



La presente obra está bajo una licencia:  
**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

**Usted es libre de:**



- Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
- hacer obras derivadas

**Bajo las condiciones siguientes:**



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

## **Afectación en la eficiencia de la prestación del servicio de energía eléctrica por la decisión de la sentencia T-445 de 2016\***

Ammy Sophya García Monsalve\*\*

Universidad Católica de Colombia

### **Resumen**

Los servicios públicos en Colombia fueron consagrados en la constitución de 1991 como inherentes a la finalidad social del estado, por lo cual es deber del estado garantizar su prestación a todos los habitantes del territorio, entre estos servicios públicos se encuentran los domiciliarios que hayan su régimen en la Ley 142 de 1994 la cual define las reglas en materia de prestación de dichos servicios entre los cuales se encuentra el servicio público domiciliario de energía eléctrica que ha ido avanzando de manera progresiva en cuanto a la cobertura y la calidad de la prestación del mismo debido en gran manera a la inversión de infraestructura realizada por las empresas privadas que se dedican a prestar este servicio en el país, sin embargo, la Sentencia T-445 de 2016 expedida por la Corte Constitucional representa una amenaza seria en cuanto a la eficiencia en la prestación de este servicio, ya que sin realizar un análisis amplio sobre el tema se decidió incluir a los proyectos energéticos como la construcción de hidroeléctricas en aquellos que deben cumplir con el requisito de consulta previa a la comunidad donde se desarrollara el proyecto, lo que hasta la fecha ha dado como resultado un freno a los proyectos eléctricos.

**Palabras clave:** Servicios públicos, Energía eléctrica, Eficiencia energética, Consulta popular, Proyectos Energéticos.

---

\* Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de Abogada de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría del doctor Jairo Cabrera Pantoja, docente de la facultad de Derecho y Centro de Investigaciones Socio Jurídicas – CISJUC, 2017.

\*\* Estudiante de Derecho con materias culminadas, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código estudiantil N° **2106743**. Correo electrónico: asgarcia60@ucatolica.edu.co

### **Abstract**

Public services in Colombia were enshrined in the constitution of 1991 as inherent to the social purpose of the state, which is why it is the state's duty to guarantee its provision to all inhabitants of the territory, among these public services are the domiciles that have their regime in Law 142 of 1994 which defines the rules on the provision of such services, among which is the domestic electric public service that has progressively progressed in terms of coverage and the quality of service provision due in large part to the infrastructure investment made by the private companies that are dedicated to providing this service in the country, however, the T-445 Judgment issued by the Constitutional Court of 2016 poses a serious threat to efficiency in the provision of this service, since without a comprehensive analysis on the subject it was decided to include energy projects such as the construction of hydroelectric plants in those that must meet the requirement of prior consultation to the community where the project was developed, which to date has resulted in a brake on electrical projects.

**Key words:** Utilities, Electric Power, Energy Efficiency, Popular Consultation, Energy Projects

## Tabla de Contenido

Introducción.....	5
1. Obligación constitucional en la prestación de servicios públicos.....	7
1.1 Noción de servicio publico .....	8
1.2 Servicios Publicos Domiciliarios.....	10
2. Servicio público domiciliario de energía eléctrica en Colombia.....	14
2.1 Funcionamiento del mercado mayorista en Colombia .....	16
2.2 Responsabilidad subjetiva del estado en Colombia.....	19
3. Análisis de la Sentencia T-445 de 2016 .....	20
Conclusiones.....	25
Referencias .....	27

## Introducción

La Constitución Política de 1991 describe los servicios públicos domiciliarios como inherentes a la finalidad social del estado social de derecho, por lo que es obligación del estado garantizar la prestación de los mismos bien sea de manera directa o por medio de particulares, teniendo en cuenta que aun cuando la prestación la realice un particular, el mismo siempre será regulado y realizará la inspección, vigilancia y control de las entidades que presten estos servicios.

En el caso de los servicios públicos domiciliarios y su prestación en Colombia cabe resaltar que la misma ha evolucionado de manera favorable en cuanto a cobertura y calidad, de manera que se ha masificado la presencia de servicios públicos domiciliarios en las ciudades y en las zonas rurales, tema que se hace mucho más evidente en materia del servicio público domiciliario de energía eléctrica, donde para garantizar la prestación se tiene un sistema interconectado nacional (SIN) y de igual manera se realiza la prestación en zonas de difícil acceso por medio de las Zonas No Interconectadas (ZNI).

Sin embargo, en la actualidad la eficiencia en la prestación del servicio de energía eléctrica es un tema que se encuentra amenazado por la decisión de la Sentencia T-445 de 2016 de la Corte Constitucional que estima que se deben realizar consultas previas con las comunidades o municipios donde se tenga planeado la ejecución de proyectos mineros y energéticos.

Dicho lo anterior es necesario precisar que el desarrollo del presente artículo de investigación busca resolver el siguiente interrogante ¿ De qué manera afecta la decisión expuesta en la Sentencia T-445 de 2016 a la eficiencia en la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica en Colombia?, para lo cual se utilizará una metodología de tipo doctrinal y jurisprudencial hermenéutica ya que se realizará la interpretación armónica de normas jurídicas y jurisprudencia para

determinar la posible afectación que puede presentar la decisión expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia mencionada a la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

## **1. Obligación constitucional en la prestación de servicios públicos**

Antes de la expedición de la carta política de 1991 la prestación de servicios públicos se encontraba de manera exclusiva en cabeza del estado, por lo que la cobertura no resultaba suficiente y la inversión en infraestructura no era la necesaria para cubrir las necesidades de los usuarios.

Posteriormente la prestación de servicios públicos en Colombia se consagró en la Constitución Política de 1991 como uno de los fines esenciales del estado social de derecho. Con este precepto se acoge de cierta manera la teoría del servicio público desarrollada por la escuela francesa del servicio público que aduce que la prestación de servicios públicos es lo que justifica la existencia del estado.

En cuanto a las funciones, baste con precisar en este punto que la función del Estado es la gestión de “servicios públicos”. Pero no se trata de mostrar al servicio público como un descubrimiento que hace Duguit o sus seguidores; por el contrario, el propio autor reconoce que la percepción de la prestación de servicios a favor de los ciudadanos o del “grupo” gobernado es connatural a una relación de poder independiente de su origen. Entonces, lo novedoso de sus palabras no es la noción en sí misma, sino la posición en que la ubica en su teoría: es el objeto de la función social del Estado (Barreto Moreno, 2011, p.69).

La Constitución Política de 1886 atribuía al estado la prestación de todos los servicios públicos denominando los mismos como una función pública exclusiva y excluyente. Posteriormente con el surgimiento de la teoría del servicio público se

presenta una influencia en Colombia que se traduce en una serie de reformas constitucionales, como la de 1936 bajo el Gobierno de Alfonso López Pumarejo que mediante el Acto legislativo 01 de este mismo año, que dio un giro en cuanto a temas educativos y tributarios, así entonces en cuanto a la educación se procedió a garantizar la libertad de enseñanza, bajo la supervisión del estado, y en materia tributaria se eliminaron una serie de exenciones tributarias para sectores económicos favorecidos como las compañías extranjeras, esto orientado por los principios dados por la escuela francesa de servicios públicos (Mercado Gazabón, 2013).

Cabe resaltar que dicha teoría no aplica en este momento a la realidad jurídica del estado colombiano ya que la misma identifica a los servicios públicos como actividades de interés general que deben ser prestadas por entidades estatales bajo un régimen jurídico de carácter especial, sin embargo, en la actualidad en Colombia si bien puede considerarse que la prestación de servicios públicos son inherentes a la finalidad social del estado y es deber del mismo asegurar la prestación eficiente de los mismos, no necesariamente el estado debe realizar la prestación de manera directa ya que con la expedición de la Constitución Política de 1991 se habilitó a los particulares para la prestación de estos servicios públicos.

### **1.1 Noción de servicio publico**

La concepción inicial del servicio público tiene origen en Francia donde se expresan dos dimensiones sobre el servicio público, una subjetiva que depende de quien realice la actividad y otra objetiva que depende de la actividad que se realiza. Así entonces en primer lugar solo se contemplan las actividades que son directamente prestadas por el estado y el segundo aspecto se relaciona con las necesidades de los ciudadanos, ya que un servicio público debe entenderse como una actividad de interés general (Maldonado Gómez, 2010).

El artículo 365 de la Constitución deja claro que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del estado social de derecho, y es deber del estado garantizar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio colombiano, de igual manera se expresa que podrán ser prestados por el estado de manera directa y se faculta también a los particulares para que concurren en la prestación de los servicios públicos, teniendo en cuenta que mientras el estado lo hizo de manera exclusiva la cobertura y la eficiencia en la prestación no fue óptima, sin embargo la regulación de dichos servicios será una función que cumplirá el estado.

Es claro que en materia de Servicios Públicos, la Constitución de 1991 en su artículo 365 da un viraje a la forma de concebirlas al establecer que (i) son inherentes a la finalidad social del Estado, (ii) que es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, manteniendo con todo la regulación, el control y la vigilancia de los mismos y (iii) que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares (Arias García, 2008, p.78).

Se entiende entonces que la Constitución de 1991 impuso la obligación al estado de prestar los servicios públicos bajo criterios de eficiencia y calidad a toda la población que se encuentra dentro del territorio colombiano, para lo cual progresivamente se ha ido ampliando la cobertura y se han desarrollado mecanismos como los subsidios que permiten que las personas de estratos bajos puedan acceder a la prestación de estos servicios sin que su condición de pobreza resulte un impedimento para esto.

Así entonces la Corte Constitucional en su sentencia C-450 de 1995 sostiene que se está frente a un servicio público cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto,

vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales, la cual puede darse por el estado de forma directa o por un particular.

La Constitución no determina las distintas categorías de servicios públicos que puedan existir en la práctica, en particular los referidos a la protección y realización de derechos fundamentales que se agruparían bajo la denominación de servicios públicos esenciales, pero si se atiende a las finalidades y a los recursos que se asignan a ciertos servicios públicos en la Carta, es posible deducir su esencialidad. Por ejemplo, el Artículo 366 de la C. P., al establecer como fines sociales del Estado el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, dispone como objeto fundamental de la actividad estatal “la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental, y de agua potable” (Echeverri Uruburu, 2013, p.118).

Cabe resaltar Así entonces la categorización de servicios públicos domiciliarios atiende a un concepto legal dado en la Ley 142 de 1994 por la cual se estableció en Colombia el Régimen de los servicios públicos domiciliarios en el cual profundizaremos de manera integral a continuación.

## **1.2 Servicios públicos domiciliarios:**

Los servicios públicos domiciliarios de acuerdo a lo establecido en la Ley 142 de 1994 son los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural, la Corte Constitucional ha hecho referencia a la importancia de la eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de la siguiente manera:

El contenido social de los fines del Estado se desarrolla de manera particular en los servicios públicos domiciliarios, en la medida en que se orientan a satisfacer las necesidades básicas esenciales de las personas. Por lo tanto, “la idea de tales servicios no puede concebirse en otra forma, teniendo en cuenta el inescindible vínculo existente entre la prestación de los mismos y la efectividad de ciertas garantías y derechos constitucionales fundamentales de las personas, que constituyen razón de la existencia de la parte orgánica de la Carta y de la estructura y ejercicio del poder público. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc (Corte Constitucional, Sentencia C353 de 2006).

Así entonces tal y como lo indica la corte la prestación de servicios públicos domiciliarios tiene una conexidad evidente con las condiciones de vida digna de los ciudadanos y por ende el ejercicio de sus derechos fundamentales, de ahí que la prestación eficiente de los mismos represente para el estado un objetivo esencial, por lo que se reserva la facultad de regulación en esta materia.

El Presidente de la República es titular de un poder reglamentario ordinario de la ley en materia de servicios públicos domiciliarios, que tiene fundamento en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución; pero, además, posee un poder reglamentario especial que emana del artículo 370 de la Constitución para fijar las políticas generales de administración y de control de eficiencia de los servicios. El marco normativo general, constitucional, legal y reglamentario que rige las actividades constitutivas de los servicios públicos domiciliarios vincula y es aplicable a las entidades territoriales prestatarias de estos; sin embargo, no excluye la competencia que corresponde a las asambleas y concejos para reglamentar la eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de los departamentos, los municipios y los distritos, aunque las normas

que expidan deben sujetarse a los ordenamientos superiores (Barrera Carbonell, 2000, p.22).

La facultad de regulación en materia de servicios públicos domiciliarios dada al presidente de la República por mandato constitucional ha sido delegada a Unidades Administrativas Especiales denominadas Comisiones de Regulación quienes tienen a su cargo la elaboración y expedición de regulación económica de los servicios públicos domiciliarios, dicha figura proviene de las agencias reguladoras creadas en Estados Unidos con la finalidad de garantizar la independencia en las materias reguladas y la autonomía de las mismas.

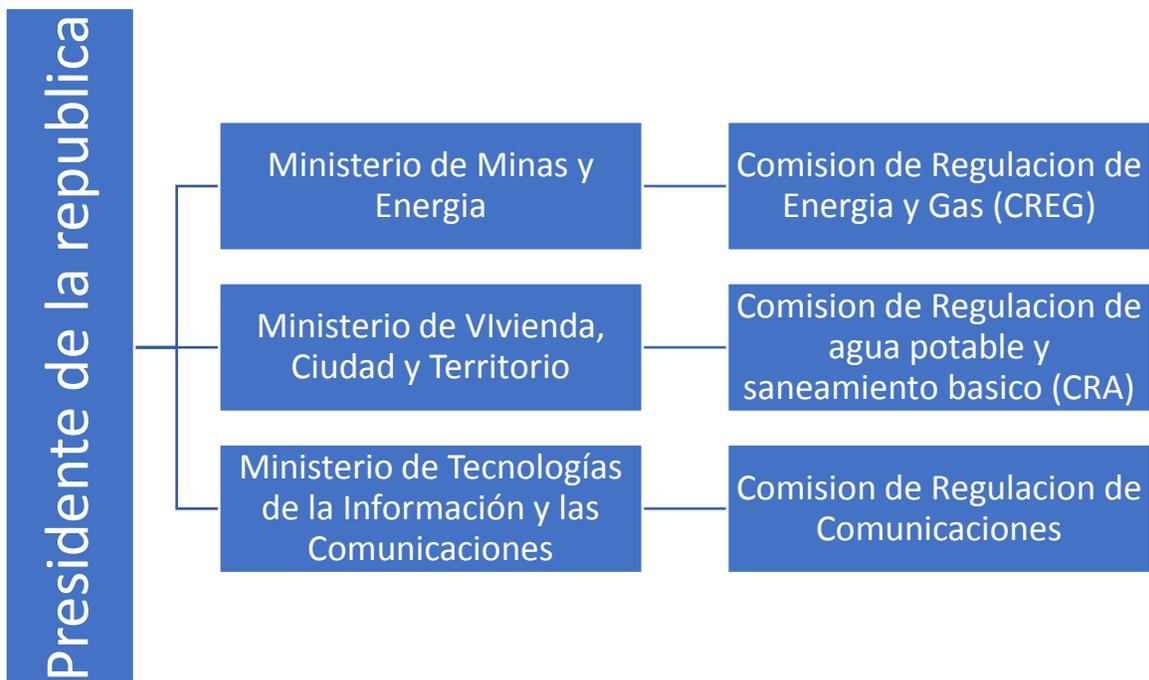
El antecedente de las comisiones de regulación es la Junta Nacional de Tarifas de servicios públicos la cual se creó mediante el decreto 3069 de 1968 y tenía la función de controlar y vigilar las tarifas de acueducto, alcantarillado y energía eléctrica y posteriormente hacia el año 1970 se le adjudica el establecimiento de políticas de precio, la aplicación y fijación de tarifas de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica y se adicionaron los servicios de recolección de basuras, telefonía, telégrafos y correo, se esa forma se ampliaron sustancialmente las funciones de esta entidad que posteriormente abriría paso a la creación de las comisiones de regulación (Lenis Mejía, 2003).

Bajo tal contexto y características del sector de generación colombiano, es probable encontrar escenarios en los que la demanda supera a la oferta y por lo tanto se produzcan racionamientos en el servicio, lo que representaría altos costos a nivel social, económico y político. Por dicha razón, y teniendo en cuenta que, en Colombia, a pesar de que la energía está definida como un bien privado, la confiabilidad está definida por la ley como un bien público que debe ser garantizado por el Estado; por lo tanto, se hace necesaria la intervención del mismo para asegurar la confiabilidad en el abastecimiento de

energía y la protección de los usuarios finales contra precios altos o racionamientos (Botero Duque, García & Velásquez, 2015, p.106)

Posteriormente la constitución de 1991 consagra una serie de disposiciones especiales en materia de servicios públicos domiciliarios que ya han sido mencionados anteriormente, y en el año 1992 se expidió la Ley 142 que corresponde al régimen de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, en el cual se crearon las comisiones de regulación como unidades administrativas especiales sin personería jurídica, las mismas se encuentran adscritas a un ministerio pero gozan de autonomía e independencia administrativa, patrimonial y técnica.

**Figura 1. Comisiones de regulación y Adscripción a ministerios**



Fuente: Elaboración Propia, (2017).

La Corte Constitucional se ha referido a las funciones delegadas a las comisiones de regulación por parte del presidente de la República y ha indicado que a pesar de la independencia que tienen las mismas, se encuentran sujetas a subordinación presidencial ya que el ministro del ramo correspondiente a cada una las preside, dicha subordinación no supone una causal de inconstitucionalidad en el entendido que la figura de delegación supone siempre subordinación ante el delegante de la función (Corte Constitucional, Sentencia C272 de 1998).

Por otra parte, la inspección, vigilancia y control de las empresas de los servicios prestadores se encuentra a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, entidad que cumple la función de policía administrativa, se presenta entonces una dualidad en cuanto a las entidades que regulan y vigilan la prestación ya que por un lado las comisiones de regulación emiten la regulación económica a las cuales se deben someter las empresas prestadoras y por otro lado la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de dicha regulación es función de la Superintendencia.

## **2. Servicio público domiciliario de energía eléctrica en Colombia**

El sector eléctrico colombiano ha tenido una evolución importante desde la expedición de la Ley 142 de 1994 (Régimen de servicios públicos domiciliarios) y la Ley 143 de 1994 (Régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional), la cobertura de la prestación de este servicio ha aumentado de manera significativa y el sector se ha fortalecido y robustecido debido a la construcción de infraestructura que permite garantizar la eficiente prestación de este servicio público.

La prestación del servicio de energía eléctrica en Colombia se presenta de manera inicial por medio del SIN (Sistema Interconectado Nacional) en la mayoría de las

regiones del país, el cual está compuesto por las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización.

A finales de los años sesenta, se conectaron sistemas eléctricos regionales diferentes y se materializó la Interconexión. Hoy se llama sistema interconectado al modelo integrador que hace posible el funcionamiento del sector eléctrico en Colombia, aquel donde se encuentran la generación y redes eléctricas para abastecer a todo el país. En él participa toda la cadena productiva: generadores, transmisores, distribuidores y comercializadores, y conforman el Mercado de Energía Mayorista colombiano (Twenergy, 2017).

En los municipios donde por circunstancias geográficas no se cuenta con el sistema interconectado se presta el servicio de energía eléctrica mediante empresas públicas o privadas que desarrollan las actividades de generación, distribución y comercialización conjuntamente, estos lugares se denominan para términos de prestación del servicio Zonas No Interconectadas (ZNI).

Las zonas no interconectadas (ZNI) son los municipios, corregimientos, localidades y caseríos no conectados al Sistema Interconectado Nacional (artículo 1 de la Ley 855 de 2003). Las empresas prestadoras del servicio público de energía eléctrica localizadas en las ZNI pueden desarrollar, en forma integrada, las actividades de generación, distribución y comercialización (artículo 74 de la Ley 143 de 1994). La metodología tarifaria aplicable a estas zonas está en la Resolución CREG-091 de 2007, excepto para el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. En dicha resolución se establecen las fórmulas para determinar los costos de las actividades de generación, distribución y comercialización de energía. En las ZNI la prestación del servicio se hace principalmente mediante plantas de generación diésel, paneles solares y pequeñas centrales hidroeléctricas (CREG, 2017).

Es relevante precisar la importancia del crecimiento de este sector, que radica en el aumento de la demanda de energía debido al aumento de la población urbana y rural y de proyectos industriales que demandan una gran cantidad de energía para su funcionamiento, es por esto que el sector requiere cierto dinamismo para poder suplir la demanda, la UPME (Unidad de Planeación Minero Energética) hace la siguiente proyección sobre la demanda.

**Tabla 1. Proyección % de crecimiento demanda de energía**

PROYECCIÓN DEE TOTAL NACIONAL%			
Año	Esc. Alto	Esc. Medio	Esc. Bajo
2017	3,4%	2,2%	0,9%
2018	5,6%	4,3%	3,1%
2019	3,2%	3,2%	3,2%
2020	3,2%	3,2%	3,3%
2021	3,2%	3,2%	3,2%
2022	2,7%	2,7%	2,7%
2023	2,3%	2,3%	2,3%
2024	2,5%	2,5%	2,5%
2025	2,6%	2,6%	2,6%
2026	2,6%	2,6%	2,6%
2027	2,7%	2,7%	2,7%
2028	2,7%	2,7%	2,7%
2029	2,8%	2,8%	2,8%
2030	2,8%	2,8%	2,8%
2031	2,9%	2,9%	2,9%

Fuente: UPME, (2017).

El crecimiento de la demanda es un fenómeno que se debe a diversos factores, como lo son el crecimiento poblacional, la alta utilización de herramientas tecnológicas, el crecimiento de las industrias, entre otros, esto representa un desafío que debe enfrentar el sector aumentando su infraestructura e incluyendo nuevas fuentes de generación de energía no convencional.

## 2.1 Funcionamiento del Mercado Mayorista en Colombia:

En la actualidad el Mercado Mayorista de Energía Eléctrica de Colombia está integrado por diversas entidades públicas y otras privadas que tienen funciones específicas asignadas, mediante las cuales se garantiza la prestación del servicio de energía eléctrica a todo el país, cada entidad es indispensable para lograr que el sistema eléctrico funcione de manera correcta y haya continuidad en la prestación de este servicio, en la siguiente grafica se puede observar de manera más clara las entidades y las funciones que se tienen a cargo.

**Figura 2. Entidades sector eléctrico colombiano**

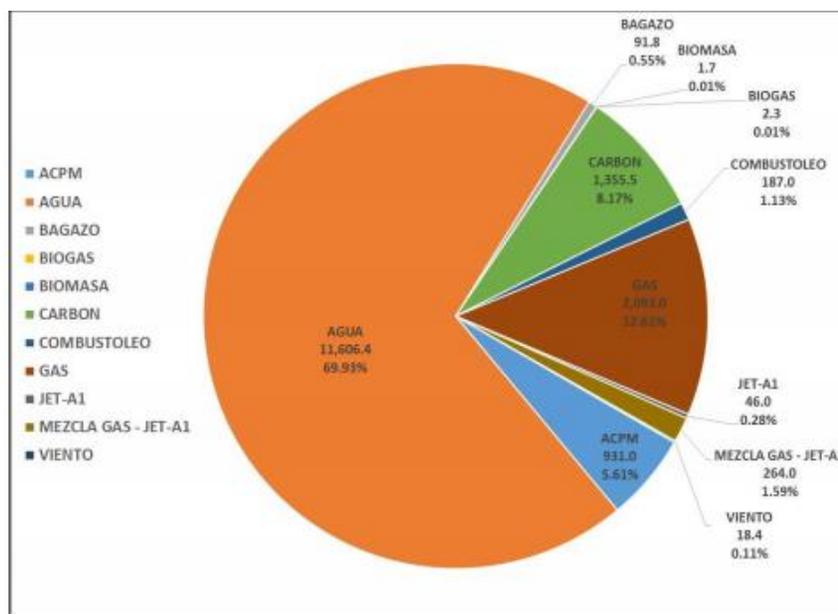


Fuente: Acolgen. (2016)

Como se puede observar el funcionamiento del sector eléctrico en Colombia cuenta con varios actores estatales que desarrollan labores fundamentales que han permitido que el sector se haya fortalecido en los últimos años, y haya superado crisis por fenómenos climatológicos como el fenómeno del niño presentado en el año 2016 y técnicos como las fallas en la represa de Guatapé.

La actividad de generación de energía eléctrica en Colombia se realiza fundamentalmente a partir de tecnología hidráulica, que es la energía generada a partir de represas que almacenan agua, para posteriormente convertirla en energía eléctrica, en menor medida se utiliza en Colombia la generación térmica o de fuentes no convencionales.

**Figura 3. Fuentes de generación de energía en Colombia**



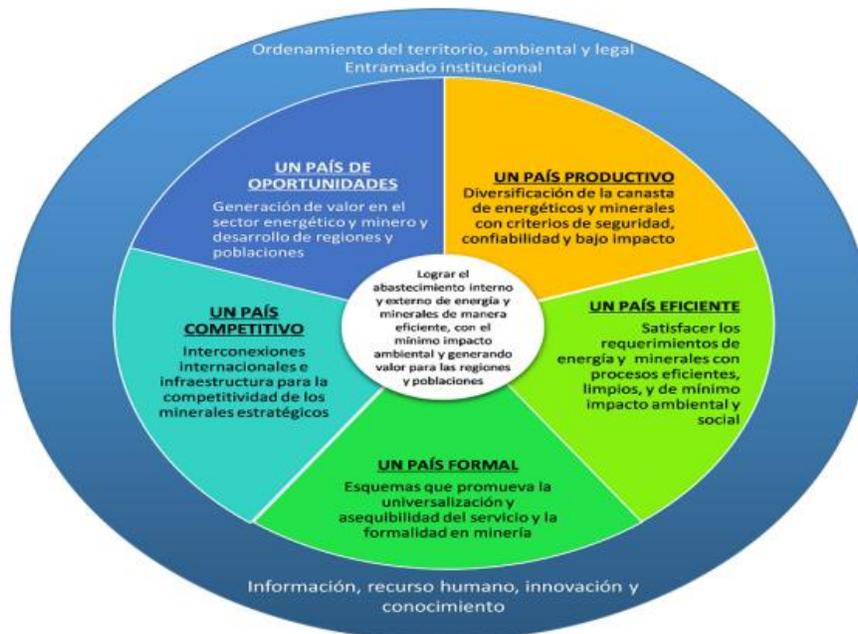
Fuente: UPME. (2016)

Puede observarse de acuerdo a esta grafica que Colombia ha centrado la generación de energía eléctrica a partir de agua, por lo que no se han hecho esfuerzos relevantes en incluir nuevas tecnologías que permitan diversificar la fuente primaria y depender en menor medida de los proyectos hidroeléctricos.

Colombia actualmente cuenta con el soporte de una actividad de generación sólida tanto en los recursos que posee, como en su infraestructura, pero a su vez debe fortalecer la planeación en lo referente a la generación, con el fin que los cambios climáticos no generen un riesgo de desabastecimiento de recursos para otorgar una atención oportuna y confiable al suministro de la demanda; al igual que el riesgo que se genera al encontrar una alta concentración de generadores, de los cuales dependa el suministro (Zapata Ramírez, 2011, p.31).

La ampliación de la infraestructura en materia energética es una necesidad notoria en la medida que la proyección de la demanda de energía aumenta cada año, en ese sentido se ha planeado la construcción de nuevos proyectos que permitan fortalecer el sistema y contar una mayor generación efectiva diaria. En ese sentido se han diseñado una serie de objetivos a largo plazo que permitirán robustecer el sistema eléctrico en Colombia.

**Figura 4. Objetivos del sector eléctrico colombiano**



Fuente: UPME, (2015).

De igual manera es preciso resaltar que el gobierno colombiano ha tenido en cuenta la necesidad de incorporar nuevas tecnologías en materia de generación de energía eléctrica, y aunque a la fecha se ha avanzado de manera lenta en el tema, la política propuesta en el ideario del plan energético a 2050 se contempla una diversificación en la canasta de energéticos para asegurar la eficiencia y la confiabilidad del sistema eléctrico.

Para lograr una canasta energética diversificada se requiere, por un lado, la adopción de nuevas tecnologías en la extracción de hidrocarburos, equipos de generación a pequeña escala (user-scale), las micro-redes, equipos diseñados o adaptados para trabajar con combustibles alternativos y vehículos eléctricos, entre otros. Y por el otro, se requieren grandes inversiones en infraestructura que posibiliten la explotación de hidrocarburos no convencionales, la importación de gas, la instalación de plantas de generación con fuentes renovables, y la construcción de redes de transporte de energéticos (UPME, 2015, p.84).

El gobierno colombiano en conjunto con las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica ha desarrollado una serie de estrategias que permitan mediante la construcción de nuevos proyectos y la inversión en la infraestructura eléctrica garantizar la confiabilidad en el suministro de energía para todos los habitantes del país, sin embargo, esas estrategias hoy encuentran una amenaza en la decisión expuesta por la Corte Constitucional en la Sentencia T-446 de 2016, tema que será analizado en mayor detalle en el siguiente capítulo.

### **3. Análisis de la Sentencia T-445 de 2016**

La sentencia T-445 de 2016 se centra en el problema jurídico de identificar si los entes municipales, por intermedio de una consulta popular y haciendo uso de su

competencia para regular el uso del suelo y garantizar un ambiente sano, pueden prohibir o excluir de la totalidad de su territorio la actividad minera.

En primer lugar, es necesario resaltar que la Consulta popular es un mecanismo de participación ciudadana creado por la Constitución Política de 1991, el cual tiene como finalidad permitir a los habitantes del estado colombiano la participación en la toma de decisiones en las cuales puedan verse afectados sus intereses, el procedimiento que se adelanta para realizarlo es el que se describe a continuación

Este mecanismo de participación consiste en la consulta que realiza a la ciudadanía el Presidente de la República, el Gobernador de un Departamento o el Alcalde Municipal sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental o local respectivamente. El mecanismo es el siguiente: El ejecutivo elabora la pregunta que se le va consultar a la ciudadanía que solo puede tener como respuesta sí o no. Esa iniciativa es presentada al Senado si es Nacional, la Asamblea en el caso de los Departamentos y el Concejo en el caso de los municipios con la finalidad que estos organismos aprueben la conveniencia de realizar la consulta. Una vez recibida esta aprobación y para las consultas departamentales y locales, se realiza un examen de la pregunta por parte del Tribunal Administrativo para que informe si la pregunta a realizar se encuentra acorde a la Constitución Política. Una vez el Senado aprueba la consulta, la misma se realizará dentro de los cuatro meses siguientes, en el caso de las consultas departamentales y locales se realiza dentro de los dos meses siguientes (Garcés Villamil & Rapalino Bautista, 2016, p.56).

De modo entonces que la consulta popular es una herramienta diseñada con el fin de consultar a los ciudadanos si están de acuerdo o no con la toma de ciertas decisiones, dicha consulta en materia de proyectos mineros y energéticos estaban diseñadas de manera exclusiva para comunidades étnicas e indígenas por la

afectación que la ejecución de estos proyectos pudiera presentar al desarrollo social, económico y cultural de dichas comunidades.

En la sentencia T-445 de 2016 la Corte Constitucional sin embargo hace énfasis en la autonomía territorial de los municipios en Colombia, haciendo precisión que en materia de ordenamiento territorial debe estar sujeto a las disposiciones legales y constitucionales, sin que esto sea excusa para que el legislador o las entidades del gobierno se inmiscuyan en las decisiones de las autoridades municipales y sus habitantes.

Ese diseño constitucional implica, entonces, la necesidad de armonizar los principios de unidad y de autonomía, que se encuentran en tensión. Para lograr esto la Corte ha reconocido la existencia de un sistema de limitaciones recíprocas, en el que el concepto de autonomía territorial se encuentra restringido por el de unidad, y a la inversa, la unidad se encuentra circunscrita por el núcleo esencial de la autonomía. Por tal motivo, la interpretación y aplicación de estos principios debe estar encaminada a obtener su pleno equilibrio y coexistencia, sin que ninguno de ellos sea absoluto en perjuicio del otro: el concepto de unidad del Estado colombiano no puede ser utilizado como pretexto para desconocer la capacidad de autogestión de las entidades territoriales, y a su turno, la autonomía de las entidades territoriales no puede ser entendida de manera omnímoda, hasta el punto de hacer nugatorias las competencias naturales de las instancias territoriales centrales (Corte Constitucional, Sentencia T445 de 2016).

En esta misma providencia la Corte Constitucional hace una evolución minuciosa de la política minera existente en Colombia, y de los impactos ambientales que generan las actividades extractivas, en ese sentido la corporación vuelve sobre los pronunciamientos que ha realizado anteriormente sobre la importancia de

preservar los recursos naturales y desarrollar actividades sostenibles que permitan los menores impactos posibles cuando se realizan este tipo de actividades.

Muchas son las críticas que se han suscitado frente a la decisión de la Corte Constitucional en la medida que se han limitado preceptos constitucionales como la propiedad de los recursos hallados en el subsuelo, y se ha desconocido que las actividades extractivas son de interés nacional y no pueden suscribirse solo al ámbito local.

Admitir la consulta local para estos efectos implica permitir que las autoridades municipales limiten una actividad de utilidad pública e interés nacional, como es la minería. Pero esta limitación debería ser planteada única y exclusivamente por el presidente de la República para que sea todo el pueblo colombiano quien decida si quiere limitar una actividad industrial que trasciende la esfera de lo local. En efecto, ni los beneficios ni los costos (económicos, sociales o ambientales) de un proyecto minero se limitan al ámbito local, sino que afectan al país en su conjunto y al fisco nacional. Por eso la minería es una actividad de “utilidad pública e interés social”, y por eso así lo establece el artículo 13 del Código de Minas (Razón Pública., 2017).

Sin embargo, no se realiza este análisis de manera independiente con los proyectos energéticos, que si bien es cierto generan una serie de impactos ambientales, no pueden equipararse a los que se derivan de actividades mineras, en ese sentido no es consecuente que no se realice un análisis independiente.

Las hidroeléctricas como megaproyectos, son analizados, en su mayoría, en tres aspectos fundamentales, donde se habla del impacto social, económico y ambiental. De esta manera cuando se determina o se mide el impacto ambiental, subyace la necesidad de crear un plan de manejo ambiental que permita construir programas para mitigar, compensar, prevenir y al mismo

tiempo actúe en los efectos ambientales que este tipo de proyectos generan. Por otro lado, el carácter biótico hace referencia a la flora, fauna y demás aspectos que en su medida afectan el ecosistema del territorio. El impacto ambiental es entonces un factor que está en primer renglón de los megaproyectos, es inquebrantable no contar con aquellos cambios o transformaciones del medio ambiente, el cual es constituido por una gran cantidad de flora y fauna, patrimonios naturales y el cambio del clima en la región (Usuga Montoya, 2014, p.10).

De esta manera resulta evidente que la Corte Constitucional no realizó un análisis objetivo de los impactos negativos que puede representar el sometimiento a consulta previa de los proyectos eléctricos en materia de la eficiencia en la prestación del servicio, contrario sensu, se limitó a realizar un análisis específico de los proyectos mineros y el impacto que pueden generar los mismos. Cabe resaltar que la construcción de proyectos hidroeléctricos se realiza de acuerdo a la proyección del crecimiento de la demanda, con esta información se realizan los planes de expansión que permitan que el sector eléctrico colombiano pueda responder de manera satisfactoria a las necesidades en materia de energía eléctrica de los habitantes del país, por lo cual estos proyectos resultan necesarios para el país.

En el análisis expuesto resulta notorio que la decisión expuesta por la Corte Constitucional puede llegar a afectar la eficiencia en la prestación del servicio de energía eléctrica, lo cual es una obligación expresada en la constitución política de 1991, ya que como esta lo predica la prestación de servicios públicos es inherente al fin social del estado Social de Derecho adoptado por la carta política, en ese sentido y teniendo en cuenta que la corte constitucional no realizó un análisis concreto sobre los proyectos hidroeléctricos se está ante una cosa juzgada aparente, de la cual sería viable solicitarle a la Corte que vuelva sobre su decisión

y analice de manera independiente el tema de los proyectos hidroeléctricos en consideración a lo expuesto en el desarrollo de este artículo de investigación.

## **Conclusiones**

Esta investigación permite identificar la problemática que surge de la decisión de la Corte Constitucional expresada en la Sentencia T-445 de 2016, la cual exige la realización de consultas previas con las comunidades, para la puesta en marcha proyectos minero energéticos, ya que analiza con detenimiento el funcionamiento actual del sector y la necesidad de contar con un parque generador más amplio en consideración a la proyección de crecimiento de la demanda que se ha realizado para los próximos años.

La Corte Constitucional en la sentencia T-445 de 2016 hace precisión en que se debe consultar con las comunidades previamente a la realización de proyectos mineros, esto motivado en gran medida por los impactos ambientales que se venían presentando con el desarrollo de actividades extractivas en el territorio colombiano, sin embargo, en esta sentencia se incluyeron también los proyectos energéticos sin que la Corte en su parte motiva realizara una consideración real de los impactos ambientales que causan estos proyectos, en esa medida la equiparación que se hizo de estos proyectos a los mineros no es justificable, ya que los estudios realizados hasta la fecha en materia de construcción de proyectos hidroeléctricos dan cuenta de unos efectos ambientales distintos a los expresados en la sentencia.

Desde la investigación se evidenció que podría esta sentencia contemplar un caso de cosa juzgada aparente en la medida que no se hizo referencia expresa en la parte motiva de la sentencia a la afectación que causan los proyectos hidroeléctricos, sino que se incluyeron en la decisión bajo el argumento que los habitantes de un territorio deben participar de manera activa en las decisiones de

los afectan, de manera que se equiparo la afectación producida por los proyectos mineros y la que se deriva de proyectos hidroeléctricos, sin tener en cuenta que estos proyectos son necesarios en la medida que el estado está obligado a garantizar la efectiva prestación de los servicios públicos, entre estos el servicio público domiciliario de energía eléctrica.

Así entonces en la medida que esta decisión conlleva a la posibilidad de que se frene la construcción de proyectos hidroeléctricos ante la negativa de las comunidades, el estado debe diseñar medidas que permitan hacer frente a este tipo de decisiones, lo que en cierto momento puede generar un conflicto entre las ramas del poder público, en el entendido que esta decisión de la Corte Constitucional podría en determinado momento poner en riesgo la prestación del servicio de energía eléctrica, lo cual es una obligación del estado impuesta por la Constitución Política de 1991.

Hasta la fecha el gobierno colombiano ha buscado diversificar las fuentes de generación de energía, para de esta manera fortalecer el sistema eléctrico en la medida que los proyectos de expansión en materia de construcción de Hidroelectricas sean visto frenados por la negativa que se han presentado en las consultas populares que se han realizado para la construcción de Hidroelectricas, sin embargo, no se tendrá una valoración del impacto real de la decisión hasta el momento en que se vea amenazado el suministro de energía en el país.

Así mismo es necesario que se den a conocer los riesgos de la no ejecución de proyectos energéticos, y es necesario también que frente a la decisión de la Corte Constitucional se adopten una serie de medidas que permitan la socialización de los planes de manejo ambiental con las comunidades donde se tienen presupuestados la realización de estos proyectos, ya que esto permitirá una votación más consiente donde se evalúen los pros y los contras de la construcción de un proyecto.

## Referencias

- Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica -ACOLGEN-. (2016). Cómo funciona el sistema eléctrico nacional. Recuperado de <http://www.acolgen.org.co/index.php/sectores-de-generacion/como-funciona-el-sistema-electrico-nacional>
- Arias García, F. (2008). La consideración de los servicios públicos domiciliarios como actividad económica bajo el clausulado del estado social de derecho. *Principia Iuris*, 10(10). Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/492/515>
- Barrera Carbonell, A. (2000). REGULACION EN SERVICIOS PÚBLICOS\*. *Revista De Derecho Público*, 11(31). Recuperado de [https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechopub/pub218.pdf](https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub218.pdf)
- Barreto Moreno, A. (2011). La teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la década de los treinta. *Opinión Jurídica*, 10(20). Recuperado de <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/545/494>
- Botero Duque, J., García, J., & Velásquez, H. (2015). Efectos del cargo por confiabilidad sobre el precio spot de la energía eléctrica en Colombia. *Cuadernos De Economía*, 35(68), 491-519. doi: 10.15446/cuad.econ.v35n68.52732
- CREG. (2017). Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG - Zonas no interconectadas - ZNI. [Creg.gov.co](http://www.creg.gov.co). Recuperado 10 de octubre de 2017, a partir de <http://www.creg.gov.co/index.php/sectores/energia/zni-energia>

Echeverri Uruburu, Á. (2013). La noción del servicio público y el Estado social de derecho. El caso colombiano. *Novum Jus*, 7(2), 111-127. <http://dx.doi.org/10.14718/novumjus.2013.7.2.4>

Garcés Villamil, M., & Rapalino Bautista, W. (2016). La Consulta Popular como mecanismo de participación ciudadana para evitar actividades mineras. *Justicia Juris*, 11(1), 52. <http://dx.doi.org/10.15665/rj.v11i1.617>

Lenis Mejía, A. (2003). Regulación económica de los servicios públicos. El papel de las agencias reguladoras (Tesis de Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana. <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS26.pdf>

Maldonado Gómez, T. (2010). La noción de servicio público a partir de la concepción del Estado Social de Derecho. *Actualidad Jurídica*, 1(1), 54 - 62. Recuperado de <https://www.uninorte.edu.co/documents/4368250/0/La+noci%C3%B3n+servicio+publico+concepci%C3%B3n+Estado+Social+de+derecho/2456ba68-9191-4662-885f-c4c1dda75ac4?version=1.1>

Mercado Gazabón, A. (2013). La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia: El sistema jurídico, la función social de la propiedad y la teoría de los servicios públicos. (Tesis de Maestría). Universidad Colegio mayor Nuestra señora del Rosario. Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/5003/52715172-2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Razón Publica. (2017). Consultas populares contra la minería: un despropósito jurídico, económico y ambiental. Bogotá. Recuperado a partir de <https://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/10165-consultas-populares-contra-la-miner%C3%ADa-un-desprop%C3%B3sito-jur%C3%ADdico-econ%C3%B3mico-y-ambiental.html>

- Twenergy. (2017). Guía para entender el sistema interconectado nacional colombiano - Twenergy. Twenergy.com. Recuperado el 03 de Octubre de 2017, de <https://twenergy.com/co/a/guia-para-entender-el-sistema-interconectado-nacional-colombiano-2233>
- UPME. (2016). Informe mensual de variables de generación y del mercado eléctrico colombiano. Bogotá. Recuperado de [http://www.siel.gov.co/portals/0/generacion/2016/Segui\\_variables\\_dic\\_2016.pdf](http://www.siel.gov.co/portals/0/generacion/2016/Segui_variables_dic_2016.pdf)
- UPME. (2015). Plan energético nacional Colombia: ideario energético 2050. Bogotá. Recuperado a partir de [http://www.upme.gov.co/docs/pen/pen\\_idearioenergetico2050.pdf](http://www.upme.gov.co/docs/pen/pen_idearioenergetico2050.pdf)
- UPME. (2017). Proyección De La Demanda De Energía Eléctrica Y Potencia Máxima En Colombia. Bogotá. Recuperado de [http://www.siel.gov.co/siel/documentos/documentacion/Demanda/UPME\\_Proyeccion\\_Demanda\\_Energia\\_Julio\\_2017.pdf](http://www.siel.gov.co/siel/documentos/documentacion/Demanda/UPME_Proyeccion_Demanda_Energia_Julio_2017.pdf)
- Usuga Montoya, E. (2014). Impactos sociales y económicos de la hidroeléctrica en Ituango (Tesis de Pregrado). Medellín: Universidad de Medellín. Recuperado de [http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/2154/TG\\_AE\\_3.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/2154/TG_AE_3.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Zapata Ramírez, C. (2011). Evaluación del comportamiento de la competencia en la actividad de generación de energía en el mercado mayorista colombiano, bajo condiciones de oligopolio (Tesis de Maestría). Manizales: Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/4756/1/7709530.2011.pdf>

**Jurisprudencia**

Corte Constitucional de Colombia (1998), Sentencia C-272 de junio 3. M.P Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia (2006), Sentencia C-353 mayo 9. M.P Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C- 445 de julio 16. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.