecanismos jurídicos y administrativos sin éxito. Por último, apuntó que la medida respeta la no discriminación, habida cuenta que la diferenciación no se basa en categorías sospechosas o prohibidas.

Empresa Gómez Pinzón Abogados

Solicita la declaratoria de inexecutable del Decreto controlado.

Señala que el artículo 2° del Decreto parte de un supuesto errado y poco sustentado. Aunque Riohacha experimentó un aumento en las tarifas del servicio de energía eléctrica por encima del promedio nacional, no se esclarece cómo esta alza afecta a todos los habitantes de La Guajira ni cómo se traduce en una vulnerabilidad generalizada. Además, el actual régimen tarifario ya tiene en cuenta la estratificación de los usuarios, garantizando que los estratos más bajos paguen menos. De modo que el artículo no está relacionado con las causas de la emergencia ni tiene como objetivo mitigar sus efectos.

El artículo 7° del Decreto viola principios y libertades constitucionales, y pone en peligro la seguridad jurídica de los contratos. A pesar de que no hay derechos absolutos en estos contratos debido a su naturaleza de servicio público, no hay justificación que explique la intervención estatal excepcional en su contenido. Además, asegura que el artículo 7° busca principalmente aliviar las cargas económicas de ciertos contratos, pero no aborda directamente las problemáticas de infraestructura o de prestación de servicio en áreas rurales. Por último, indicó que las modificaciones introducidas por el artículo 4° del Decreto no tienen relación con la declaración de la emergencia y por el contrario resulta perjudicial para la libre competencia.

Asociación Nacional de Empresarios de Colombia – ANDI

Considera que el Decreto cumple con requisitos formales, pero critica falta de coherencia entre la motivación y las medidas adoptadas.

Alega que las soluciones propuestas no abordan directamente el problema de infraestructura y acceso al servicio de energía en La Guajira.

E. Concepto de expertos invitados

16. Mediante el Auto del 9 de agosto de 2023 el Magistrado Sustanciador invitó a algunos miembros de la academia, expertos en temas de energía y empresas y asociaciones del sector privado a dar su concepto sobre el tema. Se recibieron las intervenciones que se resumen a continuación:

Invitado en calidad de experto

Resumen de la intervención

Federación Nacional de Departamentos

Solicita que se declare la inexequibilidad de todo el Decreto controlado.

Argumenta que el Decreto no tiene relación directa con la crisis en La Guajira. Señala incongruencias en la asignación y uso de recursos, y cuestiona la falta de claridad de las medidas propuestas.

En particular, asevera que la medida contenida en el artículo 6° del Decreto no supera los juicios de proporcionalidad y de motivación suficiente. Ello, en la medida que, aunque tiene relación con los hechos que dieron origen a la crisis, favorece a Ecopetrol S.A. y no a otras entidades con actividades y capacidades similares sin justificación, lo cual vulneraría, entre otros, el artículo 13 de la Constitución Política.

Sostiene que el artículo 7° del Decreto no superó el juicio de conexidad material. Argumentó que, si bien la disposición se refiere a la suspensión de los contratos de suministro de energía para generadores que usan FNCER en La Guajira, no es evidente cómo esta suspensión podría enfrentar la crisis energética del departamento.

Federación Colombiana de Municipios

Critica la falta de justificación para la introducción de un régimen tarifario diferencial en La Guajira.

Además, alega que el artículo 7° del Decreto interviene en contratos privados sin resolver directamente la crisis energética.

Air-e SAS ESP

Solicita que se declare la inexequibilidad de todo el Decreto controlado argumentando que no abordó ni resolvió las causas citadas por el Gobierno nacional para declarar un estado de excepción.

La empresa afirma que las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo no cumplen el requisito de necesidad porque ya existen herramientas legales para abordar la crisis sin necesidad del Decreto. En particular, indica que existían similitudes entre este Decreto y el Decreto 797 de 2020, ya que ambos buscaban intervenir en contratos entre operadores privados, fueron expedidos en el contexto de una emergencia económica, social y ecológica. La Corte ya había declarado inconstitucional el Decreto 797 de 2020 por no cumplir con requisitos esenciales.

Señala que el Decreto afecta las tarifas de energía a nivel nacional y viola acuerdos privados.

Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones – ANDESCO

Solicita la inexequibilidad del Decreto controlado.

Argumenta que las medidas del Decreto no están relacionadas con la emergencia declarada.

Sostiene que el artículo 7° afecta la autonomía de la voluntad privada y la igualdad entre proveedores y usuarios.

Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica – Acolgen

Solicita a la Corte declarar la inconstitucionalidad del Decreto 1276 de 2023.

Alega que las medidas no están directamente relacionadas con las causas de la emergencia. En particular, señala que “la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios realizó un estudio sobre el acceso a los servicios de acueducto y alcantarillado en la Región Caribe. En lo que respecta al departamento de La Guajira indicó que: el 50% de sus ciudadanos cuentan con necesidades básicas insatisfechas y el 93.6% de los hogares tienen escasez asociada a la inadecuada eliminación de excretas y la falta de acceso a fuentes de agua mejorada. En ese orden de ideas, destinar un 50% menos de recursos para saneamiento básico (lo que por otra parte atenta contra la descentralización y el derecho de las comunidades de determinar cuáles son las prioridades que deben atender para su desarrollo) no hace sino empeorar las condiciones que dieron origen a la declaratoria de Emergencia”.

Argumenta que el Decreto beneficia de forma desproporcionada e injustificada a Ecopetrol, y viola la libre competencia.

Asociación Colombiana de Distribuidores de Energía Eléctrica – Asocodis

Solicita la inexequibilidad del Decreto enjuiciado.

Afirma que las medidas afectan la estabilidad del sector eléctrico y la previsibilidad de los precios para los usuarios.

Cuestiona la duración indefinida de las medidas. En su opinión, esta contraría la temporalidad requerida en situaciones de emergencia.

Asociación Nacional de Empresas Generadoras – ANDEG

Argumenta que las medidas no están directamente relacionadas con la crisis humanitaria que intentan abordar.

Señala que las medidas benefician desproporcionadamente a ciertas empresas, afectando la competencia en el mercado.

En particular indica que el artículo 4° del Decreto otorga privilegios a Ecopetrol, lo cual contraría los principios de libre acceso al mercado y libre iniciativa privada. Señala que la medida favorece de manera desproporcionada a una empresa que ya tiene una posición dominante en el mercado, lo que perjudica la competencia sana y no garantiza beneficios directos a la población de la Guajira.

Finalmente, critica que el Decreto tiene una naturaleza permanente, lo que va en contra de la naturaleza temporal que debería tener cualquier medida adoptada bajo un estado de excepción.

Asociación de Energías Renovables – SER COLOMBIA

Sostiene que la modificación al artículo 74 de la Ley 143 de 1994, relativo a la integración vertical en el sector eléctrico no es la mejor solución para promover proyectos en La Guajira y que tal cambio impactaría a todo el país.

Facultad de Derecho de la Universidad Industrial de Santander

Defiende la constitucionalidad del Decreto. Para el efecto, argumenta que este cumple con los criterios formales y materiales de validez.

Sostiene que las medidas son proporcionadas y buscan abordar la crisis humanitaria en La Guajira. En particular, resalta que el Decreto 1276 de 2023 adopta medidas encaminadas a enfrentar la crisis humanitaria, particularmente en temas de energía y proyectos de transición energética, que son consistentes con la crisis energética descrita en el Decreto 1085 de 2023.

De forma específica indica que el artículo 1° del Decreto, que se refiere a la implementación de normas para transferencias a zonas fuera del área de influencia para proyectos

energéticos, es necesario para expandir la infraestructura eléctrica en todo el departamento de La Guajira, particularmente en áreas rurales, y abordar la crisis humanitaria existente. Además, el artículo 2° propone una tarifa especial para La Guajira, dada su baja cobertura de energía eléctrica y altos costos.

A su turno, resaltó que el artículo 3° pretende recaudar fondos mediante un cargo adicional en las facturas eléctricas de estratos más altos y usuarios comerciales e industriales, promoviendo el principio de solidaridad. Por otro lado, en el Título II, el artículo 4° prioriza proyectos de transición energética, el artículo 5° incentiva la adopción de tecnologías sostenibles, el artículo 6° autoriza a ECOPETROL S.A. a trabajar en proyectos de energía renovable y el artículo 7° y 8° tratan sobre la suspensión de contratos de suministro y financiación de transformaciones de termoeléctricas, respectivamente. Los artículos 9° y 10° tratan sobre asignaciones presupuestarias para abordar la crisis humanitaria.

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana

Solicita la inexecutable del Decreto. Alega que los artículos 3° y 4° del Decreto sub examine constituyen un trato discriminatorio que viola los principios constitucionales de igualdad y libre competencia, en cuanto contiene una medida que beneficia únicamente a empresas con proyectos en La Guajira. Así mismo, aduce que el artículo 6° contiene una medida que favorece únicamente a Ecopetrol, lo que constituye una violación al principio de igualdad y discrimina a otras empresas del sector. En su opinión, separar las actividades de transmisión y generación dentro de una empresa no es suficiente para evitar efectos anticompetitivos. Por ello, este artículo infringe las normas de competencia y los principios constitucionales de igualdad y libre competencia, al permitir la integración vertical solamente a una empresa estatal.

F. Pruebas recaudadas

17. Mediante el Auto del 9 de agosto de 2023 se decretó una prueba consistente en una lista de preguntas dirigida a las autoridades públicas involucradas en la expedición, y en la posterior ejecución del Decreto Legislativo 1276 de 2023. Las respuestas aportadas se sintetizan en el Anexo 2 de esta providencia. La información proporcionada será analizada en

el juicio de constitucionalidad si a ello hay lugar.

G. Concepto de la Procuradora General de la Nación

18. El 2 de agosto de 2023 la señora Procuradora General de la Nación manifestó su impedimento para rendir concepto en el asunto, con fundamento en los artículos 25 y 26 del Decreto Ley 2067 de 1991. La Sala Plena de esta Corporación, mediante Auto 1932 del 15 de agosto de 2023, lo declaró infundado.

19. Mediante concepto del 29 de agosto de 2023, la Procuradora General de la Nación solicitó que se declara la inexecutable del Decreto 1085 de 2023, toda vez que el mismo, “en contravía del artículo 215 Superior, declara un estado de emergencia económica, social y ecológica con base en hechos que no son sobrevinientes y pueden ser atendidos por medio de los mecanismos ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico”.

“En concreto, por un lado, “la Procuraduría General de la Nación no coincide con el Gobierno Nacional en torno a la sobrevivencia que se predica de los factores climáticos que amenazan con agudizar la crisis de servicios básicos vitales que enfrenta la población de La Guajira. Ello, porque se trata de complicaciones que ya habían sido advertidas por la institucionalidad a partir de la experiencia obtenida por el acaecimiento de los referidos fenómenos naturales en las últimas décadas, dado que algunos se desarrollan actualmente en el globo (v. gr. ‘calentamiento global’ y ‘aumento de temperatura media del aire’), y otros tienen una clara naturaleza cíclica (ej. ‘fenómeno de El Niño’, ‘temporada de ciclones’ y ‘ciclo estacional de temporada seca con un déficit de precipitación’).”

20. El 25 de septiembre de 2023 la referida funcionaria presentó el concepto de rigor, solicitando la inexecutable del Decreto 1276 de 2023, con motivo de la declaratoria explicada en el fundamento jurídico anterior.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

21. La Corte Constitucional es competente para decidir sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1276 de 2023, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 215 y 241.7 de la Constitución Política, 55 de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción 137 de

1994, y 36 a 38 del Decreto Ley 2067 de 1991.

B. Cuestiones previas.

22. El Decreto 1276 de 2023 fue expedido en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado en el departamento de La Guajira mediante el Decreto Legislativo 1085 de 2023.

23. Mediante Sentencia C-383 del 2 de octubre de 2023, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del Decreto 1085 de 2023 “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira”. La Corte difirió los efectos de la decisión “por el término de un (1) año, contados a partir de la expedición del Decreto 1085 de 2 de julio de 2023, respecto de la amenaza de agravamiento de la crisis humanitaria por la menor disponibilidad de agua”.

24. En consecuencia, como cuestión previa deberá analizarse la inexequibilidad por consecuencia del Decreto subexamine. Para el efecto, la Sala se referirá, primero, al alcance del control constitucional en este caso y segundo, a la facultad de modulación de los efectos temporales de las sentencias de inexequibilidad.

Alcance del control constitucional

25. Cuando desaparece del ordenamiento jurídico el fundamento normativo que sirvió de sustento para la expedición de los decretos legislativos proferidos en virtud de la declaratoria de un estado de excepción, éstos devienen necesariamente inexequibles por consecuencia.

26. Esta Corporación ha explicado que la inconstitucionalidad por consecuencia de los decretos legislativos consiste en el “decaimiento de los decretos posteriores a raíz de la desaparición sobreviniente de la norma que permitía al Jefe de Estado asumir y ejercer las atribuciones extraordinarias previstas en la Constitución”. Por ejemplo, declarada la inexequibilidad del Decreto 4975 de 23 de diciembre de 2009, por el cual el Presidente de la República declaraba un Estado de Emergencia, al momento de ejercer el control de uno de los decretos legislativos de medidas expedido con ocasión de la emergencia, en la Sentencia C-254 de 2010, la Corte Constitucional señaló que “no puede entrar en el análisis de forma y fondo de cada uno de los decretos legislativos expedidos, pues todos carecen de causa

jurídica y son inconstitucionales por ello, independientemente de que las normas que consagran consideradas en sí mismas, pudieran o no avenirse a la Constitución”.

27. La inconstitucionalidad por consecuencia de los decretos dictados durante un estado de excepción se deriva del hecho de que la Corte Constitucional comprobó la invalidez del acto por el cual el Presidente de la República se atribuyó facultades excepcionales para expedir medidas legislativas. Es la falta de ese sustento para el ejercicio de la función legislativa excepcional lo que propicia la inexequibilidad de los decretos, no así, su confrontación sustancial con la Constitución Política. Esto explica que la Corte, en algunos casos de manera explícita²⁸ y en otros implícita,²⁹ haya omitido analizar de forma y de fondo los decretos que se dictan en el marco de un estado de excepción cuya declaratoria ha sido declarada inexequible.

28. En los eventos en que la inexequibilidad de la declaratoria del estado de emergencia ha sido declarada con efectos diferidos, la Corte se ha concentrado en caracterizar el articulado de la norma de desarrollo y determinar si guarda relación con las materias del decreto declaratorio cuya inconstitucionalidad se difirió en el tiempo. Si existe relación, la decisión ha consistido en diferir los efectos de la inexequibilidad, sin entrar a revisar si el contenido del decreto dictado con ocasión del estado de excepción se adecua o no a la Constitución Política; en caso contrario, se ha declarado la inexequibilidad sin efectos diferidos.

29. Por otro lado, en el caso de acciones públicas de inconstitucionalidad, la Corte ha admitido la posibilidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas que han sido declaradas inexequibles con efectos diferidos, durante el periodo en el que producen efectos en el ordenamiento, precisamente en virtud del diferimiento de su inexequibilidad. En la Sentencia C-088 de 2014, la Corte estimó que procedía conocer las demandas formuladas por vicios materiales contra estas normas cuando no se había cumplido el plazo del diferimiento de inconstitucionalidad. En esa ocasión, la Corte indicó que, dado que “la norma aún se encuentra vigente y además puede producir efectos jurídicos, decae el fundamento de la prohibición de control, y de este modo, [...] es viable una nueva revisión a la luz de la nueva acusación propuesta por el demandante, y un nuevo fallo en relación con esta”. También precisó que ese análisis no alteraba la decisión de inexequibilidad diferida de la ley, pues si se hallaba inexequible la disposición contenida en ella, la determinación inicial quedaría incólume, y si se declaraba su exequibilidad “lo que se está diciendo es que una

norma es exequible por algunas razones pero que no lo es por otras”.

30. En la referida Sentencia C-088 de 2014, la Corte señaló, además, que “(...) [s]i en estos casos el juez constitucional, por vía de rechazar la revisión judicial, tácitamente admite la aplicación de una disposición legal materialmente incompatible con el ordenamiento superior, además de provocar la vulneración del texto constitucional durante la vigencia de la disposición ya declarada inexecutable, desconocería su deber de garantizar la supremacía constitucional, y las competencias que le fueron asignadas para lograr este cometido.”

31. A juicio de la Sala Plena, esta regla es trasladable al control automático de constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos al amparo de un estado de emergencia declarado inexecutable con efectos diferidos cuando, por la naturaleza de las medidas adoptadas, estas permanecen en el ordenamiento durante el periodo de diferimiento de la inexecutable del decreto declaratorio. En ese lapso de tiempo es claro que las medidas adoptadas al amparo del estado de excepción producen efectos, y deben ser objeto de los controles políticos y jurídicos previstos en el artículo 215 de la Constitución Política para garantizar el sistema de frenos y contrapesos que materializa el principio democrático y el reparto de funciones entre las ramas del poder público, aún en periodos de anormalidad institucional. Con todo, la eventual decisión que se llegara a tomar en este contexto no altera la inexecutable por consecuencia de los decretos de medidas, sino que incide en el momento en el que operaría tal efecto.

32. Así las cosas, para ejercer el control constitucional automático de los decretos legislativos dictados al amparo de un estado de emergencia declarado inexecutable con efectos diferidos, la Corte debe: (i) determinar la inexecutable por consecuencia del decreto legislativo expedido en el curso del estado de excepción; (ii) caracterizar las medidas contenidas en el decreto legislativo a fin de identificar cuáles resultan cobijadas por la modulación de los efectos de la inexecutable de la declaratoria de la emergencia y cuáles no; y (iii) adelantar el control de constitucionalidad integral y automático sobre las medidas que permanecerán en el ordenamiento por efecto del diferimiento o la condicionalidad declarada respecto del decreto de la emergencia.

33. El análisis de constitucionalidad de las disposiciones amparadas por el diferimiento de la inexecutable del decreto declaratorio puede dar lugar a: (a) declarar la inexecutable con

efectos inmediatos si las normas no superan el control de constitucionalidad de fondo; (b) declarar la inexecutable con efectos retroactivos en aquellos eventos en los que las normas no superan el control de constitucionalidad y resulta necesario retrotraer los efectos de la inexecutable para garantizar la eficacia del control constitucional; o c) declarar la inexecutable con efectos diferidos, según la modulación ordenada en la sentencia que decidió sobre la inexecutable de la declaratoria de la emergencia, en el evento en que las medidas de desarrollo superen el control de fondo.

34. Adoptar ese enfoque reconoce que la inexecutable diferida del decreto legislativo que declara un estado de excepción, produce como efecto obligatorio la inconstitucionalidad por consecuencia de los decretos que se adoptan para hacer frente a la crisis o impedir la agravación de sus efectos. También garantiza la supremacía de la Constitución Política al surtir un control de constitucionalidad sobre las disposiciones de esos decretos que, en virtud de la materia que regulan, pueden durar vigentes por un tiempo limitado y producir efectos jurídicos.

35. Ahora bien, las medidas que no resultan amparadas por el diferimiento deben ser declaradas inexecutables por consecuencia con efectos: a) a partir de la fecha en que se declaró la inexecutable del decreto declaratorio de la emergencia; b) a partir de la fecha de expedición del Decreto de medidas; o c) a partir de la adopción de la sentencia que declara su inexecutable por consecuencia. Es evidente que, en el diseño constitucional de 1991 el ejercicio válido de la facultad legislativa por parte del Presidente de la República en el contexto de un estado de excepción exige el cumplimiento riguroso de las condiciones previstas en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Política. La Corte ha señalado en reiteradas ocasiones que uno de los objetivos del Constituyente fue garantizar que el país saliera del estado de sitio permanente con el que el ejecutivo ejercía facultades excepcionales y reducía la potestad legislativa del Congreso “ante la proliferación de una normatividad de excepción que terminó por regular todos los espacios de la vida social con la consecuente fractura del principio democrático”.

36. De modo que, cuando esta facultad se ejerce en contravención al ordenamiento constitucional, los decretos con fuerza de ley expedidos a su amparo son inválidos desde el momento de su emisión, pues corresponden a actos expedidos sin competencia para el efecto, y en franco desconocimiento de la separación funcional prevista en la Constitución

Política para el ejercicio del poder público. Sin embargo, existen eventos en los que la necesidad de garantizar la estabilidad jurídica, la confianza legítima y la buena fe exige que la decisión de inexecuibilidad por consecuencia tenga efectos a partir de su adopción. Para la determinación de cada uno de estos eventos, corresponde al juez constitucional ponderar los bienes jurídicos en tensión de modo que, en todo caso, se garantice la supremacía constitucional.

C. La inexecuibilidad por consecuencia del Decreto Legislativo 1276 de 2023

37. En la Sentencia C-383 de 2023 la Corte declaró la inexecuibilidad del Decreto 1085 de 2023 “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, social y ecológica en el departamento de La Guajira”. La Corte estimó que los hechos que justificaron la declaratoria de la emergencia no satisficieron el juicio de suficiencia. El Gobierno no logró demostrar por qué los mecanismos ordinarios no eran idóneos ni suficientes para afrontar la crisis, ni con la motivación del Decreto de declaratoria, ni con las pruebas aportadas.

38. La Sala Plena sostuvo que los desafíos que plantea el agravamiento de la crisis climática en el departamento de La Guajira deben llevarse a cabo a través de los instrumentos ordinarios que prevé la Constitución. La declaratoria de un estado de excepción debe seguir siendo el último recurso al cual acudir, cuando no existan mecanismos ordinarios o los existentes no sean idóneos o suficientes para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

39. Por lo anterior, la Corte Constitucional exhortó al Gobierno nacional y al Congreso de la República para que adopten medidas urgentes necesarias para superar la crisis humanitaria de La Guajira y difirió por un año los efectos de la sentencia a fin de no hacer más gravosa la situación en relación con la escasez del recurso hídrico.

40. El Decreto Legislativo 1276 del 31 de julio de 2023, fue expedido con fundamento en el Decreto 1085 de 2023, y contiene medidas con alcance tributario, de ampliación de la cobertura y acceso al servicio público de energía eléctrica, de sostenibilidad económica para la subsistencia de la población y rescate de la transición energética y otras de carácter presupuestal.

41. Revisadas las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 1276 de 2023, la Sala

Plena observa que ninguna guarda relación con el efecto diferido de la sentencia. Esto es, ninguna de las medidas previstas en este Decreto tiene como propósito conjurar, o impedir la extensión de los efectos de la crisis humanitaria generada por la menor disponibilidad de agua en el departamento de La Guajira. En contraste, todas ellas están dirigidas a impulsar la transición energética en el departamento como solución de mediano plazo a los factores ambientales que aceleran el cambio climático, y como una fuente alternativa de desarrollo y mejoramiento de las condiciones socioeconómicas de la población de La Guajira.

42. En efecto, las motivaciones expresadas en el Decreto Legislativo 1276 de 2023 dan cuenta de que, desde la perspectiva del sector energético, la ausencia de infraestructura básica y oportunidades económicas se manifiestan en la falta de acceso a servicios de electricidad y podrían agravarse por el estancamiento de la transición energética en La Guajira. Para superar esta situación, el Decreto sub examine prevé medidas con alcance tributario, de ampliación de la cobertura y acceso al servicio público de energía eléctrica, de sostenibilidad económica para la subsistencia de la población y rescate de la transición energética, y medidas con impacto presupuestal.

43. En las consideraciones que anteceden al articulado del Decreto analizado se indica que la transición energética en La Guajira no solo aborda preocupaciones ambientales, sino que también puede ser una solución clave para las crisis económicas y sociales que enfrenta la región. Así mismo, se resalta que el éxito de esta transición exige contar con políticas adecuadas, inversiones estratégicas y un enfoque centrado en el bienestar humano en el marco de soluciones energéticas.

44. Con ese propósito, en las consideraciones del Decreto y las pruebas aportadas al expediente, el Gobierno nacional indicó a la Corte que para atender la crisis que dio lugar a la declaratoria de la emergencia, e impedir la extensión de sus efectos era necesario: i) incluir normas sobre transferencias del sector eléctrico a distritos y municipios ubicados fuera del área de influencia, con el fin de proporcionar soluciones energéticas en La Guajira y destinar el 50% de dichas transferencias a soluciones energéticas, ii) implementar un régimen tarifario especial y diferenciado para La Guajira y, iii) gestionar recursos para implementar soluciones energéticas en La Guajira.

45. Así, las medidas incorporadas en este Decreto pueden ser agrupadas en los siguientes

cuatro bloques temáticos:

Bloque temático

Disposiciones

Medidas con alcance tributario

Artículo 1° Transferencias a distritos y municipios ubicados en zonas distintas al Área de Influencia y destinadas a Proyectos Energéticos.

Artículo 5° Incentivos a esquemas de almacenamiento, baterías, estabilidad de la red y servicios complementarios.

Medidas de ampliación de la cobertura y acceso al servicio público de energía eléctrica

Artículo 2° Régimen tarifario especial y diferencial de carácter transitorio para el departamento de la Guajira.

Medidas de sostenibilidad económica para la subsistencia de la población y rescate de la transición energética

Artículo 4° Prioridad en la asignación de cargo por confiabilidad.

Artículo 6° Autorización a ECOPETROL S.A. para Ejecutar Proyectos de Generación de Fuentes no Convencionales de Energía Renovable (FNCER) en el departamento de La Guajira.

Artículo 7° Alivio de Suspensión de contratos de suministro de energía media anual a largo plazo para generadores de Fuentes no Convencionales de Energía Renovable (FNCER) en el departamento de La Guajira.

Artículo 8° Financiación de GECELCA S.A. E.S.P para la transformación de las termoeléctricas de carbón Guajira 1 y Guajira 2.

Impacto presupuestal

Artículo 9° Adición al Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital.

Artículo 10° Adición al Presupuesto de Gastos o Ley de Apropriaciones.

Regla de vigencia

Artículo 11°. Vigencia

46. Para la Sala Plena es claro que ninguna de las medidas adoptadas mediante el Decreto 1276 de 2023 está relacionada con el acceso al agua potable y, por tanto, no hay lugar al análisis del cumplimiento de los requisitos de forma o de fondo previstos en la Constitución Política o la Ley 137 de 1994 para la validez de los decretos legislativos expedidos con ocasión del estado de emergencia. En consecuencia, el diferimiento ordenado en la Sentencia C-383 de 2023 no se extenderá a la inexequibilidad por consecuencia de este decreto.

D. La modulación de los efectos temporales de las sentencias de inexequibilidad

47. El artículo 45 de la Ley 270 de 1996 establece que los efectos en el tiempo de las decisiones de la Corte Constitucional son hacia el futuro, a menos que la Corte resuelva lo contrario. La Corte Constitucional ha señalado que la declaratoria de inexequibilidad con efectos hacia el futuro tiene respaldo en los principios de seguridad jurídica y de buena fe, pues las normas se presumen ajustadas a la Constitución Política hasta el momento en que se declara su inexequibilidad. Por su parte, la declaratoria de inexequibilidad con efectos retroactivos encuentra fundamento en el principio de supremacía constitucional en los eventos en que es necesario deshacer las consecuencias que tuvo la aplicación de normas contrarias a la Constitución.

48. La Corte Constitucional ha indicado que los principios de seguridad jurídica y buena fe que justifican la adopción de sentencias de inexequibilidad con efectos hacia el futuro deben ser ponderados con el principio de supremacía constitucional, en aquellos eventos en los que la consumación de situaciones ocurridas durante el lapso de vigencia de las normas inexecutable sea inaceptable. En la Sentencia C-507 de 2020, la Sala Plena reiteró que la adopción de decisiones de inexequibilidad con efectos retroactivos procede en los siguientes casos: (i) eventos en los que, “desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991”, es evidente la incompatibilidad de la disposición con la nueva norma superior, y (ii) casos en los que tales efectos son necesarios para, por un parte, la protección de “derechos

constitucionales abiertamente desconocidos” y, por la otra, “sancionar una violación flagrante y deliberada de la Constitución.”

49. Recientemente, en la Sentencia C-153 de 2022, la Corte reiteró lo expresado en las Sentencias C-507 de 2020 y C-280 de 2014. Resaltó que en esta última providencia se indicó que, para determinar la adecuación constitucional de fijar efectos retroactivos a una decisión de inexequibilidad es necesario: “(i) valorar la gravedad y la evidencia razonable previa -o notoriedad- de la transgresión constitucional que lleva a tomar la decisión de retirarla del ordenamiento; “existe una especie de relación de proporcionalidad inversa entre la gravedad y la notoriedad de la vulneración, y la flexibilidad en la aplicación de la norma declarada inexecutable, de modo que entre mayor sea la gravedad y mayor sea la notoriedad de la violación del ordenamiento superior, el juez constitucional es más reticente a permitir la aplicación de la norma, o a validar su aplicación pasada”; y, luego, (ii) reconocer y precaver el impacto de una decisión con efectos retroactivos”.

50. El hecho de que los decretos legislativos dictados en el marco de un estado de excepción carezcan por completo de debate democrático previo explica la relevancia del control constitucional que ejerce la Corte, y el control político que corresponde al Congreso de la República, pues estos dos escenarios de control: a) materializan el sistema de frenos y contrapesos en situaciones de anormalidad, b) garantizan que el ejecutivo no ejerza de forma arbitraria la facultad legislativa excepcional, y c) evitan que se perpetúen en el ordenamiento normas que contravengan la supremacía de la Constitución.

51. En ese contexto, la adopción de sentencias de inexequibilidad con efectos retroactivos adquiere mayor relevancia, pues permite restablecer de forma efectiva la integridad del ordenamiento jurídico, y los derechos fundamentales cuando se expiden normas inexecutables al amparo de un estado de excepción, y su objeto se agota antes de la decisión de constitucionalidad correspondiente. Por ejemplo, en la Sentencia C-293 de 2020 la Corte concluyó que el impuesto solidario, creado al amparo del estado de emergencia por la pandemia del COVID-19, era inexecutable pero ya había sido recaudado. De modo que la declaratoria de inexequibilidad con efectos inmediatos de las normas que regulaban el impuesto resultaba inocua. La Corte indicó entonces que los efectos de una sentencia de inexequibilidad resultan de un ejercicio de ponderación entre dos principios encontrados: por un lado, la seguridad jurídica, que aconseja otorgarle efectos ex nunc -voz latina que traduce

«desde ahora»- a las decisiones y, por otro, la supremacía de la Constitución en aquellas situaciones en que una norma ha producido efectos contrarios a lo establecido en el ordenamiento y resulta necesario reparar la inconstitucionalidad producida. En el caso del impuesto solidario la Corte declaró la inexecutable con efectos retroactivos, y dispuso que los recursos recaudados por efecto del impuesto solidario se entenderían como abono del impuesto de renta de la vigencia 2020.

52. Con base en los precedentes referidos, la Sala Plena estima que, en el caso de normas de rango legal dictadas por el Gobierno al amparo de un estado de emergencia cuya declaratoria ha sido hallada inexecutable, la Corte debe considerar si resulta procedente la aplicación de efectos retroactivos a la inexecutable por consecuencia en los siguientes eventos: i) cuando se encuentre probado que la norma viola de manera flagrante y ostensible la Constitución Política; ii) cuando la modulación de los efectos temporales es necesaria para asegurar la protección de derechos fundamentales abiertamente desconocidos; y iii) cuando el objeto de la norma se agotó antes de la declaratoria de inexecutable, o bien generó efectos que es necesario retrotraer. El análisis de la primera de estas circunstancias puede exigir el desarrollo de alguno de los juicios de fondo que prevé la LEEE para determinar la validez de las medidas dictadas al amparo de la emergencia. Para el efecto, aunque en el análisis de inexecutable por consecuencia no se agotan los juicios de validez previstos en el artículo 213 de la Constitución Política y en la LEEE, si existen indicios serios de que la disposición desconoce la Constitución Política por incumplir alguno de estos juicios, corresponderá a la Corte evaluar el asunto y determinar si procede la declaratoria de inexecutable con efectos retroactivos.

53. Por lo demás, cuando en los eventos descritos la retroactividad de la declaratoria de inexecutable comprometa los principios de seguridad jurídica y buena fe, corresponde a la Corte ponderar los derechos en tensión para determinar si procede la inexecutable retroactiva. Esto debido a que se pueden presentar eventos en que se declare la inexecutable de normas que han otorgado beneficios a particulares, recibidos de buena fe por sus destinatarios y que, en virtud de la protección de derechos adquiridos, deberían mantenerse.

E. Los artículos 3, 6, 7 y 8 del Decreto Legislativo 1276 de 2023 deben ser declarados inexecuibles con efectos retroactivos

i. i. Artículo 3°

Contenido de la disposición

54. El artículo 3° del Decreto 1276 de 2023 crea un tributo con destinación específica denominado “Aporte Departamento de La Guajira”. El objeto de este artículo es obtener recursos para la energización de áreas rurales en La Guajira que no están conectadas al Sistema Interconectado Nacional (SIN).

55. El hecho generador que origina la obligación es ser usuario de estratos 4, 5 y 6, o ser usuario industrial o comercial del servicio público de energía eléctrica. La tarifa del tributo corresponde a un valor fijo, es decir, una cantidad específica de dinero que no varía en función de ninguna base. Para los usuarios de estratos 4, 5 y 6, la cuota es de 1.000 pesos colombianos (COP) y para los usuarios comerciales e industriales es de 5.000 pesos colombianos (COP) por factura. Dado que se trata de un tributo de cuota fija y no de un impuesto ad valorem, la base gravable es una cuantificación constante, ya que el tributo siempre es el mismo, independientemente de la magnitud del consumo energético o cualquier otra variable.

56. El Ministerio de Minas y Energía actúa como sujeto activo, y tiene la responsabilidad de administrar los recursos recaudados, mientras que los usuarios mencionados conforman el sujeto pasivo. Sin perjuicio a lo anterior, las empresas encargadas de emitir las facturas son las responsables de recaudar este aporte. Una vez recaudados los recursos son transferidos al Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas No Interconectadas (FAZNI). La administración de los fondos está a cargo del Ministerio de Minas y Energía. El artículo señala que los recursos obtenidos a través de este aporte serán utilizados específicamente para implementar soluciones energéticas en las Zonas No Interconectadas (ZNI) del departamento de La Guajira, que beneficien principalmente a la población rural.

57. El artículo 3° sub examine indica que el tributo se causa al momento de emisión de la factura del servicio público de energía eléctrica. Asimismo, establece que el impuesto se aplica en todo el territorio nacional menos en el departamento de la Guajira.

58. Tal como se expuso en la sentencia C-504 de 2020, existen tributos que aumentan el valor de las tarifas de servicios como la energía, creados por disposiciones nacionales o, por

decisión de autoridades departamentales previa autorización legal. Estos tributos, como el Aporte Departamento de la Guajira analizado, son componentes adicionales a la tarifa que no reflejan la remuneración o el precio unitario pagado por el usuario final. No buscan recuperar los costos o inversiones del prestador del servicio público de energía, ni se pagan específicamente por dicho servicio.

59. Es claro entonces que el Aporte Departamento de la Guajira es un impuesto, en tanto no guarda relación con la prestación de un bien o un servicio específico por parte del Estado al ciudadano. Su finalidad es recaudar fondos para un propósito particular: la energización de áreas rurales no interconectadas en La Guajira. Según el Gobierno nacional su naturaleza como impuesto con destinación específica se justifica en la necesidad de resolver un problema puntual y de interés público en el departamento de La Guajira: mejorar la infraestructura y la provisión de energía en una región que enfrenta desafíos significativos en este ámbito.

60. Finalmente, el artículo en cuestión autoriza únicamente al IPSE, el FENOGGE, las comunidades energéticas y las comunidades étnicas certificadas por el Ministerio del Interior para presentar proyectos financiados con estos recursos, ya sea individualmente o en alianza con otras entidades del sector público.

Procedencia de la declaratoria de inexequibilidad con efectos retroactivos

61. Aunque en eventos precedentes la Corte Constitucional ha salvaguardado los efectos de las medidas tributarias dictadas al amparo de una emergencia declarada inexecutable para garantizar el flujo de recursos tendiente a la solución de la crisis que originó el estado de excepción, en este caso no hay lugar a proceder de tal manera porque respecto de este impuesto concurren dos de los eventos descritos en la sección precedente para declarar la inexequibilidad con efectos retroactivos: primero, la creación del impuesto previsto en el artículo analizado desconoce de forma flagrante y ostensible el principio democrático, y el principio de legalidad de los tributos. Segundo, la disposición generó efectos patrimoniales para los sujetos obligados que es necesario retrotraer para garantizar la efectividad del control constitucional.

62. Primero, el impuesto creado mediante el artículo 3° no guarda relación directa ni estrecha con los asuntos respecto de los cuales se difirió la declaratoria de inexequibilidad

decidida en la sentencia C-383 de 2023, esto es, con la prestación del servicio de agua o el saneamiento básico. En contraste, su existencia en el ordenamiento jurídico, así fuera temporal, compromete intensamente el principio democrático, y el principio de legalidad de los tributos pues se trata de un impuesto creado sin ningún tipo de respaldo democrático, cuyos elementos fueron fijados directamente por el ejecutivo sin tener competencia para el efecto.

63. Con base en lo previsto en el artículo 338 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional ha señalado de forma reiterada y pacífica que el ejercicio de la facultad impositiva es potestad del Congreso de la República. Prueba de ello es que el artículo 150.10 proscribe la concesión de facultades legislativas extraordinarias para decretar los impuestos. A su turno, el artículo 215 de la Constitución Política, al conceder la facultad excepcional al Presidente para decretar tributos con ocasión de un estado de emergencia, señala que esta facultad es transitoria, y que las medidas tributarias adoptadas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. De modo que la reserva de ley en materia impositiva es un asunto de especial relevancia en el ordenamiento constitucional colombiano, que se flexibiliza de forma extraordinaria y temporal en el contexto de los estados de excepción.

64. Como se señaló en precedencia, el “Aporte Departamento de la Guajira” es un impuesto, cuyos elementos esenciales fueron fijados directamente por el ejecutivo sin que mediara debate democrático al respecto, y sin tener competencia para el efecto. Tal como la Corte lo señaló en la Sentencia C-383 de 2023, el Decreto 1085 de 2023, mediante el cual se declaró la emergencia económica, social y ecológica en el Departamento de la Guajira desconoce el artículo 215 de la Constitución Política por incumplimiento del juicio de suficiencia. En la referida sentencia, la Sala Plena concluyó que el Gobierno no sustentó adecuadamente por qué los mecanismos ordinarios previstos en el ordenamiento no eran idóneos ni suficientes para responder a la crisis que originó la declaratoria del estado de emergencia en La Guajira. En particular, no explicó por qué resultaban insuficientes mecanismos como la iniciativa legislativa, con mensaje de urgencia, para proponer al Congreso medidas que tienen reserva de ley. Así, el ejecutivo ejerció la facultad legislativa excepcional sin cumplir las condiciones que exige la Constitución para el efecto.

65. Al hacer uso de estas facultades para el ejercicio del poder impositivo que por mandato

expreso de la Constitución solo puede materializarse en la ley, el Presidente de la República desconoció una regla de competencia expresa y por esa vía, lesionó de manera flagrante y grave el principio democrático y la reserva de ley que la Constitución impone para la creación o modificación de tributos.

66. Por último, pero no por ello menos relevante, la Sala encuentra que el artículo 3 del Decreto 1276 de 2023 prevé una sanción tributaria manifiestamente desproporcionada, que desconoce el derecho fundamental al debido proceso de los sujetos obligados y comporta un riesgo grave para el goce del derecho fundamental a la vivienda digna de los sujetos pasivos del impuesto. El inciso segundo del artículo tercero sub examine prevé que la falta de pago de este impuesto tendrá las mismas consecuencias que el no pago del servicio de energía eléctrica. Según lo previsto en el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, la consecuencia por el incumplimiento del usuario o suscriptor de la obligación de pagar oportunamente los servicios facturados es la suspensión del servicio. Así, el eventual incumplimiento de la obligación tributaria consistente en pagar el “Aporte Departamento de la Guajira” genera como consecuencia la suspensión del servicio de energía eléctrica para el sujeto pasivo, esto es, para los usuarios residenciales de estratos 4, 5 y 6, y los usuarios industriales y comerciales.

67. A juicio de la Sala Plena esta sanción es manifiestamente desproporcionada, y por ello desconoce el derecho fundamental al debido proceso. La Sala advierte que la tarifa fija determinada para este impuesto corresponde a una suma irrisoria comparada con los cargos fijos mínimos que pagan los usuarios obligados por acceder al servicio de energía eléctrica. Las consideraciones del Decreto 1276 de 2023 indican que el costo promedio mensual de la factura de energía eléctrica del usuario de estrato 4 asciende a \$87.807, mientras que el usuario comercial paga en promedio \$627.401 mensuales. Por efecto de la sanción prevista en el inciso segundo analizado, un usuario de estrato 4 que pague cumplidamente el costo del servicio que efectivamente utiliza por un valor promedio de \$87.000 sería privado del acceso al servicio si falla en pagar los \$1.000 del impuesto fijado en esta disposición. Es evidente que la afectación que genera esta sanción para el derecho al goce de la vivienda digna de este contribuyente es intensa, mientras que el beneficio que genera para el FAZNI el aporte es irrisorio individualmente considerado.

68. Segundo, según lo previsto en el artículo 3° analizado, el “Aporte Departamento de la

Guajira” sería recaudado por el término de seis meses desde el mes de agosto de 2023. Dado que el gobierno informó que el recaudo esperado por este impuesto asciende aproximadamente a \$52 mil millones, y en razón a que para la fecha de adopción de esta decisión ha transcurrido la mitad de la vigencia del impuesto, es posible que se haya recaudado una cifra cercana a los \$25 mil millones. De modo que la disposición sub examine ha impactado negativamente el patrimonio de los sujetos pasivos del impuesto, y como correlato ha incrementado los recursos de los que dispone el Gobierno para adelantar soluciones de energización, sin que medie causa justa para el efecto.

69. La Sala Plena estima que la forma de reparar la inconstitucionalidad derivada de la disposición en comento es asignar efectos retroactivos a la declaratoria de inexecutable del artículo 3 del Decreto Legislativo 1276 de 2023. En ese entendido, los recursos recaudados en virtud de lo previsto en el artículo 3 del Decreto Legislativo 1276 de 2023 deberán ser devueltos a los contribuyentes mediante compensación con la facturación del servicio de energía eléctrica, en un término máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de adopción de esta decisión. Con esta fórmula, la Sala considera que se garantiza la supremacía del texto superior y se protege el principio democrático, la reserva de ley en materia tributaria y los derechos de los sujetos pasivos del impuesto.

70. Para el efecto, el Ministerio de Minas y Energía, en su calidad de administrador del FAZNI debe reintegrar los recursos recaudados en cumplimiento de este artículo, para que las empresas encargadas de la facturación del servicio público de energía eléctrica, a su vez, los compensen en favor de los contribuyentes con la facturación del servicio de energía eléctrica en un término máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de adopción de esta decisión.

. Artículo 6°

Contenido de la disposición

72. Mediante el artículo 6° del Decreto sub examine, el Gobierno nacional adicionó un párrafo al artículo señalado en el párrafo anterior, mediante el cual autoriza la integración vertical de Ecopetrol para desarrollar y ejecutar proyectos de generación de energía mediante fuentes no convencionales de energía renovable en el departamento de La Guajira y autoriza a esta empresa para hacerlo directamente, o mediante asociación con terceros.

Adicionalmente, habilitó a la CREG para adoptar las medidas que sean necesarias para que el grupo empresarial Ecopetrol S.A. desarrolle estas actividades de manera separada, autónoma e independiente.

73. El desarrollo de esas actividades de manera separada implica que el grupo empresarial Ecopetrol debe segmentar la contabilidad, equipos de trabajo y flujo de información para cada uno de los negocios: generación, distribución y comercialización.

74. Lo anterior se traduce en que el Decreto Legislativo 1276 de 2023 suspendió la prohibición de integración vertical que contiene el artículo 74 de la Ley 143 de 1994 para un grupo empresarial específico, Ecopetrol S.A. En virtud de esta excepción, Ecopetrol S.A. queda habilitada para integrarse verticalmente para desarrollar proyectos de generación de energía mediante Fuentes no Convencionales de Energía Renovable (FNCER) en La Guajira.

Procedencia de la declaratoria de inexequibilidad con efectos retroactivos

75. La Corte Constitucional ha caracterizado el modelo de economía social de mercado en las sentencias C-830 de 2010, C-263 de 2011, C-032 de 2017, C-284 de 2017, C-265 de 2019 y C-063 de 2021, en los siguientes términos:

“El Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”.

76. Específicamente, en la Sentencia C-063 de 2021 la Corte Constitucional determinó que por regla general la intervención en la economía, mediante la regulación integral de mercados específicos, debe estar precedida de mandatos legales con estricta sujeción al principio democrático. En efecto, la Constitución Política elevó a rango constitucional el deber

del Estado de impedir practicas restrictivas a la competencia.

“[E]l artículo 333 de la Constitución Política parte del supuesto de que es posible que existan personas o empresas que se encuentren en posición dominante respecto de un mercado, y ordena al Estado que haga uso de la ley para impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica, y evite o controle el abuso de la posición dominante que puedan tener algunos agentes en los mercados locales”.

77. Así, las integraciones verticales no están prohibidas en el ordenamiento constitucional colombiano, pues el deber del Estado no es impedir que exista posición dominante, sino tomar las medidas que evitan su abuso. La adopción de tales determinaciones exige el análisis cuidadoso por parte del Legislador sobre las implicaciones que tiene la regulación de los mercados, en particular, de aquellos que resultan instrumentales para el logro de los fines del Estado, como los mercados de servicios públicos.

78. Los artículos 6 y 8 del Decreto Legislativo 1276 de 2023 introducen modificaciones estructurales a la regulación ordinaria del servicio de energía eléctrica prevista en la Ley 143 de 1994. En efecto, la norma autoriza a Ecopetrol para ejecutar proyectos de generación de Fuentes No Convencionales de Energía Renovable (FNCER) en el departamento de La Guajira, a través de la modificación, de forma permanente, del régimen de integración empresarial autorizado para el sector de energía eléctrica.

79. Las medidas que contiene el artículo 6° del Decreto Legislativo 1276 de 2023 constituyen un exceso del ejercicio de la facultad legislativa excepcional que la Constitución Política reconoce al Presidente de la República en un estado de emergencia. Para la Sala es claro que esta disposición excede el alcance de la emergencia declarada mediante el Decreto 1085 de 2023 por cuanto, además de no guardar relación de conexidad directa con los asuntos por los cuales se difirió la inexequibilidad de la declaratoria, modifica de manera permanente la estructura del mercado de generación eléctrica, lo cual incide en la conformación de la oferta y la demanda de energía y, por tanto, en la prestación del servicio y la libre competencia.

80. En consecuencia, la autorización prevista en esta disposición puede comprometer de forma intensa la realización de los mandatos previstos en los artículos 333 y 365 de la Constitución Política.

81. Es necesario otorgar un efecto retroactivo a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 6° del Decreto sub examine para garantizar que se retrotraigan las actuaciones que pudieron haberse adelantado para ejecutar la medida, se restablezca la situación al momento anterior a la expedición de la norma, y por esa vía se garantice la efectividad de la decisión.

. Artículo 7°

Contenido de la disposición

82. El artículo 85 de la Ley 143 de 1994 establece que las decisiones de inversión en generación, interconexión, transmisión y distribución de energía eléctrica son responsabilidad de cada empresa. En la Sentencia C-056 de 2021, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 296 de la Ley 1955 de 2019 que introdujo medidas para la diversificación de la matriz energética en Colombia. En esa ocasión, la Corte caracterizó la disposición como «un instrumento de fomento económico a la generación de energía eléctrica proveniente de FNCER: un sistema de cuota de compra de energía eléctrica por virtud del cual “los agentes comercializadores del Mercado de Energía Mayorista estarán obligados a que entre el 8 y el 10% de sus compras de energía provengan de fuentes no convencionales de energía renovable”. De otro lado, prevé que esta obligación de compra tiene por finalidad explícita alcanzar la “resiliencia y complementariedad” de la matriz energética del país y de esta forma aportar a “la reducción de las emisiones de carbono”. Por último, prescribe que esta obligación deberá cumplirse “a través de contratos de largo plazo asignados en determinados mecanismos de mercado que la regulación establezca”.».

83. Dado que el artículo 7° del Decreto sub examine modifica las condiciones de los contratos celebrados con ocasión de la modalidad de adquisición de energía prevista en el artículo 296 de la Ley 1955 de 2019, es pertinente reiterar aquí la caracterización que se presentó en esa sentencia sobre este tipo de contrato:

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

contratos bilaterales a largo plazo que no se perfeccionan por intermedio de la bolsa de energía. Sin embargo, presentan dos diferencias con los contratos bilaterales ordinarios:

82. Estos mecanismos son de “mercado” si garantizan “la libre competencia, la formación eficiente de los precios” y su asignación responde “al ofrecimiento de las mejores condiciones del mercado” . En los mecanismos de mercado, los agentes generadores y comercializadores “no pueden fijar bilateralmente el precio, puesto que, por definición, es un mecanismo que no permite que los participantes manipulen las asignaciones” . Por el contrario, estos se caracterizan “por emplear contratos estandarizados y garantizar la anonimidad de las partes durante la negociación. Esto se hace con el fin de lograr que dichas negociaciones sean objetivas y no sean susceptibles de manipulación unilateral coordinada por uno o más participantes” . Estos mecanismos de mercado son regulados por las autoridades administrativas (CREG, UPME, MinMinas), sin embargo, ello no supone que el órgano regulador del mecanismo sea quien fije el precio, puesto que “los precios se formarán justamente mediante el respectivo mecanismo competitivo” , es decir, “los precios resultan de la negociación anónima (y objetiva) entre oferentes y demandantes” . De otro lado, estos mecanismos son de largo plazo, sin embargo, el plazo de los contratos de suministro de energía no es pactado por las partes como en los contratos bilaterales ordinarios. El plazo de los contratos lo determina el regulador como parte integral del diseño del mecanismo de mercado. Actualmente, el plazo de los contratos bilaterales de FNCER que fue fijado por el MinMinas es de 15 años .

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

84. Los contratos de largo plazo mediante los cuales se debe cumplir la obligación de compra prevista en el artículo 296 del PND se encuentran regulados en las Resoluciones MME 40590, 40591 de 2019 y 40725 y la Resolución CREG 106 de 2019 . Con fundamento en estas resoluciones, la UPME realizó la primera subasta de contratos a largo plazo de FNCER el 22 de octubre de 2019 (subasta CLP. No. 02-2019). En esta subasta se asignaron contratos a

10 agentes generadores quienes se comprometieron a suministrar energía proveniente de FNCER para atender el 6% de la demanda total de energía del sistema a partir del año 2022. El plazo de estos según la regulación es de 15 años”.

84. El artículo 7° del Decreto sub examine adiciona un párrafo transitorio al artículo 85 de la Ley 143 de 1994, y establece un alivio para los contratos suscritos con ocasión de las subastas CLPE 02-2019 y 02-2021, es decir, los contratos de suministro de energía media anual a largo plazo para generadores de fuentes no convencionales de energía renovable que tengan proyectos ubicados en La Guajira. El alivio para los vendedores adjudicatarios consiste en suspender la obligación de suministro de energía a los compradores, hasta que entre en operación el proyecto objeto del contrato.

85. Para lo anterior, i) establece como fecha límite de suspensión el 25 de julio de 2025 , ii) adiciona como obligación actualizar la curva S del proyecto a la nueva fecha de entrada en operación del proyecto, así como mantener vigentes las garantías del contrato, iii) establece una prórroga automática del contrato por el periodo de suspensión, salvo que el comprador notifique su intención de darlo por terminado al menos con un (1) año de antelación al vendedor y, iv) obliga al generador a suministrar la energía prevista al menor valor entre el precio total del contrato y el precio promedio de bolsa del mes de suministro, durante el periodo de la ampliación.

86. El objeto de la subasta CLPE No. 02 de 2019 fue la asignación de contratos de suministro de energía a largo plazo entre cada generador y comercializador que resultaran adjudicatarios al valor adjudicado y por un período de 15 años contados a partir del 1° de enero de 2022. La principal obligación de los vendedores adjudicatarios es “suministrar al comprador la cantidad de energía durante el período de suministro, de conformidad con lo establecido en el ANEXO 2” y, para los compradores adjudicatarios “pagar mensualmente la cantidad de energía en cada período de facturación, al precio que se establece en la Sección 5.01 Precio, independientemente de que el Comprador la haya asumido o no”.

87. Lo anterior quiere decir que la norma sub examine suspende de forma unilateral y por ministerio de la Ley las obligaciones pactadas en un contrato bilateral, en favor de los vendedores adjudicatarios de la subasta CLPE No. 02 de 2019 hasta máximo el 25 de julio de 2025, y con la condición de extender las garantías del contrato y actualizar la curva S a la

nueva fecha de entrada en operación. Adicionalmente, dispone que los contratos se prorrogarán automáticamente por un período igual al de la suspensión salvo que el comprador notifique la intención de darlo por terminado.

Procedencia de la declaratoria de inexequibilidad con efectos retroactivos

88. La Sala Plena de la Corte Constitucional, en la Sentencia C-409 de 2020, enfatizó la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de justicia que señala que al tenor de lo previsto en los artículos 13, 14, 16, 28, 58, 83 y 333 de la Constitución Política, “todo negocio jurídico está permeado por la buena fe, la equidad y la justicia contractual, (...) cumple una función práctica o económica social, procura la satisfacción de intereses, necesidades o designios en la vida de relación (...), y es, por excelencia, un mecanismo de cooperación o colaboración intersubjetiva”.

89. Asimismo, en la Sentencia C-248 de 2020, aclaró que la autonomía de la voluntad de las partes no es absoluta y que por tanto, acepta intervención del legislador siempre que esta interferencia procure: i) la negociación con los interesados; ii) no se impida el acceso a la administración de justicia, y; 3) se respete el principio de buena fe.

90. Lo anterior quiere decir que en virtud de la facultad de intervención del Estado en la economía, el legislador está facultado para delimitar el alcance y restringir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes con el objeto de satisfacer el interés general. En concreto, el artículo 333 de la Constitución prevé que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. De la misma manera, el artículo 334 ibídem prescribe que la dirección de la economía está a cargo del Estado y que este intervendrá, entre otros, la prestación de los servicios públicos.

91. En la Sentencia C-056 de 2021, la Corte Constitucional indicó que el modelo de economía social de mercado adoptado por la Constitución garantiza y protege el ejercicio de las libertades económicas por parte de los particulares que desarrollan actividades productivas. Sin embargo, al mismo tiempo faculta al legislador para que, mediante la Ley intervenga en la economía y limite el ejercicio de estas libertades con el objeto de “(i) incentivar la ejecución de actividades consideradas productivas y, por lo mismo, benéficas para el desarrollo económico y la prosperidad general, (ii) garantizar la prestación eficiente de los

servicios públicos desde el punto de vista económico y ambiental y (iii) promover el desarrollo sostenible”.

92. El amplio margen de configuración que concede la Constitución Política al legislador en materia económica implica que la razonabilidad de las medidas de intervención se juzga por regla general mediante un test de proporcionalidad de intensidad leve. Sin embargo, la Corte ha señalado que es procedente aplicar un test de intensidad intermedia, por excepción, en aquellos eventos en los que (i) “existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia” o (ii) la medida objeto de escrutinio fija “reglas bajo las cuales un particular presta un servicio público” que, en principio, podrían impactar la prestación eficiente de dicho servicio y “afectar a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional”.

93. La Sala estima que el artículo 7 sub examine compromete de forma intensa la seguridad jurídica, la libertad económica, el principio de autonomía de la voluntad y los derechos de los consumidores por cuanto impone de forma unilateral la suspensión de unos contratos celebrados entre particulares para el suministro de energía eléctrica sin prever esquema alguno de compensación, restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, o prevención de sus efectos en el mercado energético.

94. Dicho de otra manera, la disposición contiene una orden imperativa que modifica unilateralmente contratos bilaterales sin consultar la voluntad de las partes a través de una formula genérica que la anula. No prevé esquemas de compensación, restablecimiento del equilibrio financiero del contrato para la parte compradora perjudicada por la suspensión de la obligación de suministro de energía. Y, además, no prevé medidas que contribuyan a prevenir los efectos negativos que la suspensión de la obligación de suministro puede tener en el precio de la energía, que será trasladado al usuario final vía tarifa.

95. Para la Sala es claro que en este caso ocurre el segundo supuesto descrito para elevar la intensidad del test de proporcionalidad, esto es, la disposición fija reglas para la prestación de un servicio público por los particulares que puede afectar la prestación eficiente del servicio, y afectar a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta. Tal como lo señaló la CREG en las respuestas al cuestionario remitido en el marco de este

proceso, la suspensión de obligaciones prevista en el artículo 7 generará que los comercializadores de energía, que obran como compradores de los contratos que se suspenden, tengan mayor exposición a bolsa. En consecuencia, deberán buscar respaldos para suplir la demanda de energía cuya obligación de suministro se suspendió ya sea con nuevos contratos o en bolsa. De esta manera, la Corte observa que estas suspensiones podrían obligar a los compradores de energía a suplir la demanda insatisfecha con nuevas adquisiciones en bolsa a precios más altos, lo cual compromete los derechos de los consumidores que asumirán el exceso en la facturación, o bien puede comprometer el patrimonio de los distribuidores o los comercializadores si es que de alguna forma se les impone asumir el mayor costo de la energía suministrada.

96. Para la Corte es claro que esto repercutirá en el precio que paga el comercializador y luego se traslada al usuario final vía tarifa, en tanto los precios de la energía en bolsa son más altos que aquellos a los que se comprometieron los generadores en los contratos suspendidos. La CREG señaló que “actualmente, los precios de bolsa han superado precios máximos de 800 COP por kilovatio-hora y deben vender esa energía a los precios del compromiso adquirido, el cual no supera los 290 COP por kilovatio-hora.”. Dado que el aumento del costo será asumido por el comercializador, es esperable que este se traslade al usuario vía tarifa. No obstante, si no fuera así y el aumento inesperado del precio fuera internalizado por el comercializador, lo cierto es que en todo caso esto compromete la eficiencia de la empresa que no podría recuperar los costos de su inversión vía tarifa.

97. Dado que estos contratos cubren el 4% de la demanda total diaria del país, para la Corte es claro que la norma afecta a todos los usuarios de energía, dentro de los que se encuentran poblaciones vulnerables que se ven más gravemente afectadas por el aumento de las tarifas, o la prestación ineficiente del servicio.

98. Así las cosas, corresponde a la Sala verificar si la disposición persigue una finalidad constitucionalmente importante, si es efectivamente conducente para el logro de la finalidad, y si los beneficios que genera la norma para el logro de la finalidad compensan el impacto que esta tiene en las libertades económicas, la seguridad jurídica, y la autonomía de la voluntad.

99. El Ministerio de Minas y Energía informó a la Corte que la medida incorporada en el

artículo 7 “guarda relación con las adoptadas para el rescate de la transición energética ante la grave situación y el alto riesgo de paralización y/o suspensión de los proyectos de generación de energía en el departamento, y no para ampliar la cobertura del servicio”. De modo que la finalidad de la norma es salvar la ejecución de los proyectos de generación de energía FNCER que ocurren en el departamento de la Guajira.

100. La Sala Plena encuentra que esta no es una finalidad constitucionalmente importante pues se trata de salvar la viabilidad económica de unos contratos específicos que, si bien contribuyen a la generación de energía con fuentes renovables, corresponden a los intereses de unos actores privados que concurrieron al mercado y pactaron de forma libre unos contratos que incluían obligaciones de suministro de energía, en los que se ofertó un precio que debía cubrir los costos del proyecto y del suministro mientras este empezaba a operar plenamente.

101. Aun si en gracia de discusión se admitiera la importancia constitucional de la finalidad, lo cierto es que no se demostró que la medida aquí analizada sea efectivamente conducente para evitar la paralización o suspensión de los proyectos de generación de energía en La Guajira. En particular, la Sala observa que el Ministerio de Minas y Energía, y la CREG, informaron que el retraso de la puesta en operación de los proyectos vinculados a los contratos suscritos con ocasión de las SUBASTAS CLPE 02-2019 y 02-2021 se debe a retrasos generados por efecto de las consultas previas que se deben adelantar con las comunidades en las zonas de influencia, y los trámites relacionados con las licencias ambientales. No se demostró cuál es el impacto que tiene en los proyectos la obligación de suministro, ni tampoco se aportó evidencia que dé cuenta de que la suspensión de esta obligación conduce de forma efectiva a evitar la suspensión de los proyectos.

102. Por último, si lo anterior no fuera suficiente, la Sala encuentra que la medida acusada afecta de forma intensa la libertad económica de los contratantes, en particular la autonomía de la voluntad de las partes, y la seguridad jurídica sin que exista demostración de que ese impacto se compensa por el beneficio cierto que la suspensión de la obligación de suministro puede generar para la continuidad de los proyectos.

103. En la sentencia C-409 de 2020, en la que se estudió la constitucionalidad del Decreto 797 de 2020 que disponía la terminación unilateral de contratos de arrendamiento en el

marco de la emergencia económica declarada por la pandemia del Covid-19, la Corte resaltó que una medida de este tipo: i) anula la autonomía de la voluntad privada; ii) no propugna por la conservación del equilibrio contractual; iii) desconoce el principio de seguridad jurídica; iv) no evita abusos del derecho; v) permite la proliferación de controversias jurídicas; y vi) dificulta la conservación de la actividad económica y el empleo. La Sala Plena estima que estas consideraciones son trasladables al caso sub examine en tanto la suspensión unilateral de las obligaciones pactadas por particulares en los contratos celebrados con ocasión de las subastas CLPE 02-2019 y 02-2021 anula la autonomía de la voluntad privada, no prevé medidas de restablecimiento o conservación del equilibrio contractual, en particular para la parte compradora, y desconoce el principio de seguridad jurídica.

104. Dado que la disposición analizada puede haber generado la suspensión efectiva de las obligaciones de suministro hasta 2025, resulta necesario retrotraer los efectos de su aplicación para garantizar la supremacía de la Constitución Política y la eficacia del control constitucional. En consecuencia, el artículo 7 será declarado inexecutable con efectos retroactivos al 31 de julio de 2023.

. Artículo 8°

Contenido de la disposición

105. El artículo 79 de la Ley 143 de 1994 autoriza al Gobierno nacional y a las entidades descentralizadas a hacer aportes de capital a sociedades vinculadas al sector, e indica las formas como la Nación puede hacer estos aportes. El Gobierno nacional, mediante el artículo 8° del Decreto Legislativo 1276 de 2023, ordena al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Minas y Energía establecer, dentro de los tres (3) meses siguientes a la expedición del Decreto, un esquema de financiación a favor de Gecelca S.A. para la transformación de sus termoeléctricas a un modelo de generación de cero emisiones netas de CO₂, fortalecer su competitividad en el mercado eléctrico y ampliar sus condiciones de competitividad industrial con criterios climáticos.

Procedencia de la declaratoria de inexecutable con efectos retroactivos

106. La Sala Plena encuentra que el objeto de la norma prevista en el artículo 8 del Decreto 1276 de 2023 se ha agotado para el momento de adopción de esta decisión. En efecto, el

plazo previsto en el artículo 8° para el establecimiento de un esquema de financiación para Gecelca se cumplió el 31 de octubre de 2023. De modo que la disposición agotó su objeto antes de que fuera posible adoptar una decisión sobre su exequibilidad, puesto que solo hasta el 2 de octubre de 2023 la Sala declaró la inexequibilidad del Decreto Legislativo 1085 del 2 de julio de 2023, y se levantó la suspensión de términos por prejudicialidad en este proceso.

107. Así, con el objetivo de garantizar la eficacia del control constitucional en este caso, la Corte declarará la inexequibilidad de este artículo a partir del 31 de julio de 2023.

F. La inexequibilidad de las demás normas contenidas en el Decreto Legislativo 1276 de 2023 tendrá efectos a partir de la adopción de esta decisión

108. La Sala Plena observa que las demás normas previstas en el Decreto 1276 de 2023 no cumplen las condiciones señaladas en la jurisprudencia para la declaratoria de inexequibilidad con efectos retroactivos. A continuación, se explican de forma breve las razones que soportan esta conclusión respecto de cada uno de los artículos restantes:

i. i. Artículo 1°

109. Los párrafos transitorios adicionados al artículo 54 de la Ley 43 de 1994 mediante el artículo primero del Decreto 1276 de 2023 especifican que la medida o disposición no tendrá efecto inmediato en la vigencia fiscal 2023, sino que empezará a aplicarse desde 2024. Lo anterior es una forma de dar un tiempo prudencial para que las entidades o personas afectadas por la medida se preparen para su implementación. De modo que la disposición no agotó su objeto, ni tuvo la potencialidad de afectar la supremacía constitucional, por lo que resulta innecesario retrotraer los efectos de su inexequibilidad.

. Artículo 2°

110. La Sala encuentra que el régimen tarifario especial previsto en el artículo 2° no ha sido expedido. A la fecha de adopción de esta decisión, según la información que reposa en las bases públicas de la CREG, el Ministerio de Minas y Energía no le ha remitido la información de las áreas afectadas por especial vulnerabilidad y la CREG no ha iniciado el proceso de emisión de regulación para la formulación del régimen tarifario especial. Consultada la

página web de la CREG, desde julio de 2023 a la fecha, en relación con La Guajira, solo se han publicado los proyectos de resolución 701_21 de 2023 y 701_20 de 2023 relativos a la compra de energía excedente para suplir las demandas derivadas de la no entrada en operación de varios proyectos de generación adjudicados en las subastas del CLPE 02-2019 y CLPE 03-2021 convocadas por el Ministerio de Minas y Energía en el 2019 y 2021.

111. Así, la declaratoria de la inexecutable del artículo 2° con efectos inmediatos tiene plena eficacia pues las medidas previstas en este no se han ejecutado.

. Artículo 4°

112. Aunque el artículo 4° del Decreto no contiene una regla de vigencia, se entiende que aplica a las subastas organizadas por la CREG a partir de la expedición del Decreto Legislativo 1276 de 2023. Todo lo contrario, mediante la Resolución No. 101 021 del 24 de agosto de 2023, la CREG anunció una nueva ampliación de los plazos para el proceso de subasta de asignación de Obligaciones de Energía Firme (OEF) para los periodos 2025-2026 y 2026-2027. De acuerdo con el nuevo cronograma, el 24 de noviembre de 2023 los participantes deberán manifestar su interés en participar en la subasta, el 15 de febrero de 2024 el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) recibirá las ofertas, hará el proceso de adjudicación y el 16 de abril de 2024 se expedirán las certificaciones de asignación de OEF.

113. Así, la Sala observa que entre la fecha de emisión del Decreto y la fecha de adopción de esta decisión, la CREG no ha convocado ninguna subasta de asignación de Obligaciones de Energía Firme (OEF) por lo tanto, la norma no ha generado ningún efecto, de modo que no resulta necesario retrotraer los efectos temporales de su inexecutable.

. Artículo 5°

114. El artículo 5° extiende algunos beneficios tributarios previstos en la Ley 1715 de 2014 a las Fuentes No Convencionales de Energías Renovables (FNCER) que reducen la carga tributaria asociada a los “proyectos de almacenamiento de energía eléctrica, de baterías y de estabilidad de la red en el departamento de La Guajira, así como a los servicios complementarios de respuesta continua o de respuesta rápida de frecuencia, de desconexión

rápida de cargas, de aporte de nivel de cortocircuito, de aporte de inercia, de reserva primaria y de compensación de frecuencia”. Estos beneficios se aplican a impuestos de periodo, como el impuesto de renta, y a obligaciones tributarias y aduaneras de causación inmediata como el impuesto a las ventas y los aranceles.

115. Así, la disposición puede haber generado situaciones jurídicas consolidadas para los particulares que, de buena fe, se abstuvieron de pagar los impuestos y aranceles de causación inmediata, o de incorporar en sus anticipos de renta o en su planeación financiera los recursos correspondientes a los beneficios tributarios previstos en la norma analizada.

116. La Corte observa entonces que, la extensión de los beneficios tributarios prevista en el artículo 5 sub examine no cumple ninguna de las tres condiciones indicadas para declarar la inexecutable de la norma con efectos retroactivos. A lo anterior se añade que, en contraste, retraer los efectos de la inexecutable podría prever cargas contributivas adicionales a los particulares sobre operaciones económicas ya cumplidas, y por esa vía, podría desconocer los principios de buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima y el respeto al acto propio en perjuicio de los particulares.

i. i. Artículos 9° y 10°

117. Finalmente, respecto de los artículos 9° y 10°, la inexecutable con efectos retroactivos del artículo 3° implica la inexecutable de estas disposiciones por sustracción de materia. La invalidez del recaudo implica que no existe renta para incorporar al presupuesto, ni fuente para la autorización de un nuevo gasto.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar INEXEQUIBLE el Decreto Legislativo 1276 del 31 de julio de 2023, “Por el cual se adoptan medidas para ampliar el acceso al servicio de energía eléctrica y preservar los medios de subsistencia de la población a través del rescate de la transición energética,

con la finalidad de superar la crisis humanitaria y el estado de cosas inconstitucionales o evitar la extensión de sus efectos, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado en el departamento de La Guajira”.

SEGUNDO. La inexequibilidad de que trata el numeral anterior tendrá efectos retroactivos a partir del 31 de julio de 2023 respecto de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Decreto Legislativo 1276 del 31 de julio de 2023.

Los recursos recaudados en virtud de lo previsto en el artículo 3 del Decreto Legislativo 1276 de 2023 deberán ser devueltos a los contribuyentes mediante compensación con la facturación del servicio de energía eléctrica, en un término máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de adopción de esta decisión.

TERCERO. La inexequibilidad de que trata el numeral primero tendrá efectos inmediatos respecto de las demás normas contenidas en el Decreto Legislativo 1276 de 2023.

Comuníquese y cúmplase,

DIANA FAJARDO RIVERA

Presidenta

Aclaración de voto

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

Con aclaración de voto

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

Con Aclaración de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

A LA SENTENCIA C-463/23

Referencia: Expediente RE-358

Magistrado Ponente:

Jorge Enrique Ibáñez Najar

Con el debido respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, considero pertinente

aclarar mi voto en relación con la presente decisión. Al respecto, resultan relevantes las mismas razones que me llevaron a salvar el voto frente a la Sentencia C-383 de 2023. Considero que sobre el Decreto Legislativo 1085 de 2023 procedía declarar la exequibilidad parcial, únicamente en lo que respecta a la atención del agravamiento de la crisis de La Guajira por la conjunción atípica y sobreviniente de fenómenos climáticos. Adicionalmente, debía declararse la inexequibilidad de algunas expresiones del artículo 3.º de aquel Decreto, para garantizar que su aplicación se limitara a esta finalidad. En general, no estoy de acuerdo con la decisión de inexequibilidad diferida, por las razones que presento a continuación.

Estimo que procedía una exequibilidad parcial del decreto que declaró el estado de excepción, por cuanto era viable la emergencia exclusivamente para atender el agravamiento de la crisis en La Guajira por la conjunción atípica y sobreviniente de factores climáticos. En especial, en lo referido a la escasez de agua y sus efectos particulares sobre las poblaciones vulnerables y la realización de derechos. Se trataba de una oportunidad única a nivel nacional e internacional para que la jurisprudencia constitucional evaluara el manejo de los estados de excepción, en particular el de emergencia económica, por asuntos relacionados con la crisis climática global. En estos términos, la situación presentaba las condiciones para crear un nuevo precedente.

Procedía al respecto dejarse claro el objeto acotado de la emergencia y censurar la motivación del decreto y el apartado del artículo 3.º que preveía un alcance muy amplio de sus medidas. En efecto, dicha norma permitía la adopción de disposiciones frente a sectores que no estaban relacionados con la crisis. La exclusión de las expresiones “además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este decreto” y la palabra “adicionales”, presentes en la referida disposición, habría cumplido el propósito en cuanto restringir las facultades extraordinarias para garantizar su compatibilidad con la Constitución.

En este caso y en el ámbito específico señalado anteriormente, se superaban los juicios establecidos por la jurisprudencia constitucional para dar vía a la emergencia. Además, su delimitación no afectaba la competencia de la Corte para ejercer el respectivo control sobre los decretos de desarrollo, con el fin de evitar la adopción por esta vía de medidas ajenas al propósito de conjurar la crisis y que deben ser tramitadas por los mecanismos ordinarios. El examen definido por la jurisprudencia constitucional, para los actos expedidos en desarrollo

del estado de emergencia, es una garantía para prevenir las extralimitaciones del ejecutivo en el uso de estas facultades extraordinarias.

Con todo, también habría podido considerarse declarar la exequibilidad condicionada del Decreto Legislativo 1085 de 2023. Esta opción habría permitido igualmente restringir sus efectos a la atención de los mencionados hechos sobrevinientes por motivos climáticos respecto del agua y sus impactos, que son los únicos de aquellos aludidos por el Gobierno nacional que habilitaban el uso de facultades extraordinarias.

En suma, en lo que respecta a la presente decisión que declara la inexequibilidad por consecuencia del Decreto 1276 de 2023, con efectos diferidos, aclaro mi voto porque estimo que la Corte debió declarar la exequibilidad parcial del Decreto Legislativo 1085 de 2023 y la inexequibilidad de las mencionadas expresiones del resolutivo. Ello con el propósito de delimitar su alcance a la atención de la crisis generada por la confluencia sobreviniente de factores climáticos, con impacto en la provisión de agua y en las afectaciones correlativas a los derechos, especialmente de las poblaciones vulnerables de La Guajira. Esos análisis y decisión habrían determinado una metodología y alcances diferentes en lo que respecta al decreto que en esta ocasión se analiza.

Fecha ut supra

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-463/23

Referencia: expediente RE-358

Control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 1276 del 31 de julio de 2023, “Por el cual se adoptan medidas para ampliar el acceso al servicio de energía eléctrica y preservar los medios de subsistencia de la población a través del rescate de la transición energética, con la finalidad de superar la crisis humanitaria y el estado de cosas inconstitucionales o evitar la extensión de sus efectos, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y

Ecológica declarado en el departamento de La Guajira”.

Magistrado ponente:

Jorge Enrique Ibáñez Najar

1. §1. Con el respeto acostumbrado por las providencias de la Sala Plena, presento las razones que me llevan a aclarar mi voto a la Sentencia C-463 de 2023, que declaró inexecutable el Decreto Legislativo 1276 de 2023, confirmando efectos retroactivos a la decisión respecto de los artículos 3, 6, 7 y 8 del decreto e inmediatos respecto de las demás normas en él contenidas.

§2. Comparto la decisión adoptada por la Sala Plena y, en general, las razones que la sustentan. Sin embargo, aclaro mi voto para precisar tres puntos en los que me aparto de las consideraciones de la sentencia. El primero se refiere a la fundamentación de los efectos retroactivos conferidos a la declaratoria de inexecutable de varios artículos, que en alguno de los considerandos de la decisión se plantean como si fueran la regla en la jurisprudencia cuando, en realidad, han sido excepcionales y así deben seguir siendo. El segundo destaca la necesidad de discernir entre los varios tipos de medidas contenidas en el decreto examinado, no todas las cuales estaban dirigidas a impulsar la transición energética en el departamento de La Guajira, como equivocadamente se afirma en la sentencia; por tanto, ameritaban un análisis diferenciado para examinar su conexidad con la materia del diferimiento previsto en la Sentencia C-383 de 2023. La necesidad de este análisis diferenciado lleva al tercer punto de mi aclaración, en el que sostengo que aquellas medidas del decreto orientadas a facilitar el acceso a la energía para la población rural no interconectada del departamento sí guardan conexidad con la garantía del derecho humano al agua.

Un llamado a no convertir la excepción en la regla

§3. Aunque acompañé la decisión de otorgar efectos retroactivos a las declaratorias de inexecutable de los artículos 3, 6, 7 y 8 del decreto, difiero de algunas consideraciones de la sentencia en las que se sugiere que los efectos de la declaratoria de inexecutable por consecuencia de los decretos legislativos dictados al amparo de un estado de excepción declarado inconstitucional se retrotraen al momento de la expedición de dichos actos y sólo de manera excepcional, y para efectos de garantizar la estabilidad jurídica, la confianza

legítima y la buena fe, la decisión de inexequibilidad por consecuencia tendría efectos a partir de su adopción.

§4. Esta tesis se expresa en la Sentencia C-463 de 2023 en un razonamiento tejido con las siguientes premisas:

i. (i) “Cuando desaparece del ordenamiento jurídico el fundamento normativo que sirvió de sustento para la expedición de los decretos legislativos proferidos en virtud de la declaratoria de un estado de excepción, éstos devienen necesariamente inexecutable por consecuencia”.

ii. (ii) La inconstitucionalidad por consecuencia de estos decretos se deriva no de su confrontación sustancial con la Constitución sino de la invalidez del acto jurídico con fundamento en el cual fueron expedidos.

iii. (iii) Lo anterior “explica que la Corte, en algunos casos de manera explícita[28] y en otros implícita[29], haya omitido analizar de forma y de fondo los decretos que se dictan en el marco de un estado de excepción cuya declaratoria ha sido declarada inexecutable”.

iv. (iv) Cuando la adopción del estado de emergencia ha sido declarada inexecutable con efectos diferidos, la Corte se ha concentrado en examinar si existe relación entre el contenido de los decretos de desarrollo y las materias del decreto declaratorio cuya inconstitucionalidad se difirió en el tiempo. En estos casos, “[s]i existe relación, la decisión ha consistido en diferir los efectos de la inexecutable, sin entrar a revisar si el contenido del decreto dictado con ocasión del estado de excepción se adecua o no a la Constitución Política; en caso contrario, se ha declarado la inexecutable sin efectos diferidos.”

vi. (vi) Esta regla es trasladable al control automático de constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos al amparo de un estado de emergencia declarado inexecutable con efectos diferidos, por cuanto estos decretos permanecen en el ordenamiento durante el periodo de diferimiento de la inexecutable del decreto declaratorio.

vii. (vii) El análisis de constitucionalidad en estos casos implica caracterizar las medidas contenidas en el decreto legislativo a fin de identificar cuáles resultan cobijadas por la modulación de los efectos de la inexecutable de la declaratoria de emergencia y cuáles no.

viii. (viii) Respecto de las medidas que resultan cobijadas por la modulación, procede

adelantar el control integral y automático y, en caso de superarlo, declarar su inexequibilidad con efectos diferidos.

ix. (ix) Entretanto, “las medidas que no resultan amparadas por el diferimiento deben ser declaradas inexecutable por consecuencia con efectos: a) a partir de la fecha en que se declaró la inexecutable del decreto declaratorio de la emergencia; b) a partir de la fecha de expedición del Decreto de medidas; o c) a partir de la adopción de la sentencia que declara su inexecutable por consecuencia”.

x. (x) El ejercicio válido de las facultades de excepción exige el cumplimiento riguroso de las condiciones previstas en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución, por cuanto “uno de los objetivos del Constituyente fue garantizar que el país saliera del estado de sitio permanente con el que el ejecutivo ejercía facultades excepcionales y reducía la potestad legislativa del Congreso”.

§5. De las premisas anteriores se infiere una conclusión expresada en el considerando 36 de la sentencia en los siguientes términos:

“36. De modo que, cuando esta facultad [la declaratoria del estado de excepción] se ejerce en contravención al ordenamiento constitucional, los decretos con fuerza de ley expedidos a su amparo son inválidos desde el momento de su emisión, pues corresponden a actos expedidos sin competencia para el efecto, y en franco desconocimiento de la separación funcional prevista en la Constitución Política para el ejercicio del poder público. Sin embargo, existen eventos en los que la necesidad de garantizar la estabilidad jurídica, la confianza legítima y la buena fe exige que la decisión de inexecutable por consecuencia tenga efectos a partir de su adopción. Para la determinación de cada uno de estos eventos, corresponde al juez constitucional ponderar los bienes jurídicos en tensión de modo que, en todo caso, se garantice la supremacía constitucional”.

§6. El tejido argumental que expone la sentencia para llegar a esta conclusión se compone, en general, de premisas que describen de manera adecuada la práctica decisoria de la Corte frente a decretos legislativos que desarrollan las medidas de estados de excepción cuya declaratoria fue juzgada como inconstitucional. Estimo, sin embargo, que las premisas (v) y (vi) son innecesarias, pues para sustentar la competencia de la Corte para examinar la constitucionalidad de decretos legislativos expedidos al amparo de un estado de emergencia

declarado inexecutable con efectos diferidos no hace falta en absoluto hacer una aplicación extensiva de la regla de decisión contenida en la Sentencia C-088 de 2014; se trata de situaciones del todo disímiles y, además, existen precedentes directamente aplicables al presente caso.

§7. Pero más que evaluar la calidad y pertinencia de las premisas, el punto que quiero destacar es que de ninguna de ellas se infiere válidamente la conclusión que se expresa en el considerando 36 de la sentencia, donde se afirma que la regla general en materia de efectos temporales de las declaratorias de inexecutableidad por consecuencia de decretos legislativos expedidos al amparo de un estado de excepción cuya declaratoria fue juzgada como inconstitucional es la irretroactividad a la fecha de expedición del decreto en cuestión, y que la excepción sería la declaratoria de inexecutableidad inmediata o prospectiva, es decir, a partir de la adopción de la sentencia que así la declara.

§8. Esta conclusión se ve refutada por una reiterada y pacífica jurisprudencia que ha reservado los efectos retroactivos de los fallos de inexecutableidad, aún de los relativos a medidas adoptadas bajo estados de excepción, sólo para situaciones verdaderamente excepcionales. En materia de estados de emergencia, la Corte ha declarado la inexecutableidad total de los decretos declaratorios en cinco ocasiones, en las sentencias C-122 de 1997, C-254 de 2009, C-252 de 2010, C-216 de 2011 y C-383 de 2023. Aunque en las decisiones que declararon la inexecutableidad de los decretos proferidos al amparo del Decreto 080 de 1997 se optó por efectos retroactivos a partir del día siguiente a la notificación de la Sentencia C-122 de 1997, que declaró inexecutable el decreto declaratorio, este enfoque ha sido claramente excepcional. Frente a los decretos de desarrollo proferidos bajo los estados de emergencia declarados inexecutables en las sentencias C-254 de 2009 y C-216 de 2011 la Corte aplicó la regla general de efectos inmediatos o prospectivos en sus declaratorias de inexecutableidad por consecuencia. Lo mismo ocurrió con los decretos de desarrollo vinculados al que fuera declarado inexecutable en la Sentencia C-252 de 2010, todos los cuales fueron declarados inexecutables con efectos inmediatos o prospectivos, salvo aquellos que, por contener fuentes tributarias para el sistema de salud, fueron declarados inexecutables con efectos diferidos.

§9. La evidencia examinada muestra que la tesis expresada en el considerando 36 de la Sentencia C-463 de 2023 es contraria a la tradición decisoria de la Corte Constitucional

donde los efectos prospectivos de las declaratorias de inexecutable son la regla y el otorgamiento de efectos retroactivos ha sido y sigue siendo la excepción. Expreso mi preocupación frente a este razonamiento en el que, a través de un obiter dictum, se pretende introducir un cambio de jurisprudencia sin asumir las cargas de transparencia y argumentación que debe tener para ser válido y legítimo. Paradójicamente, en esta decisión se apela al propósito del Constituyente de evitar que el estado de excepción siguiera siendo la regla – como lo había sido en los tiempos del estado de sitio permanente – para presentar lo que ha sido y debe seguir siendo la excepción (la inexecutable con efectos retroactivos) como si fuera la regla.

§10. Si bien la Corte ha afirmado su competencia exclusiva para definir y modular los efectos temporales de sus decisiones, como una atribución necesaria para cumplir con su función de garante de la integridad y supremacía constitucional, este Tribunal ha ejercido esta competencia con arreglo a criterios decantados a lo largo de décadas de práctica jurisprudencial reiterada y pacífica. La interpretación propuesta en la Sentencia C-463 de 2023, que sugiere que los efectos retroactivos deben ser considerados la regla general en las decisiones de inexecutable por consecuencia de decretos legislativos, no solo contradice el mandato legal explícito del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, que establece que los fallos de la Corte Constitucional tienen efectos hacia el futuro a menos que se especifique lo contrario, sino que también ignora una línea jurisprudencial consolidada que favorece los efectos prospectivos para proteger la estabilidad jurídica y la confianza legítima.

§11. Es crucial que la Corte mantenga este enfoque de efectos prospectivos, alineándose con la práctica consolidada que ha prevalecido durante más de una década. La adhesión a esta doctrina no solo es más coherente con el marco normativo y la práctica judicial de este Tribunal, sino que también fortalece la seguridad jurídica y la confianza en las actuaciones del Estado, asegurando que se preserve la supremacía de la Constitución de manera efectiva y equilibrada.

§12. En materia de efectos temporales la regla ha sido, y sigue siendo, que el otorgamiento de efectos retroactivos a los fallos de inexecutable – incluidos los de inexecutable por consecuencia de decretos legislativos – representa una medida excepcional, que sólo se justifica cuando se encuentre probado que la norma viola de manera flagrante y ostensible la Constitución y cuando esta modulación de los efectos temporales de la decisión es necesaria

para asegurar la protección de derechos fundamentales o retrotraer efectos abiertamente inconstitucionales que produjo la norma durante su vigencia. Fue bajo este entendimiento que acompañé los efectos retroactivos conferidos a la declaratoria de inexecutable de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Decreto 1276 de 2023.

Necesidad de una tipología más precisa de las medidas contenidas en el Decreto Legislativo 1276 de 2023 y de un análisis diferenciado de su conexidad con la materia del diferimiento previsto en la Sentencia C-383 de 2023.

§13. En la Sentencia C-463 de 2023 se afirma que todas las medidas contenidas en el Decreto 1276 de 2023 “están dirigidas a impulsar la transición energética en el departamento como solución de mediano plazo a los factores ambientales que aceleran el cambio climático, y como una fuente alternativa de desarrollo y mejoramiento de las condiciones socioeconómicas de la población de La Guajira”. Esta caracterización es inexacta. En realidad, el decreto examinado contiene tres grupos de medidas que ameritan un análisis diferenciado: (i) algunas están orientadas a generar recursos para facilitar la ampliación de la cobertura y el acceso al servicio de energía eléctrica para la población rural y no interconectada del departamento de La Guajira (artículos 2 y 3); (ii) un segundo grupo de medidas busca destinar recursos a proyectos relacionados con la transición energética, así como ampliar la cobertura y estimular Fuentes No Convencionales de Energías Renovables (FNCER) (artículos 1, 4, 5, 6, 7 y 8); y, (iii) otras contienen adiciones presupuestales para la consolidación productiva del sector de energía eléctrica (artículos 9 y 10).

§14. La Sala ha debido abordar el análisis diferenciado de cada uno de estos grupos de medidas para efectos de examinar su conexidad con la materia del diferimiento previsto en la Sentencia C-383 de 2023. Aunque todas ellas se refieren al sector energético, no es posible descartar de plano toda relación con el propósito de conjurar o impedir la extensión de los efectos de la crisis humanitaria generada por la menor disponibilidad de agua en el departamento de La Guajira. En particular, no puede obviarse la relación existente entre el primer grupo de medidas y la garantía del derecho humano al agua, como paso a explicar en el tercer punto de esta aclaración de voto.

Sobre la conexidad entre el acceso a la energía y la garantía del derecho humano al agua

§15. Los artículos 2 y 3 del decreto examinado contienen medidas orientadas a facilitar el acceso al servicio de energía eléctrica a la población más vulnerable del departamento de La Guajira, a través del establecimiento de un régimen tarifario especial y diferencial de carácter transitorio (artículo 2) y la creación de la contribución temporal “Aporte Departamento de la Guajira” destinada a financiar la energización de zonas rurales no interconectadas en este departamento (artículo 3). No cabe descartar de plano la conexidad de estas medidas con la garantía del derecho humano al agua, especialmente en sus facetas de disponibilidad, calidad, accesibilidad física y no discriminación.

§16. El acceso a energía eléctrica es fundamental para contribuir a la obtención y gestión del recurso hídrico. La carencia de una infraestructura energética adecuada en el departamento de La Guajira constituye un serio obstáculo para lograr el aprovisionamiento y distribución de agua apta para consumo humano en esta región del país, pues la escasez de fuentes hídricas hace especialmente necesario el contar con mecanismos que faciliten el bombeo de aguas subterráneas, el funcionamiento de plantas de potabilización y desalinización, entre otra infraestructura que depende del adecuado suministro de energía para su funcionamiento.

§17. Sobre la interdependencia entre el acceso a la energía y la disponibilidad de agua, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas (ONU-DAES) ha señalado que “la energía tiene una importancia primordial para la gestión y el desarrollo de los recursos hídricos. Las infraestructuras del agua dependen por completo de la energía a lo largo de su cadena de valor, desde el bombeo de aguas subterráneas, el transporte, la purificación del agua, la desalación, la distribución del agua a los usos económicos y a la población hasta la recogida, la gestión y el tratamiento de las aguas residuales”. La dependencia de fuentes energéticas se agudiza en las zonas donde el recurso hídrico es más escaso, por cuanto, según el mismo organismo, “los requerimientos de energía para el bombeo de agua superficial son generalmente un 30% menores que para el bombeo de aguas subterráneas. Se espera que el agua subterránea utilice cada vez más energía al estar bajando los niveles freáticos en las distintas regiones del mundo”.

§18. Debido a esta interdependencia, medidas orientadas a facilitar el acceso a la energía, a través del establecimiento de una tarifa diferencial para las áreas de mayor vulnerabilidad, y a financiar soluciones energéticas para la población rural no interconectada del departamento de La Guajira, guardan conexidad con la garantía del derecho al agua,

especialmente en sus facetas de disponibilidad, calidad, accesibilidad física y no discriminación, las cuales constituyen dimensiones del contenido normativo del derecho al agua. No obstante lo anterior, coincido con la mayoría en que, tal y como están diseñadas en los artículos 2 y 3 del Decreto 1276, dichas medidas no satisfacen las condiciones del diferimiento previsto en la Sentencia C-383 de 2023, por cuanto no logran establecer una relación inmediata, sino remota o lejana con la solución de la crisis humanitaria derivada de la menor disponibilidad de agua.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada