



**Comisión de Regulación
de Energía y Gas**

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA
PROPUESTA REGULATORIA PARA LA
IMPLEMENTACIÓN DEL MERCADO
ORGANIZADO, MOR.**

**DOCUMENTO CREG-073
7 de julio de 2011**

**CIRCULACIÓN:
MIEMBROS DE LA COMISIÓN DE
REGULACIÓN DE ENERGÍA Y
GAS**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PROPUESTA REGULATORIA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL MERCADO ORGANIZADO, MOR.

1 ANTECEDENTES

Mediante la Resolución CREG 007 de enero 16 de 2004, la CREG sometió a consideración de los agentes y demás interesados una propuesta regulatoria sobre las características y el funcionamiento de un Sistema Electrónico de Contratación en el Mercado de Energía Mayorista. La propuesta buscaba atender y corregir deficiencias identificadas por la CREG en el funcionamiento del mercado de contratos bilaterales. La adopción e implementación de la propuesta no fue posible por haberse identificado requerimientos de carácter técnico que la hicieron inviable para el momento.

En el año 2006 mediante el Documento CREG 065 de 2006 la Comisión presentó una propuesta para la adopción de un Mercado Organizado para la compra de energía con destino a la demanda regulada. La propuesta surgió como resultado de los análisis hechos por la Comisión en los cuales se evidenció nuevamente los problemas en el esquema de contratación bilateral de energía con destino al mercado regulado el cual no garantiza la formación eficiente y transparente de los precios para este mercado. La propuesta fue publicada para comentarios.

Con base en la propuesta planteada en el Documento CREG 065 de 2006 se contrató al profesor Peter Cramton para realizar el diseño de la subasta a implementar. La propuesta del profesor Cramton fue publicada y presentada a la industria para sus comentarios.

Posteriormente y con fundamento en el trabajo realizado anteriormente la Comisión aprobó y presentó una nueva propuesta contenida en el Documento CREG 077 de 2008 Documento de Trabajo “Mercado Organizado para la Demanda Regulada – MOR”. Dicho documento fue publicado para comentarios de los agentes y demás interesados.

Analizados los comentarios remitidos por los interesados se hicieron los ajustes que se consideraron pertinentes y la Comisión aprobó las propuestas regulatoria contenidas en la Resoluciones CREG 023 y CREG 069 de 2009, las publicó y presentó para consideración de la industria.

2 INTRODUCCIÓN

Revisados los comentarios remitidos por los agentes y por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se considera pertinente presentar un análisis de los fundamentos jurídicos de la propuesta contenida en las resoluciones mencionadas. Al respecto se observa que la propuesta para la implementación del Mercado Organizado comparte los mismos fundamentos jurídicos que dieron lugar a la propuesta del Sistema Electrónico de Contratación –SEC, contenida en la Resolución CREG 007 de 2004.

Consecuentemente este documento reproduce en su mayoría el documento CREG 031 de 2005¹ en el que se analizó y presentó el sustento jurídico de dicha resolución.

A continuación se presenta una revisión de los aspectos generales del mercado mayorista, tales como sus características legales, los principios rectores, la sujeción del mercado y de sus participantes a la regulación de la CREG, el alcance de la competencia de la CREG, y las operaciones que actualmente se llevan a cabo en dicho mercado. También se incluye una revisión de los objetivos legales perseguidos con la propuesta y el análisis específico sobre su efecto en relación con la libertad contractual de los agentes del mercado.

3 ASPECTOS GENERALES DEL MERCADO MAYORISTA.

3.1 Características Legales del Mercado Mayorista de Energía.

Las Leyes 142 y 143 de 1994 previeron la existencia de un Mercado Mayorista de energía eléctrica, que esta última ley define como:

“...el mercado de grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el Sistema Interconectado Nacional, con sujeción al Reglamento de Operación”. (Art. 11).

En esta definición están contenidos los siguientes elementos o características esenciales del Mercado Mayorista:

- El bien o producto sobre el que se transa es la energía eléctrica en grandes bloques. No se trata de un mercado creado para la venta de energía al detal.
- Se realizan operaciones de compra y venta de energía eléctrica.
- Los agentes participantes son las empresas generadoras y las comercializadoras de energía.
- El ámbito espacial de este Mercado está determinado por el Sistema Interconectado Nacional. Según las definiciones contenidas en la Ley 143 de 1994^[2], este Sistema incluye el conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, incluyendo las interconexiones internacionales, destinadas al

¹ El aparte de este documento en el que se analiza la Libertad Contractual (Numerales 5, 5.1 y 5.2), es el mismo que fue publicado por su autor intelectual, en la Revista Iusta, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Edición No. 25 Julio- Diciembre de 2006.

² Art. 11: *“Sistema Interconectado Nacional. Es el sistema compuesto por los siguientes elementos conectados entre si: las plantas y equipos de generación, la red de interconexión, las redes regionales e interregionales de transmisión, las redes de distribución, y las cargas eléctricas de los usuarios”.*

“Red Nacional de Interconexión. Conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, incluyendo las interconexiones internacionales, destinadas al servicio de todos los integrantes del sistema interconectado nacional”.

servicio de todos los integrantes del sistema interconectado, las redes regionales e interregionales de transmisión, las redes de distribución, y las cargas eléctricas de los usuarios.

- Se trata de un mercado reglado, en tanto debe regirse por las leyes 142 y 143 de 1994, y por el Reglamento de Operación que debe expedir la CREG para regular su funcionamiento.

El Mercado Mayorista de energía, en esencia, no es otra cosa que un mecanismo de transacciones para el abastecimiento de la energía eléctrica. Por ende, su funcionamiento debe direccionar a la búsqueda de la prestación eficiente de este servicio, definido como público, de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de utilidad pública (Constitución Política, art. 365; Ley 142/94, art. 4; Ley 143/94, art. 5).

En cuanto a su fin, debe tenerse en cuenta que la razón de ser del mercado no es la existencia misma del mercado. El fin no es el mercado. Se trata de un mecanismo que tiene como fin la asignación eficiente de bienes y servicios necesarios para la prestación del servicio público de electricidad a todos los habitantes del territorio nacional.

Las previsiones legales que dieron origen a este Mercado descansan sobre el postulado de la teoría económica, según el cual, por el juego de la oferta y la demanda en un mercado competitivo se obtienen precios eficientes que deben beneficiar al usuario. Y esta razón, según lo señaló la H. Corte Constitucional, en Sentencia C-150 de 2003, es lo que justifica la constitucionalidad de las normas expedidas por el legislador para someter los servicios públicos a un sistema de precios resultantes de un mercado en competencia.

Como lo señaló la H. Corte Constitucional, en la citada sentencia, el mercado constituye un mecanismo utilizado por el legislador para controlar la eficiencia del servicio público de energía eléctrica, mediante la aplicación de las teorías económicas sobre la eficiencia en un mercado económico competitivo.

3.2 Principios rectores del Mercado Mayorista.

Son principios rectores del Mercado Mayorista, entre otros:

- Libertad económica dentro de los límites del bien común (Const. Pol. Art. 333);
- Libre competencia, que supone responsabilidades (Const. Pol. Art. 333; Ley 143/94, Art. 7);
- Libertad de empresa dentro de los límites del bien común (Const. Pol. Art. 333; Ley 142/94, Arts. 10 y 22; Ley 143/94, art. 7)
- Libertad de entrada y salida (Ley 143/94, art. 7);
- La no utilización abusiva de posición dominante (Const. Pol. Art. 333; Ley 142/94, Art. 2); y

- La intervención del Estado para racionalizar la economía (Const. Pol. Art. 334; Ley 142/94, Art. 2; Ley 143/94, Art. 11).

Más adelante, en este análisis, se precisará el contenido y alcance de estos principios.

3.3 La sujeción del mercado mayorista y sus agentes a la regulación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

La Constitución Política reconoce la libertad económica como un principio general, que resulta aplicable al mercado mayorista (art. 333). Sin embargo, esta libertad no es absoluta, sino que está limitada por el bien común. Adicionalmente, la Constitución previó la intervención del Estado en la economía, por mandato de la ley, con el fin de enderezar los intereses particulares hacia el cumplimiento de los objetivos prohijados por el interés general al que deben servir los mercados (art. 334).

El Mercado Mayorista privilegia el interés general en tanto debe ser un mecanismo de asignación eficiente de los bienes y servicios involucrados en la prestación del servicio de energía eléctrica, razón por la que los intereses particulares de sus agentes deben encauzarse hacia el cumplimiento de dicho fin.

La ley 142 de 1994 mandó la intervención del Estado, a través de la regulación, en el servicio público de energía eléctrica y en especial en el funcionamiento del Mercado de Energía Mayorista, que por involucrar intereses superiores y presentar imperfecciones no se pueden abandonar al libre juego del mercado, sino que necesitan de una “permanente función interventora del Estado”. Así lo ha señalado reiteradamente la H. Corte Constitucional³.

Expresamente la ley 142 de 1994, artículos 3, inciso final, 74.1 y 168; y la ley 143 de 1994, artículos 11 y 25, sometieron el funcionamiento del Mercado Mayorista y a quienes transan en dicho mercado al cumplimiento de la regulación de la CREG.

En efecto, la Ley 142 de 1994, estableció:

“ARTICULO 3.- Instrumentos de la intervención estatal. Constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley, especialmente las relativas a las siguientes materias:

3.1. (...)

3.3.- *Regulación de la prestación de los servicios públicos teniendo en cuenta las características de cada región; fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario.*

(...)

Todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, a todo lo que esta ley dispone para las empresas y sus administradores y, **en especial, a las regulaciones de las comisiones**, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos..." (Destacamos).

³ Ver, entre otras, sentencias C-1162 de 2000 y C-150 de 2003.

"ARTICULO 74.- Funciones especiales de las comisiones de regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

74.1.- De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.

a.- Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.

b.- Expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios;

c.- Establecer el reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía y gas combustible". (subrayamos).

ARTICULO 168.- Obligatoriedad del reglamento de operación. Las empresas que hagan parte del sistema interconectado nacional deberán cumplir con el reglamento de operación y con los acuerdos adoptados para la operación del mismo. En caso contrario se someterán a las sanciones previstas en ésta ley. (Destacamos).

Por su parte la Ley 143 de 1994, estableció:

Artículo 11.- Para interpretar y aplicar esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones generales:

Reglamento de Operación. Conjunto de principios, criterios y procedimientos establecidos para realizar el planeamiento, la coordinación y la ejecución de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica. El Reglamento de Operación comprende varios documentos que se organizarán conforme a los temas propios del funcionamiento del sistema interconectado nacional.

Mercado Mayorista. Es el mercado de grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el Sistema Interconectado Nacional, con sujeción al Reglamento de Operación. (Destacamos).

Artículo 25.- Los agentes económicos privados o públicos que hagan parte del sistema interconectado nacional deberán cumplir con el reglamento de operación y con los acuerdos adoptados para la operación del mismo. El incumplimiento de estas normas o acuerdos, dará lugar a las sanciones que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas o la autoridad respectiva según su competencia. (Destacamos).

Como se observa, son expresas, reiterativas y abundantes las normas de las leyes 142 y 143 de 1994 que establecen la obligatoriedad del Reglamento de Operación que expide la CREG para regular las operaciones del Mercado Mayorista.

Según estas normas, el mercado mayorista debe tener un conjunto de principios, criterios y procedimientos imperativos para su funcionamiento, los cuales deben estar definidos a través del Reglamento de Operación que expide la CREG. Y los citados artículos 168 de la ley 142 de 1994 y 25 de la ley 143 del mismo año, mandan expresamente que todos los agentes participantes de este mercado cumplan dicho Reglamento de Operación so pena de incurrir en las sanciones allí previstas.

Lo anterior permite concluir que las normas que conforman el Reglamento de Operación son de carácter imperativo porque las leyes 142 y 143 de 1994 le atribuyeron tal carácter.

3.4 Alcance de la competencia de la Comisión de Regulación de Energía y Gas para regular el funcionamiento del Mercado Mayorista.

a) *Facultad de expedir las normas para regular el funcionamiento del Mercado Mayorista.*

Venimos de señalar que la Ley 142 de 1994, artículo 74.1, literal c), expresamente atribuyó a la CREG la función y facultad especial de expedir el reglamento de operación para regular el funcionamiento del Mercado Mayorista de Energía.

Aplicando las definiciones de Reglamento de Operación y de Mercado Mayorista contenidas en el Artículo 11 de la Ley 143 de 1994, en virtud de esta función le corresponde a la CREG definir el conjunto de principios, criterios y procedimientos obligatorios que deben cumplir los generadores y comercializadores para realizar sus operaciones económicas en este Mercado.

Esta función comprende la regulación de todos los aspectos relativos al funcionamiento del Mercado Mayorista, incluidos los relacionados con su diseño, organización, los contratos que allí se celebran y todos los demás que sean necesarios para que se logren los fines atribuidos por la Constitución y la Ley al Mercado.

Sobre esta materia ha señalado específicamente la jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁴:

"La resolución 116 de 6 de noviembre de 1998, por la cual se reglamenta la limitación de suministro a comercializadores y/o distribuidores morosos, y se dictan otras disposiciones sobre garantías de los participantes en el mercado mayorista, como parte del reglamento de operación del Sistema Interconectado Nacional, fue expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, invocando sus atribuciones legales, en especial, las conferidas por las leyes 142 y 143 de 1994 y los decretos 1524 y 2253 del mismo año.

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Primera; Consejero Ponente, Dr. JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA, Sentencia de agosto 17 de 2000, expediente 5920.

El motivo relevante de la misma es el de la necesidad de reglamentar la adopción de programas de limitación de suministro a las comercializadores y/o distribuidores morosos que participan en el mercado mayorista de energía por el peligro para la adecuada prestación del servicio de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional representa dicha conducta, y, con ello, procurar el cumplimiento del Reglamento de operación y los acuerdos adoptados para la ejecución del mismo, so pena de las sanciones que establezca la misma Comisión.

Por lo anterior, el objeto sobre el cual recae el contenido de la resolución está referido en su mayor parte al contrato de suministro de energía, bajo la consideración de que éste se encuentra sujeto a la regulación que expida la Comisión, y atendiendo las causales de terminación del contrato de suministro previstas en el Código de Comercio. (Destacamos).

Los 13 artículos que comprende, están distribuidos así:

El 1º, que delimita el campo de aplicación de la resolución, que está dado por quienes generen, transmitan, distribuyan o comercialicen energía eléctrica y se encuentren registrados como agentes del mercado mayorista.

El 2º, trata de las garantías que deben otorgar los agentes del mercado mayorista para respaldar las transacciones en la Bolsa de Energía.

El 3º, (...)

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el mencionado contrato se inscribe en la operación del Sistema Interconectado Nacional, por cuanto rige las relaciones de agentes que intervienen en dicho Sistema a través del mercado mayorista de energía eléctrica, según se desprende del artículo 1º de la resolución, que determina el campo de aplicación de la misma está dado por la actividad de quienes se encuentran registrados como agentes de dicho Mercado, en cuanto generen, transmitan, distribuyan o comercialicen energía eléctrica. (Destacamos).

A su vez, la operación del mencionado Sistema y el Mercado Mayorista de Energía se deben cumplir o desarrollar bajo las disposiciones del Reglamento de Operaciones, según la definición que de éste recoge el artículo 11 de la Ley 143 de 1.994, a saber: 'conjunto de principios, criterios y procedimientos establecidos para realizar el planeamiento, la coordinación y la ejecución de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica'. (Destacamos).

Por su parte, el referido mercado es definido en el mismo artículo como 'el mercado de grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el Sistema Interconectado Nacional, con sujeción al Reglamento de operación'.

En consecuencia, las normas que regulan el contrato de suministro de energía, que lo es en bloque o al por mayor, toda vez que se celebra entre los agentes antes mencionados, necesariamente deben ser parte constitutiva del aludido reglamento de operación, ya que precisamente a través de dicho contrato es como se vende y se compra energía y potencia en el sistema interconectado nacional. (Destacamos).

Ahora bien, como quiera que ya fue precisado que este reglamento debe ser adoptado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, por lo dispuesto en los artículos 74.1 literal 'c', de la ley 142 y 23, literal 'i' de la ley 143 de 1994, ambas de 1.994, de suyo le incumbe a ella ocuparse de regular el referido contrato, de allí que sea apropiado que en el encabezamiento de la resolución se diga que la regulación que contiene se adopte "como parte del reglamento de operación del Sistema Interconectado Nacional". (Destacamos).

Si bien el contrato de suministro, en general, se encuentra regulado en los artículos 968 a 980 del Código de Comercio, y normas relativas a los contratos que sean concordantes con aquél, resulta que no es cierto que el mismo se encuentre regulado en su integridad, y, por tanto, para todo contrato de suministro por tales preceptos, sino que en ellos apenas se encuentra un marco general, tanto que el artículo 978 del mismo ordenamiento dispone que cuando la prestación que es objeto del suministro esté regulado por el Gobierno, el precio y "las condiciones" del contrato "se sujetarán a los respectivos reglamentos". (las negrillas son del original).

De modo que además de encontrar respaldo en la constitución y en la ley, el acto acusado resulta expresamente legitimado por el propio Código de Comercio, por cuanto es claro que se está ante un contrato de suministro especial, que está regulado por el gobierno, comprendido en el proceso de prestación de un servicio público domiciliario, que como es sabido obedecen a una especial regulación por expreso mandato de la Carta, en aras de asegurar la finalidad social del Estado, y su funcionamiento continuo, permanente y eficiente. (Destacamos).

(...)

En conclusión, la resolución acusada, en tanto se ocupa del contrato de suministro de energía no está modificando en modo alguno el Código de Comercio, sino que constituye apenas una regulación especial, que como tal no afecta para nada dicho código en lo referente al contrato de suministro de que él se ocupa, y que resulta complementaria, y si se quiere paralela a la regulación general en él contenida respecto de dicho contrato. Por consiguiente, no puede predicarse violación de las normas constitucionales de los órganos del Estado, y que el accionante engloba en el cargo genérico de violación del Estado Social de Derecho..." (subrayamos).

El anterior pronunciamiento fue reiterado por el H. Consejo de Estado, en sentencia de 30 de marzo de 2001⁵, donde además, entre otros aspectos, señaló:

"3. Naturaleza y alcance de la competencia de la CREG sobre la naturaleza de la litis.

Para abordar el punto, ha de tenerse en cuenta que los temas objeto de la controversia son dos, la fijación de la metodología para determinar los Niveles Mínimos operativos (inferior y superior) de los embalses del Sistema Interconectado Nacional y las reglas para determinar la intervención de Precios de Oferta, cuando los embalses se ubiquen por debajo del Nivel Mínimo Operativo Superior (...)

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Primera; Consejero Ponente: Doctor Manuel Santiago Urueta Ayola; Expediente No. 4957. Sentencia que se encuentra en firme, con recurso extraordinario de súplica, pendiente por resolver.

3.2. En cuanto al Reglamento de Operaciones, en la citada sentencia se anotó: "... la operación del mencionado Sistema y el Mercado Mayorista de Energía se deben cumplir o desarrollar bajo las disposiciones del Reglamento de Operaciones, según la definición que de éste recoge el artículo 11 de la Ley 143 de 1.994, a saber: **'conjunto de principios, criterios y procedimientos establecidos para realizar el planeamiento, la coordinación y la ejecución de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica'**. (Las negrillas son del original).

Así las cosas, se evidencia que los dos temas indicados, los Niveles Mínimos Operativos y la regulación de la Intervención de los Precios de Oferta, que a su vez tienen relación con el mercado de mayoristas de energía, corresponden a los asuntos objeto de dicho reglamento. De suerte que como se dijo en la sentencia citada, a propósito de las normas expedidas por la CREG para regular el contrato de suministro de energía en el mercado mayorista, cabe decir en esta oportunidad que las normas acusadas deben ser parte constitutiva del aludido Reglamento de Operaciones, ya que ellos son justamente aspectos de la operación del sistema, amén de que corresponden a elementos o factores del mercado de energía. (Destacamos).

(...)

De suerte que si los temas objeto de la presente demanda –fijación de la metodología para determinar los Niveles Mínimos Operativos y de las reglas de la Intervención de los Precios de Oferta-, son parte del Reglamento de Operaciones del Sistema Interconectado Nacional, y la **CREG** es la que debe expedir este reglamento, es obvio que ella tiene competencia para regularlos, por lo cual el cargo de incompetencia que de modo común se le formula a las tres resoluciones acusadas resulta infundado.

A lo expuesto vale agregar una razón que viene de ser comprensiva de las anteriores expuestas, y es la de que las medidas acusadas y el Reglamento de Operaciones del Sistema Interconectado Nacional, de cual forma parte, constituyen claras expresiones o herramientas de las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, cuyo señalamiento corresponde al Presidente de la República, según el artículo 370 de la C.P., atribución que como atrás se precisó, éste le delegó a la **CREG** mediante los decretos 1524 de 15 de julio de 1994 y 2253 de 1994, en desarrollo de la autorización dada en el antes transcrita artículo 68 de la Ley 142 de 1994.

Esta relación con el ejercicio de la atribución dada en el precitado artículo 370, es también un fundamento de la competencia de la **CREG** para regular los comentados temas, según lo dejó sentada la Sala en sentencia de 7 de octubre de 2000, Expediente 6022, con ponencia del Consejero doctor **Gabriel Eduardo Mendoza Martelo**, en la que se controvirtió la Resolución 042 de 31 de agosto de 1999 de la **CREG**, relativa a la competencia en el Mercado Mayorista de Electricidad..."

Por lo tanto, ya sea que se aprecien como normas constitutivas del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional, tal como se indica en el encabezamiento de las resoluciones acusadas, donde se dice que las reglas respectivas se adoptan 'como parte del reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional', o que se consideren como parte de las políticas de administración y control, que ciertamente lo son, de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, las medidas cuestionadas son de competencia de la **CREG**; sin que ello implique la creación directa de normas con fuerza de ley, o de derecho, como lo quiere hacer ver la actora, por cuanto lo que en rigor se hace es aplicar y

desarrollar normas legales y reglamentos superiores, como son los pertinentes de las leyes 142 y 143 de 1994 y los decretos que con base en ellas ha expedido el Gobierno Nacional. (Destacamos).

Lo anterior corresponde al necesario reparto de competencias entre los órganos del Estado, que en este caso se da tanto bajo las formas de desconcentración, por adscripción de funciones que hace la ley a la CREG, como de delegación administrativa, por decisión del propio Gobierno Nacional debidamente autorizado por la ley (...)".

De los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, afloran entre otras, las siguientes conclusiones:

- Está definida, tanto desde el punto de vista constitucional como legal, la competencia de la CREG para regular el funcionamiento del Mercado Mayorista a través del Reglamento de Operación, que se materializa en resoluciones de carácter general, impersonal y abstracto.
- En ejercicio de esta función, le compete a la CREG regular todos aquellos "elementos o factores del mercado mayorista", tales como los contratos que se celebran en dicho mercado para el suministro de la energía eléctrica, los niveles mínimos operativos, la intervención de precios de oferta, etc.
- El contrato para el suministro de energía es un instrumento indispensable para el funcionamiento del Mercado Mayorista, pues precisamente es a través de este instrumento que se compra y se vende energía. En tanto estos contratos dan forma jurídica a las operaciones económicas propias del funcionamiento de dicho mercado, le corresponde a la CREG establecer el régimen especial al que estarán sujetos.
- La adopción de un régimen especial mediante el Reglamento de Operación para los contratos que se celebran en el Mercado Mayorista para el suministro de la energía eléctrica, no constituye la creación directa o autónoma de normas con fuerza de ley, sino que se trata aplicar y desarrollar los mandatos superiores contenidos en las leyes 142 y 143 de 1994.

En igual sentido, la H. Corte Constitucional ha precisado la importancia del contrato como mecanismo indispensable para la organización y el funcionamiento de los mercados:

"...[T]eniendo en cuenta que el contrato es una de las principales herramientas para la circulación social de bienes y servicios, y el ejercicio simultáneo de derechos y obligaciones económicas, debe entenderse que "la libertad de contratación" es un elemento del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa. En efecto, el contrato resulta un instrumento indispensable para el desarrollo de la libertad de empresa ya que sin éste "no se concibe la interacción entre los diferentes agentes y unidades económicas y la configuración y funcionamiento de los mercados. Resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y

poder obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajena...⁶ (Destacamos).

No quedan dudas que siendo el contrato un instrumento indispensable para la organización y el funcionamiento del Mercado Mayorista, le corresponde a la CREG regularlo en ejercicio de la función especial de expedir el reglamento de operación.

b) Otras facultades legales expresas, que precisan el alcance de la competencia de la CREG para regular el funcionamiento del Mercado Mayorista.

Además de la facultad especial que tiene la CREG de expedir el reglamento de operación para regular el funcionamiento del mercado mayorista, la ley atribuye un conjunto de facultades adicionales para regular materias concretas propias del funcionamiento del Mercado Mayorista.

- i) *Regular el ejercicio de las actividades del sector de energía, para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera. (Ley 142, art. 74.1, literal a, Ley 143, art. 23, literal a.)*

Según la ley 143 de 1994, artículo 1, la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, son las actividades del sector eléctrico. Le corresponde a la CREG regular estas actividades para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente.

Ahora bien, son generadores y comercializadores quienes realizan las actividades de generación y de comercialización, respectivamente. En tanto se trata de generadores y comercializadores conectados al Sistema Interconectado Nacional, realizan sus actividades en este Sistema, lo que lleva a concluir que las actividades de generación y comercialización las realizan en el Mercado Mayorista de Energía, escenario en el que se vende y compra energía en grandes bloques.

La realización de estas actividades se concreta principalmente en las operaciones económicas que realizan los agentes en el Mercado Mayorista, y que se instrumentan jurídicamente a través del contrato⁷. Por razón que el contrato es el instrumento jurídico que permite a generadores y comercializadores instrumentar las operaciones económicas propias de las actividades de generación y comercialización⁸, aunque la organización de estas actividades no se agota en la regulación del contrato.

⁶ Sentencia C-624 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁷ Sobre la idea del contrato como instrumento jurídico de las operaciones económicas, plantea RUBÉN S. STIGLITZ: "Toda referencia efectuada en el lenguaje común a la materia de que trata un contrato, se resume en la idea de operación económica, cualquiera que sea la modalidad que adopte la circulación de los bienes (adquisición, intercambio, etc) o de los servicios (locación, suministro, etc) y con prescindencia de toda calificación jurídica. En suma, si el contrato es, formalmente, la vestidura jurídica de una operación económica, ésta inexorablemente debe tener contenido patrimonial... En efecto, si el objeto del contrato debe ser susceptible de 'apreciación pecuniaria', sólo los vínculos que constituyan una operación económica podrán ser materia contractual. O, dicho de otro modo, el contrato es un instrumento operativo sólo en la esfera económica."; *Contratos Civiles y Mercantiles; parte I* , pág. 15 y ss. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

⁸ En el mismo sentido lo tiene establecido la Resolución CREG-024 de 1995, art. 7: "OPERACIONES EN EL MERCADO MAYORISTA. En el mercado mayorista se realizan las

Por otro lado, como se concluye de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la regulación del contenido del contrato para el suministro de energía en el mercado mayorista se enmarca dentro de la función de crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, atribuida a la CREG.

En efecto, así lo concluyó el H. Consejo de Estado⁹:

"De modo que cuando en el artículo 8º de la Resolución 043 [de 1995] se señalan los distintos aspectos que deben contener los contratos de suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público, no se hace sino, por parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, expedir un ordenamiento encaminado a asegurar 'la adecuada disponibilidad de una oferta energética eficiente' (art. 23, literal a, de la Ley 143 de 1994)".

Este pronunciamiento está referido expresamente al contrato de suministro de energía para el servicio de alumbrado público, que se celebra y despacha en el Mercado Mayorista, y que está sometido al mismo régimen del funcionamiento de este mercado.

Por tanto, sea que se mire el contrato para el suministro de energía en el Mercado Mayorista como un instrumento indispensable para la organización y funcionamiento de este mercado, o sea que la regulación del mismo constituya un mecanismo tendiente a asegurar la adecuada disponibilidad de una oferta energética eficiente, son claras las competencias de la CREG para regular dicho contrato mediante normas de obligatorio cumplimiento para los agentes.

- ii) *Establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas.*

Las ventas garantizadas de energía y potencia es una de las dos modalidades mediante las cuales pueden participar en el Mercado Mayorista las empresas que tienen energía disponible en el Sistema Interconectado Nacional, según lo dispuesto en la ley 143 de 1994, arts. 26 y 31.

La ley 142, artículo 74.1, literal a), y la Ley 143, artículo 31, parágrafo, expresamente atribuyen a la CREG la función de establecer los criterios para la fijación de compromiso de ventas garantizadas de energía y potencia entre empresas generadoras y comercializadoras.

- iii) *Promover y preservar la libre competencia entre quienes presten servicios públicos; crear las condiciones que la hagan posible; y buscar la liberación gradual del mercado hacia la libre competencia.*

Con el fin de que las operaciones entre los competidores sean económicamente eficientes y no impliquen abuso de posición dominante, la ley 142, artículos 73 y 74.1, y la ley 143 de 1994, artículos 20 y 23, le atribuyen a la CREG la función de **crear** las

siguientes operaciones: a) Contratos de Energía a largo plazo; b) Contratos de Energía en la Bolsa;

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Primera; Sentencia de 12 de junio de 1997; Consejero Ponente: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola; Expediente 3933.

condiciones que hagan posible la libre competencia así como **promoverla, propiciarla y preservarla**.

De acuerdo con su sentido natural y obvio, según el uso general de las palabras crear, promover, propiciar y preservar¹⁰, le corresponde a la Comisión de Regulación de Energía y Gas en relación con la libre competencia en el Mercado Mayorista: “establecer, fundar, introducir por primera vez” las condiciones que la hagan posible; favorecerla; “iniciar”, “tomar la iniciativa” e “impulsarla” procurando su logro; así como “protegerla y resguardarla anticipadamente” de cualquier daño o peligro que pueda afectarla.

También le corresponde a la CREG, según estas mismas normas, adoptar las medidas necesarias para impedir, evitar o prevenir abusos de posición dominante en el Mercado Mayorista.

Estas mismas leyes sometieron al Mercado Mayorista al principio constitucional de la libre competencia. Para que ésta sea posible se requiere de una adecuada organización, transparencia y procedimientos para el funcionamiento del Mercado y de una permanente intervención a través de la regulación, como lo precisó la H. Corte Constitucional, en la sentencia C.150 de 2003 ya citada:

“4.3.2. La corrección de las fallas del mercado forma parte de los fines de la regulación”

La Constitución contempla que el adecuado funcionamiento del mercado, también es uno de los fines que el Estado persigue por medio de la regulación económica. En efecto, el artículo 333 de la Carta prevé que “[...]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”, prescripción que debe ser interpretada en conjunto con el mandato del artículo 334, según el cual el Estado intervendrá para racionalizar la economía, fomentar el desarrollo y promover la productividad y la competitividad.

Adicionalmente, el artículo 78 constitucional indica que “[...]a ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización”.

La Corte subraya que la Constitución define la libre competencia como un derecho, una de cuyas consecuencias consiste en que, en condiciones de mercado, ninguno de los actores puede fijar de manera arbitraria el precio de los bienes o servicios disponibles para la compra o la venta, sino que su precio es consecuencia de la interacción de la oferta y la demanda. De esta forma, el sistema de precios depende de un equilibrio impersonal, que resulta de esta misma interacción, y no de los intereses o de los caprichos de algunos de los actores económicos¹¹.

¹⁰ Diccionario de la Lengua Española; Real Academia Española; Vigésima Segunda Edición; 2001.

¹¹ Cita de la Corte: “La Corte Constitucional sostuvo, en el mismo sentido, que “[...]na empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y la decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un

En este orden de ideas, la participación de los oferentes en el mercado y su obtención de ganancias depende de que vendan bienes o servicios en iguales o mejores condiciones que sus competidores. En un mercado competitivo, los resultados de un oferente dependen, en principio¹², de su propia eficiencia y de la eficiencia de sus competidores y no de actuaciones contrarias al mercado.

Pero, en realidad, son los compradores (entre quienes se incluyen, por ejemplo, los usuarios de los servicios públicos) quienes se benefician en mayor medida de un mercado siempre que éste funcione en condiciones competitivas. Un mercado competitivo conlleva a una permanente búsqueda de la eficiencia de los oferentes, lo cual supone que los compradores podrán beneficiarse de una reducción relativa de los precios o de una mejora de la calidad de lo que adquieran. Sin embargo, cuando no se presentan los supuestos teóricos de la libre competencia, el mercado genera resultados indeseables, muchos de los cuales resultan contrarios al Estado social de derecho.

La literatura sobre "fallas del mercado" versa sobre este problema.¹³ Fenómenos tales como las externalidades, la ausencia de información perfecta, los monopolios naturales y las barreras de entrada o de salida, competencia destructiva, entre otros, conllevan a que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades que hay en el mercado no sean ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por algunas personas en perjuicio de otras. (Destacamos).

Esta Corporación ha analizado situaciones en las que se pone de presente que, en determinadas oportunidades, una falla del mercado puede devenir en un problema constitucionalmente relevante. En efecto, la Corte se ha pronunciado sobre asuntos relacionados con problemas de información¹⁴, oferta limitada y abuso de posición

determinado mercado. La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C.P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores" (Sentencia C-616 de 2001; M.P. Rodrigo Escobar Gil, precitada)".

¹² Cita de la Corte: "Obviamente, también son relevantes otros factores, tales como la capacidad de responder a las preferencias y gustos variables de los consumidores o la publicidad y el mercadeo".

¹³ Cita de la Corte: "Por ejemplo, desde una perspectiva general sobre diferentes "fallas de mercado", ver: Stephen Breyer. *Regulation and its Reform*. Harvard University Press. Cambridge, 1982; Richard J. Pierce, JR. and Ernest Gellhorn, *Regulated Industries*. West Publishing Co, 1994; y Jeffrey L. Harrison. *Regulation and Deregulation. Cases and Materials*. West Publishing Co. ST. Paul, Minn, 1997".

¹⁴ Cita de la Corte: "Por ejemplo, la Corte ha puesto de presente que el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la Constitución permite la existencia de bases de datos, cuya finalidad es garantizar la posibilidad de acceder a información relevante para el mercado. En efecto, "la información veraz en materia financiera protege la estabilidad del sector, pues el otorgamiento de créditos es una actividad que implica riesgos, y por ello es legítimo que las entidades financieras busquen conocer el comportamiento pasado de los aspirantes a préstamos". Sentencia C-687 de 2002; M.P. Eduardo Montealegre Lynett (En esta sentencia, la Corte declaró inexistente el artículo 19 de la Ley 716 de 2001, el cual fijaba un término de caducidad de los datos financieros negativos de los deudores. La Corte consideró que tal asunto regulaba directamente el derecho fundamental al habeas data, razón por la cual, al ser una ley ordinaria, violaba la reserva de ley estatutaria). No obstante, "la consagración de un término de caducidad del dato financiero regula estructuralmente el habeas data en materia

dominante¹⁵, bienes o servicios que el mercado no proporciona de manera eficiente¹⁶, barreras de ingreso al mercado¹⁷, externalidades¹⁸, competencia destructiva¹⁹ entre otros, en los que se muestra cómo, en ciertas circunstancias, las fallas del mercado afectan los derechos y valores consagrados en la Constitución, lo cual conlleva a la necesaria intervención estatal para orientar el mercado hacia condiciones de libre competencia y de asignación eficiente de bienes y servicios a todos los habitantes del territorio nacional. (Subrayamos).

financiera, pues establece las condiciones de tiempo en que las personas pueden exigir que sea removida una información negativa, que figura en una determinada base de datos" (*ibidem*).

¹⁵ Cita de la Corte "Por ejemplo, en la Sentencia T-375 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte concedió una tutela interpuesta por un fabricante de velas que había interpuesto una queja de carácter comercial contra la accionada, razón por la cual ésta le había suspendido el suministro de la materia prima (parafina) que requería para la elaboración de las velas. Esta Corporación constató que en la región sólo la accionada distribuía parafina, de manera que la suspensión en el suministro, implicaba para el accionante la imposibilidad de continuar con su actividad económica. La Corte sostuvo: "La posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado. Las normas sobre competencia se enderezan a evitar concentraciones en los mercados y, desde este punto de vista, pueden proponerse evitar que se den posiciones dominantes. Sin embargo, cuando estas se presentan o cuando la ley las tolera, lo que puede obedecer a razones de eficiencia, lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esa situación hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente (C.P. art., 333)".

¹⁶ Cita de la Corte "Por ejemplo, en la Sentencia T-604 de 1992; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional decidió una tutela interpuesta por un accionante residente en una zona periférica de una ciudad que consideraba que la omisión de la empresa transportadora encargada de prestar ese servicio público vulneraba su derecho a la libre locomoción, pues no recorría toda la ruta asignada. La empresa prestadora del servicio argumentó que no recorría el último tramo de la ruta asignada debido a que no era rentable. Esta Corporación sostuvo que el transporte público era necesario para garantizar la vigencia de varios derechos fundamentales, que la ruta en su totalidad era rentable y que por lo tanto la empresa tenía la obligación constitucional de cubrir el recorrido completo".

¹⁷ Cita de la Corte "Por ejemplo, en la Sentencia T-425 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), la Corte conoció de una tutela interpuesta por un accionante a quien se le había prohibido tener máquinas de juegos electrónicos en un establecimiento de comercio, de acuerdo con las normas locales expedidas por el concejo municipal respectivo. La Corte sostuvo que sólo el Congreso tiene facultades para limitar la libertad económica de los ciudadanos.

¹⁸ Cita de la Corte: "Por ejemplo, en la Sentencia T-437 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte concedió la tutela interpuesta por una accionante cuyo vecindario era utilizado como terminal de una empresa de transporte. Una de las razones que acompañaron la decisión consistió en que "la empresa accionada utiliza el espacio público, de manera ilegítima y por fuera de lo contemplado en las normas pertinentes, para fines meramente privados –la realización de una actividad empresarial".

¹⁹ Cita de la Corte: "Este tema ha sido estudiado por la Corte en sentencias de ratificación de tratados internacionales. Al respecto, consultar las sentencias C-178 de 1995 (M.P. Fabio Morón Díaz), C-334 de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) y C-581 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)".

Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de "fallas del mercado". En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones – además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó – se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad. Por eso la Corte ha dicho que "la regulación que hagan las comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia"²⁰. (Subrayamos).

Por último, la Corte resalta que la regulación de la economía es un instrumento del que dispone el Estado para orientar el interés privado –como lo es la realización de una actividad empresarial– al desarrollo de funciones socialmente apreciadas. En efecto, esta Corporación ha subrayado que "la libertad económica permite también canalizar recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas. Por ello, el constituyente expresamente dispuso la posibilidad de la libre concurrencia en los servicios públicos, los cuales pueden prestarse por el Estado o por los particulares, cada uno en el ámbito que le es propio, el cual, tratándose de estos últimos, no es otro que el de la libertad de empresa y la libre competencia. Sin embargo la Constitución ha previsto, para la preservación de valores superiores, las posibilidad y la necesidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares"²¹.

Para que el Estado pueda alcanzar los fines constitucionales que se persiguen por medio de la regulación, es necesario que esta función sea ejercida por órganos que tengan características institucionales adecuadas para dar respuesta oportuna a los diversos problemas que se presentan en los sectores regulados, de acuerdo con los parámetros fijados por el legislador".

- iv) Exigir, por vía general, que los contratos de las empresas se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.

²⁰ Cita de la Corte: "Sentencia C-389 de 2002; M.P. Clara Inés Vargas Hernández, precitada".

²¹ Cita de la Corte: Sentencia C-616 de 2001; M.P Rodrigo Escobar Gil, precitada.

La Ley 142 de 1994, artículo 35, obliga a las empresas prestadoras de servicios públicos, incluidas las del servicio de energía eléctrica, a buscar entre el público las mejores condiciones objetivas, cuando requieran comprar energía para atender a sus usuarios. Para ello las obliga a “*adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones*”.

En el mismo sentido, la Ley 143 de 1994, artículo 42, obliga a estas empresas a comprar la energía para atender a sus usuarios, mediante mecanismos que estimulen la libre competencia.

La Ley 142 de 1994, artículo 35, establece que “[e]n estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación **podrán exigir**, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes”. (Destacamos).

Ahora bien, dado que se trata de contratos que las empresas que prestan el servicio de electricidad a los usuarios conectados al Sistema Interconectado Nacional, celebran en su calidad de comercializadoras con empresas generadoras u otras comercializadoras para el suministro de grandes bloques de energía, son contratos del Mercado Mayorista, y por tanto están sujetos al régimen que debe establecer la CREG para el funcionamiento de dicho mercado.

Igual consideración aplica para el caso de los contratos de suministro que celebrarán las empresas comercializadoras a través del MOR, dentro del Mercado Mayorista.

Actualmente, estos contratos corresponden a la operación que en el Mercado Mayorista se denomina “Contratos de Energía a largo plazo”²², y que por mandato de la Resolución 020 de 1996, deben celebrarse previa convocatoria abierta al público. En todo caso, se trata de contratos propios del funcionamiento del Mercado Mayorista.

v) *Limitar, por vía general, la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, para evitar que se limite la posibilidad de competencia (L.142, art. 73.10); y establecer el término por el cual las empresas distribuidoras de cualquier orden deben garantizar, mediante contratos de suministro, la energía que requieren para atender a sus usuarios (L. 143, art. 42).*

Como se observa, estas normas parten del supuesto de que la duración pactada libremente en los contratos para el suministro de energía en el Mercado Mayorista puede limitar la posibilidad de competencia, razón por la que otorgan facultades expresas a la CREG para definir dicho término.

vi) *Impedir que quienes producen energía eléctrica adopten pactos contrarios a la libre competencia en perjuicio de los distribuidores. (Ley 142, art. 73.16)*

La propuesta está encaminada a que las transacciones en el Mercado Mayorista entre generadores y comercializadores a través del MOR, se hagan en condiciones objetivas,

²² Resolución 024 de 1995, art. 7.

transparentes, sin discriminación por parte de quienes producen energía respecto de quienes la comercializan.

3.5 Las operaciones que se realizan bajo las actuales reglas de funcionamiento del Mercado Mayorista.

Mediante la Resolución CREG 024 de 1995, que hace parte del Reglamento de Operación como expresamente lo señala su encabezado, la CREG reguló "...los aspectos comerciales del mercado mayorista de energía en el sistema interconectado nacional".

A través de la normatividad contenida en dicha Resolución la Comisión reguló la organización y el funcionamiento del Mercado Mayorista de Energía Eléctrica, previendo que se realizarían tres tipos de operaciones: contratos celebrados en la Bolsa; contratos celebrados directamente entre dos partes por fuera de la Bolsa; y prestación a la empresa transmisora nacional de servicios asociados a generación.

En efecto, así lo dispuso el artículo 7 de la citada Resolución:

"ARTICULO 1o. OPERACIONES EN EL MERCADO MAYORISTA. En el mercado mayorista se realizan las siguientes operaciones:

- a) Contratos de Energía a largo plazo: son aquellos en que generadores y comercializadores pactan libremente las condiciones, cantidades, y precios para la compra y venta de energía eléctrica a largo plazo.
- b) Contratos de Energía en la Bolsa: Son aquellos que se celebran a través del Administrador del SIC, para la enajenación hora a hora de energía, y cuyos precios, cantidades, garantías, liquidación y recaudo se determinan por la presente resolución y por el acuerdo de las partes en las reglas del SIC.
- c) Prestación de servicios asociados de generación de energía a la empresa de transmisión nacional para asegurar el cumplimiento de las normas sobre calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de electricidad. (Subrayamos).

En cuanto se refiere a los contratos, según esta norma el funcionamiento del Mercado Mayorista se contrae a dos tipos de operaciones: contratos de energía en la Bolsa y contratos de energía a largo plazo.

Un principio rector de este Mercado, tal como fue definido en la Resolución CREG 024 de 1995, es que toda la energía generada por las plantas o unidades y requerida por el Sistema Interconectado Nacional es despachada a través de la Bolsa.

En efecto, los generadores deben declarar diariamente la disponibilidad de sus plantas o unidades y ofertar el precio a la Bolsa²³. A partir de esta información se efectúa el Despacho Ideal, proceso definido como:

"la programación de generación que se realiza a posteriori por el Sistema de Intercambios Comerciales (SIC), la cual atiende la demanda real con la disponibilidad real de las plantas de generación. Este despacho se realiza considerando la oferta de precios por orden de méritos de menor a mayor, sin

²³ Expresamente establece la Resolución CREG-024 de 1995, Anexo A-4: "La oferta de precios en la bolsa se hará de acuerdo con la Resolución CREG-055 de 1994".(Subrayamos).

considerar las diferentes restricciones que existen en el sistema, excepto por las condiciones de inflexibilidad de las plantas generadoras.” (subrayamos).

La demanda real, a su vez, establece esta misma resolución, “...se calcula como la diferencia entre la generación real del sistema y las pérdidas reales en el Sistema de Transmisión Nacional” (Anexo A, Num. 1.1.1.2).

Dado que toda la energía en el Sistema Interconectado Nacional es ofertada y despachada a través de la Bolsa de Energía, los denominados “contratos de energía de largo plazo” constituyen estrictamente instrumentos financieros mediante los cuales las partes pactan el precio para unas determinadas cantidades de energía que son despachadas a través de la Bolsa.

De esta energía, se asigna a los contratos de largo plazo la que está cubierta mediante este tipo de operaciones, la cual se liquida a los precios pactados por las partes. El excedente, esto es, la diferencia entre la energía despachada en la Bolsa y la cubierta mediante contratos de largo plazo, se liquida al precio de la Bolsa de Energía; es decir que solamente esta diferencia es efectivamente vendida mediante contratos en la Bolsa de Energía.

Los contratos de energía de largo plazo y los contratos de energía en la Bolsa, si bien son instrumentos jurídicos utilizados en el Mercado Mayorista para la compra y venta de energía en grandes bloques, en la regulación vigente expedida por la CREG para el diseño y organización de este mercado presentan algunas características disímiles, entre las cuales se destacan, para efectos de este análisis:

- **En cuanto a la duración:** En los contratos de energía de largo plazo el término de duración es pactado libremente por las partes, con sujeción a las limitaciones establecidas por la CREG. Son las llamadas operaciones de largo plazo. Mientras que los contratos de energía en la Bolsa corresponden a transacciones que se dan en cada una de las horas de despacho de la Bolsa; es decir, actualmente en la Bolsa no se celebran contratos con duración superior a una hora, por lo que se le conoce como las operaciones de corto plazo.
- **En cuanto al escenario para la negociación y celebración:** El Mercado Mayorista de Energía está conformado por dos segmentos: un mercado bilateral de contratos de energía de largo plazo y un mercado organizado (mercado spot) denominado la Bolsa de Energía.

La Resolución CREG 024 de 1995 dispuso la existencia de dos tipos de contratos en el mercado bilateral: Pague lo contratado y Pague lo demandado. Estos contratos se negocian y celebran libremente entre las partes por fuera de los procedimientos establecidos para la administración del Mercado Mayorista; solamente su asignación se lleva a cabo a través del mercado organizado, según los criterios y procedimientos establecidos por la CREG en el Reglamento de Operación.

Por su parte, los contratos de energía en la Bolsa se celebran y ejecutan dentro del mercado organizado, a través del Sistema de Intercambios Comerciales, definido por la Resolución CREG 024 de 1995, en los siguientes términos:

“Sistema de Intercambios Comerciales (SIC). Conjunto de reglas y procedimientos establecidos en el Reglamento de Operación que permiten definir las obligaciones y acreencias de generadores, comercializadores y los transportadores por concepto de los actos o contratos de energía en la bolsa conforme al despacho central. El SIC incluye el proceso de liquidación del valor de los intercambios, la preparación y actualización del estado de cuenta de cada generador y comercializador que participa en la bolsa de energía y de los transportadores, y la facturación, pago y recaudo del valor de las transacciones realizadas en la misma bolsa”.

- **En cuanto a los procedimientos para la negociación y celebración del contrato.** Para los contratos de largo plazo la regulación actual distingue según el destino de la energía. En tratándose de energía destinada a atender mercado regulado²⁴, la CREG tiene establecido (Resolución CREG 020 de 1996) un procedimiento de convocatoria obligatorio para todas las empresas comercializadoras que atienden este tipo de mercado, consistente, en esencia, en subasta de sobre cerrado.

Si bien se trata de un procedimiento obligatorio, no se lleva a cabo a través del Sistema de Intercambios Comerciales del Mercado Mayorista, sino que lo adelanta cada empresa de acuerdo con sus reglas particulares, aunque una vez negociado y celebrado el respectivo contrato directamente por las partes, debe registrarse y asignarse en el Mercado Mayorista.

Por su parte, los contratos de largo plazo con fines distintos del mercado regulado también se negocian y celebran directamente por las partes por fuera de los procedimientos que rigen la organización y el funcionamiento del mercado organizado, con la condición de que cumplan los requisitos de contenido exigidos por la ley para poder ser asignados en el Mercado Mayorista.

Los contratos de energía en la Bolsa se celebran a través del procedimiento obligatorio establecido en la Resolución CREG 024 de 1995 para el funcionamiento de la Bolsa que define la regulación en estos términos:

“Bolsa de Energía. Sistema de información, manejado por el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, sometido a las reglas que adelante aparecen, en donde los generadores y comercializadores del mercado mayorista ejecutan actos de intercambio de ofertas y demandas de energía, hora a hora, para que el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales ejecute los contratos resultantes en la bolsa de energía, y liquide, recaude y distribuya los valores monetarios correspondientes a las partes y a los transportadores”. (subrayamos).

El procedimiento para la celebración de este último tipo de contratos empieza con la declaración de disponibilidad y la oferta de precios que presenta diariamente a la Bolsa de Energía cada generador. Una vez recibidas las ofertas, el Centro Nacional

²⁴ Según la demanda, se distingue entre mercado regulado y mercado no regulado. El primero es el conformado por los usuarios regulados, cuyo régimen de tarifas es el de libertad regulada por la CREG. Son usuarios regulados los que tienen una demanda igual o inferior a 0.1 MW o un consumo de energía igual o inferior a 55 MWh, o los que teniendo una demanda o consumo superior no se han acogido al régimen de usuario no regulado. El mercado no regulado es el conformado por los usuarios no regulados.

de Despacho ejecuta a través de sus sistemas de información los procesos de despacho previstos en el reglamento de operación, teniendo en cuenta las ofertas recibidas y la demanda a abastecer en el Sistema.

Los generadores que “fueron llamados a generar” como resultado de este proceso, venden en cada hora la energía a los comercializadores que atienden a los respectivos usuarios que consumieron esa energía, al respectivo precio de la Bolsa.

Como se observa, los contratos de energía en la Bolsa son celebrados entre generadores y comercializadores y entre éstos a través del sistema electrónico de información con que cuenta el administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, sin negociación directa entre las partes.

Por otro lado, dado que el generador inyecta la energía de su planta o unidad al Sistema Interconectado Nacional y el comercializador la toma de dicho Sistema, las partes en los contratos de energía en la Bolsa son anónimas. El Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales liquida y factura estas transacciones a cada agente, sin detallar las partes a las cuales vendió o compró la respectiva energía.

Adicionalmente en el año 2006 la Comisión adoptó la Resolución CREG 071 mediante la cual definió la metodología para la remuneración del Cargo por Confiabilidad en el Mercado Mayorista, que tiene como fin asegurar la confiabilidad en el suministro de energía en el largo plazo a precios eficientes.

Para este efecto se diseñó un esquema en el cual los generadores participan voluntariamente en una subasta para la asignación de Obligaciones de Energía Firme, OEF²⁵, que se requieren para cubrir la demanda del Sistema. El generador al que se le asigna una OEF recibe una remuneración conocida y estable durante un plazo determinado, y se compromete a entregar determinada cantidad de energía cuando el precio de bolsa supera un umbral previamente establecido por la CREG y denominado Precio de Escasez. Dicha remuneración es liquidada y recaudada por el ASIC y pagada por los usuarios del SIN, a través de las tarifas que cobran los comercializadores.

4 OBJETIVOS LEGALES QUE BUSCA CUMPLIR LA PROPUESTA.

Como se dijo, en el Documento CREG 065 de 2006 la CREG identificó las deficiencias en el esquema de compra de energía para el mercado regulado, las cuales se pueden resumir de la siguiente forma:

- a) Se identificó que existe una brecha importante entre los precios de los contratos que se suscriben para atender demanda regulada y los que se destinan a atender demanda no regulada. Se analizaron varios factores que podrían explicar la esta diferencia de precios y se llegó a la siguiente conclusión: *“Del análisis anteriormente expuesto, no se encontró que los factores económicos y técnicos estudiados incidan en la diferencia de precios, lo que conlleva a concluir que la distorsión en los mercados es evidente y que los vendedores podrían estar*

²⁵ Corresponde a un compromiso de los generadores respaldado por activos de generación capaces de producir energía firme durante condiciones críticas de abastecimiento

efectuando una discriminación no justificada de precios en función del segmento de mercado que atienden.”²⁶

- b)** Al analizar las compras por comercializador para atender al mercado regulado, se encontró que los comercializadores integrados con la actividad de generación atienden su demanda con energía propia en un porcentaje mayoritario, a diferencia de las empresas no integradas donde la distribución de las compras está diversificada. “Lo anteriormente presentado hace presumir que las integraciones verticales pueden haber corregido a que se presente una marcada preferencia por compras entre empresas de un mismo grupo empresarial y a que los agentes no integrados, tanto generadores como comercializadores terminen participando en un mercado residual, situación con es propia de un mercado competitivo.”²⁷
- c)** Se identificó que puede haber indebida aplicación y deficiencias en el esquema de contratación para el mercado regulado definido en la Resolución CREG 020 de 1996²⁸:
- La norma permite la oferta de suministros parciales por distintos generadores, lo que deja a discreción del vendedor proponer precios discriminados para diferentes períodos, dejando al comercializador con el riesgo de quedarse sin cobertura para los períodos críticos.
 - El comercializador diseña la convocatoria para la compra de energía y define las condiciones, lo que ocasiona que pueda beneficiar a un proponente, exista gran diversidad de tipos de contratos, que en consecuencia son poco líquidos y difíciles de comparar. Esto implica, además, altos costos de transacción derivados del proceso de convocatoria.
 - El requisito de publicación de la convocatoria como está establecido permite que haya discrecionalidad en los medios utilizados y el período por el cual se publicitan, lo que puede dar lugar a discriminación de oferentes y a baja concurrencia de oferentes en algunas convocatorias.
 - La discrecionalidad en el plazo para compras de energía por períodos inferiores a dos años, podría dar lugar a la discriminación de oferentes.
 - La norma permite que una vez conocidas las ofertas la comercializadora se abstenga de contratar, es decir no hay reglas claras para que una convocatoria se declare desierta, lo cual le resta transparencia y credibilidad al esquema.
 - La norma no establece un esquema de garantías, por lo que los agentes utilizan diferentes tipos que no ofrecen un respaldo real a las transacciones y da lugar a que los productos no sean homogéneos.

Además a los puntos expuestos en el Documento 065, mencionado, se identificó que las condiciones de pago pactadas entre los comercializadores y quienes les venden la energía son variadas y pueden terminar generando costos de financiación que, hasta la expedición de la Resolución CREG 167 de 2008, las empresas estaban trasladando a los usuarios finales como parte del costo de la energía.

²⁶Documento CREG 065 de 2006, pag. 22.

²⁷Documento CREG 065 de 2006, pag. 30.

²⁸Documento CREG 065 de 2006, pags. 31-32.

Adicionalmente, se ha encontrado que en algunos casos las mencionadas condiciones de pago fueron modificadas por los agentes contratantes después de haberse realizado la adjudicación de la convocatoria para la compra de energía. Claramente este tipo de conductas afectan la transparencia y competencia en el mecanismo vigente de compras de energía.

La propuesta para la implementación del Mercado Organizado busca corregir todas estas deficiencias del funcionamiento del mercado de compra de energía para los usuarios regulados, con el fin de lograr la formación de precios eficientes, asegurando el suministro y cobertura de precios de esta energía, mediante un mecanismo transparente de transacción con productos homogéneos y reglas predefinidas y de aplicación neutral para todos los participantes.

Se trata de un mecanismo similar y comparable al que se aplica actualmente para la compra de energía en el corto plazo, Bolsa de Energía, que además haría parte de ésta. El esquema propuesto busca promover la competencia en la oferta de energía con destino al mercado regulado y prevenir tratos discriminatorios o abusos de posición dominante. De esta forma se busca cumplir con los objetivos de la intervención del Estado en los servicios públicos, específicamente de la regulación, establecidos en las Leyes 142 y 143 de 1994.

5 LA PROPUESTA Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL DE LOS AGENTES DEL MERCADO MAYORISTA

En este acápite y en consideración de algunos de los comentarios formulados, se analizará el concepto de libertad contractual, con el fin de establecer cuál es el ámbito de libertad que las leyes 142 y 143 de 1994 reconocen a los generadores y comercializadores de energía eléctrica, así como determinar los efectos de la propuesta en relación con este derecho.

5.1 El concepto de libertad contractual.

La libertad contractual, también llamada “autonomía contractual”²⁹ y “libertad negocial”³⁰, es una expresión o consecuencia de la autonomía de la voluntad privada que la

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-166/99; Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

³⁰ Aunque en estricto sentido el concepto de libertad negocial es más amplio que el concepto de libertad contractual. En este sentido, se puede consultar la H. Corte Constitucional en sentencias T-240 de 1993; Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; reiterada en sentencias T-231/96 del mismo ponente; y C-624 de 1998; Magistrado Ponente Dr. Alejandro Caballero Martínez: “En Colombia la libertad de contratación - en sentido amplio libertad negocial - tiene sustento constitucional como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la Carta (...) Resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder de obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas, es un modo de estar y actuar en sociedad y de ser libre y, por todo ello, es elemento que se encuentra en la base misma del ordenamiento constitucional. La libertad contractual si bien permite a la persona tomar decisiones en el mercado y ejecutarlas, no puede ser arbitraria, pues como toda libertad está gobernada por el marco axiológico de la Constitución

Constitución Política reconoce a todos los sujetos, sean personas naturales o jurídicas³¹.

La autonomía de la voluntad privada es un concepto desarrollado en el derecho civil francés, entre los siglos XVIII y XIX, con el propósito de explicar el campo de acción del Estado frente al particular y, en consecuencia, la eficacia de la esfera del individuo para regular las relaciones jurídicas, especialmente las de contenido económico. Esta noción ha estado estrechamente ligada a la concepción misma del Estado.

Bajo el estado gendarme del siglo XVIII, cuya máxima “dejar hacer, dejar pasar” explicaba su rol, el individualismo llevado al extremo, considerado por algunos doctrinantes como ultraindividualismo³², sentó la máxima de que la regulación de las relaciones económicas es un campo reservado a la esfera de lo individual, de tal manera que el contrato era, por excelencia, el instrumento válido y eficaz para regular todos los aspectos de las relaciones económicas. El contrato no solamente era un instrumento válido para el intercambio de bienes, sino que era un mecanismo de regulación de las actividades económicas.

Se prohijó la prevalencia del interés particular sobre el interés general; se sentó el paradigma de que correspondía al individuo regular las relaciones económicas, que podía establecer con absoluta libertad, y que el Estado debía limitarse a reconocer y hacer efectivas las regulaciones adoptadas por éstos mediante los contratos, sin que pudiera intervenir para alterarlas o desconocerlas.

En Colombia, sin embargo, con la sanción del Código Civil en 1873, la autonomía de la voluntad privada fue reconocida con algunos límites. Así lo plantean VALENCIA ZEA y ORTIZ MONSALVE³³:

“Los arts. 1602 y 1618 constituyen las dos piedras angulares del Código en relación con el principio de la libertad contractual. El primero prescribe: Todo contrato

que incorpora como principio basilar el de la solidaridad social y la prevalencia del interés general (CP arts. 1 y 333).

³¹ Así lo expresa la H. Corte Constitucional, en sentencia SU-157/99, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero; reiterada en sentencia C-167/99, del mismo ponente. “...la función especial y la cualificación de los prestadores del servicio público de la actividad bancaria exigen el análisis de la incidencia constitucional de la autonomía privada, que se manifiesta en la libertad contractual de los bancos, y derechos constitucionales de los usuarios del servicio, tales como la personalidad jurídica, la igualdad, las libertades económicas y el derecho al buen nombre. (...) 8. La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional. (Destacamos).

³² Plantean OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo: “EL CULTO A LA VOLUNTAD PRIVADA. El Código de Napoleón, de 1804, que ha ejercido influencia en Europa y en todos los países latinoamericanos – Colombia entre ellos -, fue forjado en el clima racionalista y ultraindividualista de la Enciclopedia y de la Revolución: en ese ambiente filosófico-político que erigió al ciudadano en árbitro y medida de la vida común y sus instituciones, que concibió la sociedad como el producto artificial de un imaginario ‘contrato social’ y que redujo el Estado a la simple condición de ‘gendarme’, cuya definición única debería consistir en garantizar las libertades omnímodas de los ciudadanos”. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. 5^a. Edición; Temis, 1998; pag. 7 y ss.

³³ “Derecho civil”, Tomo I, Parte General y Personas. Reimpresión de la decimoquinta edición. Temis; Bogotá, 2002. Pág. 43.

legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento o por causas legales"; el segundo advierte que, 'conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras'.

¿Dejó el Código en plena libertad a los contratantes para que se gobiernen por su voluntad sin limitaciones de ninguna clase, como erróneamente se pensó durante el siglo pasado?. En manera alguna; (...) cuatro textos legales nos indican tales limitaciones, encaminadas a salvaguardar los intereses superiores de la colectividad (C.C. arts. 16, 1603, 1518, inc. 3º y 1524)³⁴". (Destacamos).

Sucesos posteriores como las crisis económicas y jurídicas provocadas por las guerras mundiales; el crecimiento de la población; el desarrollo de las economías de mercado; y en fin, la irrupción final en la doctrina de conceptos como el bien común, el interés general, el orden público, el servicio público, llevaron a redefinir la concepción del Estado, constituyéndose estos conceptos en fin de la organización política.

El Estado, por tanto, debe hacer coincidir los intereses particulares con los intereses generales, y en caso de conflicto debe hacer prevalecer estos últimos; debe intervenir en la economía con el fin de lograr una distribución equitativa y justa de los bienes, con igualdad de oportunidades; a la propiedad se le atribuye función social; los derechos se reconocen con un fin social, y el ejercicio contrario a éste fin constituye abuso; el Estado debe ser el prestador de los servicios públicos, etc. Es el Estado Social de Derecho.

Muy pronto esta nueva concepción del Estado marcó su impronta en la autonomía de la voluntad privada. El Estado entró a regular las relaciones económicas entre los particulares y a imponer contornos al campo de acción del individuo en lo económico, de tal manera que con su actuar el Estado es quien define el campo de acción del individuo en materia económica.

Bajo el concepto de servicio público, el Estado se reservó y monopolizó múltiples actividades económicas, de las cuales excluyó la autonomía de la voluntad privada. En todas aquellas actividades que fueron definidas por el Estado como servicio público desapareció la autonomía de la voluntad privada, esto es, se anuló la autonomía del individuo para regular y actuar en este tipo de actividades.

En Colombia pasaron varias décadas y reformas constitucionales mientras se reconoció nuevamente efectos a la autonomía privada en el campo de los servicios públicos, no obstante, con un ámbito ampliamente limitado.

En otras actividades que no fueron definidas como servicio público pero que se consideraron de interés general u orientadas al bien común, el Estado también intervino

³⁴ Las normas citadas disponen: **Art. 16.** "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres". **Art. 1518, inc. 3º:** "Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público". **Art. 1524:** "Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público". **Art. 1603.** "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenezcan a ella". (Destacamos).

para regular su ejercicio y limitar la autonomía de la voluntad. En éstas exigió permisos y licencias, y específicas formas societarias y contractuales; limitó el número de actividades que puede realizar una persona (sociedades con objeto exclusivo y desintegración de las actividades de una misma cadena productiva); estableció requisitos y prohibiciones encaminados a proteger la salubridad, la seguridad, la tranquilidad y la libre competencia, estableció horarios, precios, y sometió múltiples actividades a su inspección, vigilancia y control, etc.

Finalmente, ni siquiera quedaron a salvo del poder del Estado las actividades en las cuales no se consideró involucrado directamente el interés general. En estos casos, el Estado a través de sus jueces, a partir de la teoría de la imprevisión de los contratos (*rebus sic stantibus*) estableció una excepción al principio de que “Los pactos han de cumplirse” (*pacta sunt servanda*)³⁵ porque la ley reconoce efectos jurídicos a la voluntad privada, en virtud de la cual solamente se reconoce los efectos de los contratos en tanto se mantengan las condiciones de comutatividad en las que fueron celebrados, ya que si por razones imprevisibles e irresistibles tales condiciones desaparecen haciendo muy gravosa la obligación para una de las partes, el contrato debe modificarse o terminarse.

Igualmente, como lo ha señalado la H. Corte Constitucional, en aquellas situaciones en donde los derechos requieren de la intervención del Estado para garantizar su efectividad, la autonomía privada también puede estar sujeta a la limitación impuesta directamente por el juez³⁶.

En esencia, la cuestión sobre la autonomía de la voluntad privada sigue siendo el señalamiento del campo de acción del individuo y la eficacia de su voluntad para crear efectos jurídicos. Sin embargo, bajo esta nueva concepción del Estado la autonomía de la voluntad dejó de ser absoluta, para transformarse en un reconocimiento más o menos amplio de la voluntad como creadora de efectos jurídicos, dependiendo de la concepción filosófico-política que el Estado haya decidido imprimir a la actividad económica en la que aspire incursionar el individuo.

La Constitución Política, de 1991, adoptó el modelo propio de una economía social de mercado, que irradia las distintas actividades económicas, e introdujo una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos. Igualmente, bajo esta nueva concepción filosófico-política se consagró la libre competencia como un principio de la estructura del Estado social y democrático de derecho, razón por la que ésta ya no corresponde al ámbito de la autonomía de la voluntad privada y de la libertad contractual propia de la esfera del individuo, como se había venido considerando.

Al respecto, ha señalado la H. Corte Constitucional, que “...la libre competencia en Colombia se desarrolla dentro de una economía social de mercado, en la que existe la libre iniciativa privada pero en la que a su vez el Estado se presenta como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los

³⁵ CABANELAS, Guillermo; “Repertorio Jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos”; Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires.

³⁶ Sentencia SU-166/99, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas"³⁷.

Bajo la vigencia de este modelo, vale destacar los siguientes pronunciamientos de la H. Corte Constitucional, sobre el concepto de la autonomía de la voluntad privada:

"7. La autonomía privada en materia negocial es un concepto creado por la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX, en cuya época fue considerada como un poder genérico e ilimitado de autodeterminación inherente a la naturaleza del ser humano. Con el tiempo, esta noción comenzó a restringirse a través de la prohibición de la arbitrariedad individual y, en la actualidad, especialmente con la introducción de la cláusula social del Estado de Derecho, exige que las actividades económicas particulares se desarrollen dentro del marco de la función social. Así pues, es claro que la autonomía negocial "se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial", dentro del marco del bien común, el principio de solidaridad y los derechos de los demás. Por lo tanto, se concibe la libre actuación privada allí donde se le reconoce al individuo el derecho no sólo a tener una conducta activa y basada en la propia iniciativa, sino a reaccionar como homo economicus a determinadas dinámicas del mercado"³⁸. (subrayamos).

En cuanto al contenido de este concepto, señaló la H. Corte Constitucional:

"La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento mas o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos.

La mayor o menor amplitud en la consagración positiva del postulado de la autonomía de la voluntad privada o, lo que es lo mismo, en el señalamiento del campo de acción del acto o negocio jurídico que es su expresión normal, depende principalmente del grado de cultura y desarrollo de cada pueblo y de las concepciones filosófico-políticas en que se inspire cada legislador."³⁹

La Constitución Política no reconoce un concepto de autonomía de la voluntad absoluto o autoritario, como también lo ha señalado la H. Corte Constitucional:

"la autonomía personal es el derecho que asiste al individuo para regular su propia vida de acuerdo con sus intereses particulares, libre de presiones extrañas a su real voluntad. Sin embargo, a pesar de la amplitud de campo de acción que nuestra Carta reconoce a tal derecho - pues sin lugar a dudas la orientación filosófico-política de nuestro ordenamiento dista de acoger el modelo totalitario y, por el contrario, se construye sobre los valores de la democracia y el pluralismo, existen postulados fundamentales de corte comunitario, indispensables para el desarrollo de

³⁷ Sentencia T-533 de 1992, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; reiterada en la sentencia C-616 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

³⁸ Sentencia SU-157/99, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero; reiterada en sentencia C-167/99, del mismo ponente.

³⁹ Sentencia T-338 de 1993, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, reiterada en sentencia T-1001-00, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

los valores atrás mencionados, que restringen la autonomía del individuo para articularla con valores prevalentes de carácter general.

En este orden de ideas, cuando la autonomía personal fundante de la libertad contractual individual, se opone al interés general sin que su núcleo esencial se vea vulnerado o amenazado, aquella debe subordinarse a este último valor por cuestiones elementales de equidad, justicia y democracia⁴⁰.

De suerte que la autonomía de la voluntad privada no se reconoce con el mismo grado de amplitud en todas las actividades económicas. Así por ejemplo, en actividades definidas como servicios públicos, y en otras de interés público como la financiera⁴¹, la aseguradora, y la bursátil⁴², la autonomía de la voluntad de los sujetos realizan es mucho más restringida que la de los demás particulares.

La libertad contractual, según lo señalado por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, consiste en reconocer “*como punto de partida por lo menos, en cada*

⁴⁰ *Sentencia T-1001 de 2000, citada.*

⁴¹ “9. Así las cosas, aquí surge un interrogante obvio ¿la autonomía privada, y en especial la libertad contractual de las entidades financieras son del mismo grado que aquellas que se predicen para todas las personas?. Dicho de otro modo, ¿las entidades financieras son tan libres para contratar como cualquier particular?. Para resolver este interrogante la Sala entra a estudiar la especialidad de la función de la banca y el interés público que es inherente a la actividad financiera.

(...)14. De lo expuesto se concluye que la autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio”. (Sentencia SU-157/99; Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero; reiterada en sentencia C-167/99).

⁴² “**Autonomía contractual de los comisionistas de bolsa.**(...) 6. Ahora bien, al igual que sucede con las entidades financieras, la actividad bursátil es de interés público (C.P. art. 335). Vale la pena aclarar que la función bursátil se relaciona con la compraventa de valores, por lo cual se incluyen los comisionistas de bolsa. Así pues, el carácter de interés público de esa actividad se concreta en la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Valores, quien debe intervenir para mantener el mercado bursátil debidamente organizado, debe velar porque quienes participan en él desarrolle su actividad en condiciones de igualdad, transparencia y que no se ponga en peligro ni se lesione el interés público y específicamente el interés de los inversores. Así mismo, el ejercicio de la actividad bursátil está limitado sólo para quienes ostentan la autorización gubernamental, así por ejemplo para ser comisionista de bolsa se requiere cumplir con condiciones especiales como ser una sociedad anónima, un objeto social exclusivo y determinado: desarrollo del contrato de comisión para la compra y venta de valores y el cumplimiento de requisitos personales y económicos, previamente definidos por la ley o la reglamentación al respecto (Ley 45 de 1990, Decreto 1172 de 1980 y Resoluciones 400 y 1200 de 1995 de la Superintendencia de Valores). **De igual manera, el ejercicio de la actividad es reglado, como quiera que la legislación y la inspección gubernamental determinan cuáles transacciones deben llevarse a cabo obligatoriamente a través de bolsas de valores, qué montos y cómo deberá efectuarse cada transacción.** (subrayamos).

7. Como se observa, la autonomía negocial de los comisionistas de bolsa está ampliamente limitada y sometida a un control estatal estricto y directo. En efecto, el Estado ha intervenido en esta actividad de manera especial para prevenir conductas delictivas, tales como, el lavado de activos y la utilización de esta labor para fines diferentes al interés público”. (Sentencia SU-166/99; Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

sujeto un centro de autonomía para celebrar o no celebrar un determinado contrato - lo que implica libre albedrío y autoresponsabilidad - y para definir su contenido"⁴³, lo que implica disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas, e imponer judicialmente los efectos de estas obligaciones.

Sin embargo, debe señalarse que bajo múltiples circunstancias la contratación deja de ser una facultad, para convertirse en una obligación, en virtud de la cual el individuo ya no es libre de decidir no contratar, como sucede en el caso de cualquier empresario que tenga poder de mercado o posición dominante, sea privado o público, o en el caso de los prestadores de servicios públicos, a los cuales la ley comúnmente los puede obligar a contratar⁴⁴.

En efecto, el Contrato Obligatorio o Contrato Forzoso es una forma contractual válida, cuya celebración es obligatoria, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico ha restringido la libertad contractual. Según Farina:

⁴³ *Sentencia T-240 de 1993; Eduardo Cifuentes Muñoz; reiterada en sentencia T-231/96; Eduardo Cifuentes Muñoz.*

⁴⁴ "La sociedad demandada opera bajo las reglas del derecho privado. En consecuencia, en ejercicio de la libertad contractual, inherente a la libertad de empresa, no se le puede adscribir a su cargo un deber general de contratar. De otro lado, la empresa que junto a otras compite en un mercado concurrencial, no está obligada a otorgar a sus clientes una igualdad de trato. La ley, sin embargo, en determinados casos impone la obligación de contratar. Baste a este respecto mencionar la situación de las personas que prestan servicios públicos o tienen un monopolio de hecho o de derecho, a quienes está vedado suspender el suministro a los consumidores que no estén en mora (C.P. art. 979), con lo cual se compensa a éstos la falta de auto-defensa derivada de la ausencia virtual de mercado. En el mismo sentido, se regula una obligación semejante en cabeza del transportador, desde luego siempre que lo permitan los medios ordinarios a su disposición y que se cumplan las condiciones normales y su régimen interno (C.de Co art. 989). Por su parte, la oferta que se hace al público mediante la exhibición de mercancías y la indicación de su precio, adquiere mientras ello ocurre, carácter obligatorio (C de Co., art. 848). (Destacamos).

Las normas y principios que en materia económica ha incorporado la Constitución Política, no permiten sostener que las hipótesis legales a las que se ha hecho alusión sean excepcionales. En primer lugar, al lado de la libertad económica, la Constitución le asigna a la empresa, como base del desarrollo, una función social que implica obligaciones. Sin pretender sujetar a los agentes económicos a una dirección unitaria centralizada, se reconoce que su acción no solamente se justifica en términos del sujeto individual que ejercita legítimamente una determinada actividad, sino también de la economía en general. La satisfacción de necesidades de la comunidad se confía en un alto grado a las empresas, de las que depende el nivel de empleo y bienestar. De ahí que la empresa se exprese en una doble dimensión: como libertad y como función social. Por consiguiente, la legitimidad de una decisión empresarial, no puede juzgarse únicamente a través del prisma de su autonomía. A esta visión, forzosamente deberá adicionarse la consideración de sus consecuencias sociales y ecológicas. La libertad de empresa cede o debe conciliarse con los valores y principios constitucionales de rango superior. Es posible que en un caso concreto, la negativa de una empresa a contratar, por su absoluta falta de justicia, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, no pueda ya ampararse en el margen amplísimo de discrecionalidad que al empresario garantiza la libertad de empresa, y ello sin duda se presenta cuando se vulneran de manera manifiesta, como se ha dicho, valores o principios constitucionales superiores a la libertad de empresa –Destacamos-. (Sentencia T-375 de 1997; Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

"En principio, nadie está obligado a contratar. Sin embargo, existen abundantes supuestos en los que la ley, o una resolución administrativa, impone a una de las partes la obligación de contratar, ante el requerimiento de la otra.

La obligación de contratar deriva de la ley (obligatio ex lege) y su fundamento jurídico es el interés social que haya que tutelar mediante tal imposición."⁴⁵

Así mismo, previene la doctrina que existen figuras contractuales en las que el Estado determina las pautas contractuales, sin que puedan las partes modificarlas, con el fin de dar cumplimiento a determinados fines de una política social o a una necesidad económica.⁴⁶

En este sentido, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el artículo 42 de la ley 143 de 1994, no es libre para las empresas comercializadoras de energía eléctrica, decidir si contratan o no el suministro de la energía que "requieren para atender a sus usuarios", porque esta norma les impone, forzosamente, la obligación de garantizar mediante contratos de suministro dicha energía, como se analizará más adelante.

5.2 Los rasgos constitucionales de la libertad contractual⁴⁷.

- a) Autonomía de la libertad económica, la libre competencia, la libertad de empresa y la libertad de contratación.

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional se ha esforzado por definir el campo de acción de cada una de estas libertades, con el fin de precisar su contenido. De estos criterios jurisprudenciales se concluye que si bien están concatenadas, cada una tiene ámbito propio que impide confundir su alcance.

En el reconocimiento de estas libertades, la menor esfera corresponde al campo de la libertad contractual; es decir, la libertad contractual no comprende las demás, aunque el contrato las instrumenta.

La Constitución Política, artículo 333, reconoce la libertad económica como principio rector del Estado Social de Derecho, que comprende la libre competencia y la libertad de empresa⁴⁸.

Dentro de esta última, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha ubicado la libertad contractual, para concluir que ésta es un elemento de la libertad de empresa:

"...teniendo en cuenta que el contrato es una de las principales herramientas para la circulación social de bienes y servicios, y el ejercicio simultáneo de derechos y

⁴⁵ FARINA, Juan M., "Contratos Comerciales Modernos"; Ed. Astrea, Buenos Aires: 1997, pag.97.

⁴⁶ FARINA, Juan M., "Contratos Comerciales Modernos"; Ed. Astrea, Buenos Aires: 1997, pag.94.

⁴⁷ Se puede consultar, entre otras, las sentencias T-240/93; T-219/95; T-605/95; T-061/96; T-231/96; T-164/97; T-375/97; C-535/97; SU-039/98; C-624/98; SU-157/99; SU-166/99; SU-167/99; T-1001/00; C-662/00; C-616/01.

⁴⁸ En este sentido, señala la Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001; Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil: "Se ha considerado que la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia".

obligaciones económicas, debe entenderse que "la libertad de contratación" es un elemento del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa"⁴⁹.

En cuanto al ámbito de la libertad económica ha reiterado la H. Corte Constitucional:

"La Constitución garantiza la libertad económica (CP art. 333), la cual, conforme a la variada y extensa jurisprudencia en la materia, puede ser entendida así:

*'La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a las limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social. En términos más generales la libertad económica se halla limitada por toda forma de intervención del Estado en la economía y particularmente, por el establecimiento de monopolios o la clasificación de una determinada actividad como un servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales, etc.'*⁵⁰

*"...[L]a actividad económica de manera general, está reconociendo y garantizando al individuo una multiplicidad de sectores dentro de los cuales puede desplegar su libre iniciativa en orden a la satisfacción de sus necesidades, sin que se permita privilegiar unos sujetos, en detrimento de otros. Por ello, esta garantía constitucional se extiende por igual a empresas organizadas y a las que no lo están, a las personas naturales o jurídicas"*⁵¹.

En cuanto al campo de la libertad de empresa, ha señalado la H. Corte Constitucional:

"Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral.

La libre iniciativa privada, conocida también como libertad de empresa, se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes.

Sin embargo la Constitución ha previsto, para la preservación de valores superiores, las posibilidad y la necesidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los

⁴⁹ Sentencia C-624 de 1998, citada.

⁵⁰ Sentencia T-425 del 24 de junio de 1992, Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Baron; reiterada entre otras en las sentencias C-624 de 1998; y C-616 de 2001, citada.

⁵¹ Sentencia C-616 de 2001, citada

*cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurran los particulares*⁵².

En lo que se refiere al ámbito de la libre competencia ha señalado la H. Corte Constitucional, entre otros criterios, los siguientes:

"La competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita.

(...)

A partir de la Constitución Política de 1991, el ejercicio de la libre competencia, que se consideró siempre, correspondía a la autonomía de la libertad y a la libertad contractual propia de la esfera del individuo, se estima como perteneciente a la estructura del Estado social y democrático de derecho, que se funda en un sistema de economía mixta y en un modelo de economía social de mercado. De este modo debe entenderse el principio establecido en el artículo 333, inciso segundo, de la Constitución Política, según el cual la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades, en el sentido que el ejercicio del derecho individual de la libre competencia está limitado por la función social que debe cumplir. El derecho a la libre competencia es garantizado por la Constitución Política, que simultáneamente exige que en su ejercicio se imponga el respeto a la función social que le es propia.

(...)

Elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren. (Destacamos).

La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada.

Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de

⁵² Sentencia C-524 de 1995, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz; reiterada entre otras, en la sentencia C-616 de 2001, citada.

razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta.

*En ese contexto y supuesto el espacio de concurrencia económica en una determinada actividad, el Estado debe evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia*⁵³.

Ahora bien, como ya se ha citado, el campo de la libertad contractual se concreta en la autonomía de cada individuo para decidir si celebra o no celebra un determinado contrato y para definir su contenido. Por su alcance, esta libertad no puede ser pretexto para interferir en la facultad que tiene el Estado para intervenir en la economía y en particular en los servicios públicos imponiendo límites a la libertad económica; para regular la organización de las actividades económicas, inspeccionar, vigilar y controlar, y corregir las deficiencias del mercado, imponiendo límites a la libertad de empresa; así como para intervenir en todos aquellos aspectos que sean necesarios para crear, promover, incentivar y preservar la competencia.

En este sentido ha dicho la Corte Constitucional:

"La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.

... "Entre los distintos modelos de organización del mercado, la Constitución ha optado por uno que privilegia la libre competencia, para lo cual se reserva a la ley, vale decir, al gobierno democrático, la función de velar por que se configuren las condiciones que lo hacen posible..."

... "Las recurrentes crisis de los mercados y la necesidad de corregir sus excesos y distorsiones, entre los cuales no es el menos grave la tendencia que se advierte a la concentración oligopólica o monopólica, llevó a superar la idea liberal de completa separación entre la economía y la política.

*... "Por su parte la crisis de las instituciones del mercado y la erosión de los poderes de los consumidores, aunada a la importancia que se le reconoce al mercado en las economías contemporáneas, han originado en cabeza del Estado poderosos instrumentos de intervención que le permiten sancionar concentraciones, abusos y disfunciones que a menudo se presentan en ellas, de suerte que a mayor imperfección de éstas el balance induce a una mayor intervención del Estado ya sea para corregirlas, compensarlas o, en casos extremos, sustituir enteramente los mecanismos de mercado."*⁵⁴

⁵³ Sentencia C-616 de 2001, citada.

⁵⁴ Sentencia C-535 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- b) La libertad contractual debe ejercerse dentro de la normatividad expedida por el Estado para regular el contrato.

Dada la importancia que reviste el contrato para la circulación e intercambio de bienes destinados a la satisfacción de las necesidades, el derecho regula el campo de los contratos con el fin de promover y afianzar el cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ellos nacen, asegurar la estabilidad de los mercados, estimular el aumento de las transacciones gracias a la mayor certidumbre y a la reducción de los costos que apareja un régimen establecido para la ejecución ordenada y uniforme del contrato⁵⁵.

Por eso allí donde la normatividad del Estado ha regulado el contrato, la libertad contractual debe ejercerse dentro de dicho régimen con el fin de lograr los fines señalados.

- c) Límites a la libertad contractual.

La libertad contractual, en tanto expresión de la autonomía de la voluntad privada, no es absoluta.

Al respecto ha señalado la H. Corte Constitucional:

“...Dado que el derecho a la actividad económica y a la iniciativa privada precisan del instrumento contractual, no sorprende que las limitaciones ordenadas por la ley con el objeto de asegurar el bien común, la libre competencia y la función social de la empresa, se expresen generalmente en variadas restricciones del propio ámbito contractual (...)”⁵⁶. (subrayamos).

Estas restricciones van más allá de los tradicionales límites establecidos de antiguo por el derecho privado, como se señaló en este mismo pronunciamiento:

“En últimas, no se trata de los consabidos límites externos a la libertad de contratación conocidos de antiguo, sino del nuevo sentido que a la luz de la Constitución ella ha adquirido como instrumento del particular cuyo ejercicio debe hacerse dentro de los límites del bien común y consultando el principio de la solidaridad social (CP arts. 1 y 333). Si la propiedad, la empresa y la iniciativa económica, todas tienen una función social e implican responsabilidades (CP arts. 58 y 333), no puede la institución del contrato - trasunto de la idea de la colaboración social en el intercambio y satisfacción de las necesidades humanas - a través de las cuales ellas se expresan ser una ínsula alejada del influjo y proyecciones de los principios de la solidaridad y de utilidad social a los cuales debe subordinarse.

⁵⁵ “La importancia del contrato en el proceso de intercambio social explica el cuerpo legal - en parte dispositivo - que regula el derecho de los contratos con el fin de promover y afianzar el cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ellos nacen, con lo cual se previene la inestabilidad de los mercados y se estimula el aumento de las transacciones gracias a la mayor certidumbre y a la reducción de los costos que su ordenada y uniforme formulación y ejecución aparejan”. (Corte Constitucional, Sentencia T-240 de 1993; Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; reiterada en sentencia T-231/96; Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁵⁶ Sentencia T-240 de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

De hecho, las intervenciones legales en el terreno del contrato se han orientado a establecer distinta suerte de protecciones a la parte débil y a instituir garantías tendientes a que a través suyo se persigan efectivamente intereses sociales y económicos dignos de tutela, lo cual en parte ha publicado esta materia y ha objetivizado en cierto sentido los vínculos contractuales. En todo caso, no será posible lograr la vigencia de un orden justo si la categoría del contrato, que por sí sola responde de una porción significativa de las relaciones sociales, no es examinada por el Juez y asumida por los particulares con un mínimo criterio de justicia sustancial (CP arts. 2 y 13). (Destacamos).

De la extensa jurisprudencia de la Corte se extraen las siguientes condiciones o características de los límites a la libertad contractual:

- i) La Constitución Política impuso a la libertad contractual los mismos límites de la libertad económica, con el fin de que no se ejerza arbitrariamente ni en contra de los principios constitucionales⁵⁷.
- ii) Desde la Constitución Política la libertad contractual está limitada por la prevalencia del interés general; por la promoción del bienestar general; por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social; por los principios constitucionales, como la libre y leal competencia, la eficiencia, la justicia y la equidad; y en términos generales por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado, que es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares⁵⁸, por la necesidad de que el Estado ejerza labores de vigilancia y control; y particularmente, por la necesidad de limitar el poder del monopolio y de evitar y controlar el abuso de posición dominante; por la clasificación de una determinada actividad como un servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales, etc⁵⁹.

⁵⁷ "12- Conforme a lo expuesto, es innegable que la libertad del individuo en materia económica, si bien está protegida por la Constitución, también se encuentra limitada por la prevalencia del interés general (artículo 1 C.P.), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículo 333, 334 y 335 de la C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que esta Corte ha desarrollado. Por ello esta Corporación ha señalado que "la libre competencia económica no puede erigirse como una barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado, en ejercicio de su básica de dirección general de la economía."25 En ese mismo orden de ideas, así como la Carta ampara la libertad contractual, también le impone límites, que son los mismos de la libertad económica, y que pretenden que su ejercicio en el mercado no sea arbitrario ni desconozca principios constitucionales"(Subrayamos). Sentencia C-624 de 1998, citada.

⁵⁸ "Sin embargo la Constitución ha previsto, para la preservación de valores superiores, las posibilidad y la necesidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares". Sentencia C-616 de 2001, citada.

⁵⁹ Sentencia C-624 de 1998 y C-616 de 2001, citadas.

- iii) La Constitución Política y las normas supranacionales adoptadas internamente facultan al legislador para imponer límites a la libertad contractual, con el fin de promover el bienestar general y proteger el interés general⁶⁰.
- iv) Los límites o restricciones a la libertad contractual deben provenir de la ley, o estar dispuestos u ordenados por ella, cuando la autonomía privada de la voluntad sea insuficiente para garantizar relaciones justas y libres, y los principios constitucionales así lo exijan⁶¹.
- v) La libertad contractual es indispensable para el funcionamiento de los mercados. Sin embargo, en virtud de la facultad de intervención, el Estado está autorizado para sancionar concentraciones, abusos y disfunciones que se presentan en los mercados; para corregirlas, compensarlas; o, en casos extremos, sustituir enteramente los mecanismos de mercado⁶².

⁶⁰ "[s]i bien la Constitución ha elevado la libertad empresa -y junto a ella la libertad de contratar- a la calidad de principio rector de la actividad económica, el Legislador se encuentra facultado para establecer restricciones en este campo, pues la Constitución lo habilita para desarrollar y concretar la sanción o el límite frente a actividades que incumplan los parámetros básicos de conducta fijados por el Constituyente o que sean susceptibles de ello. Además, la Corte recuerda que es precisamente en el ámbito económico en donde, el interés general prima con claridad sobre el interés particular (C.P art. 1 y 58), puesto que sólo limitando, de manera razonable y proporcional, las libertades económicas, puede el Estado contribuir a realizar un "orden político, económico y social justo" (preámbulo) y a hacer efectivos los llamados derechos humanos de segunda generación o derechos prestacionales de las personas.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, señala en su artículo 4º que los Estados pueden limitar por ley este tipo de derechos con el fin de promover el bienestar general en una sociedad democrática, siempre y cuando tales restricciones sean compatibles con la naturaleza del derecho. Igualmente, la Convención Interamericana, incorporada al ordenamiento colombiano por la Ley 16 de 1972, en su artículo 21, reconoce la propiedad privada pero claramente determina que la ley puede subordinar su uso al interés social. Igualmente, el artículo 30 de ese instrumento internacional precisa que esas restricciones deben ser dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". (Sentencias T-240 de 1993, y C-624 de 1998, citadas).

⁶¹ "...[L]as limitaciones a la libertad económica y de contratación tampoco pueden inferirse o imponerse por el Estado de una manera arbitraria e infundada. Así, esta Corte ha señalado que 'las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser dispuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial del derecho. La legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas'. En efecto, debe reconocerse que 'el derecho consagrado en el artículo 333 de la Constitución no solo entraña la libertad de iniciar una actividad económica, sino de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad y libertad.' Igualmente, la 'libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan una base legal y que se justifique socialmente en cuanto se enderezan a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacer la ley cuando la autonomía se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad'. (Sentencias T-240 de 1993; T-231 de 1996; y C-624 de 1998).

⁶² "A lo largo de la evolución histórica se van conformando las instituciones de la economía de mercado. La libre iniciativa privada (libertad de empresa), se reivindica como zona de libertad frente a la precedente ordenación corporativa. La libertad de organización de los factores de la

- vi) En tratándose de sujetos económicos con poder de mercado o posición dominante, o prestadores de los servicios públicos, la ley comúnmente puede obligarlos a contratar bajo múltiples circunstancias⁶³.
- vii) En las actividades sometidas a regulación e inspección, vigilancia y control del Estado, el ejercicio de la libertad contractual puede someterse a reglas que determinen cuáles transacciones deben llevarse a cabo obligatoriamente a través de un determinado mercado, qué montos y cómo deberá efectuarse cada transacción⁶⁴.

5.3 La autonomía de la voluntad privada de los generadores y los comercializadores del servicio público de energía eléctrica.

La ley 143 de 1994, al definir el régimen económico para las ventas de electricidad, estableció en su artículo 42:

"Artículo 42.- Las transacciones de electricidad entre empresas generadoras, entre distribuidoras, entre aquéllas y éstas y entre todas ellas y las empresas dedicadas a la comercialización de electricidad y los usuarios no-regulados, son libres y serán

producción, que incluye la libertad contractual, como facultad del sujeto económico libre, responde a la necesidad de que en el mercado, lugar de encuentro de los operadores, cada uno pueda sacar adelante su interés y asumir la responsabilidad consiguiente. A través del ejercicio de estas dos facultades, la Constitución reconoce un ámbito legítimo para el desarrollo de la razón instrumental que apunta a la satisfacción del interés material propio. Por su parte la crisis de las instituciones del mercado y la erosión de los poderes de los consumidores, aunada a la importancia que se le reconoce al mercado en las economías contemporáneas, han originado en cabeza del Estado poderosos instrumentos de intervención que le permiten sancionar concentraciones, abusos y disfunciones que a menudo se presentan en ellas, de suerte que a mayor imperfección de éstas el balance induce a una mayor intervención del Estado ya sea para corregirlas, compensarlas o, en casos extremos, sustituir enteramente los mecanismos de mercado. Subrayamos. (Sentencia C- 535/97; Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia T-375 de 1997, citada.

⁶⁴ Así se deduce de la Sentencia SU-166/99, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, en la que la H. Corte Constitucional, concluyó en relación con la autonomía de la voluntad de los Comisionistas de Bolsas: "Así mismo, el ejercicio de la actividad bursátil está limitado sólo para quienes ostentan la autorización gubernamental, así por ejemplo para ser comisionista de bolsa se requiere cumplir con condiciones especiales como ser una sociedad anónima, un objeto social exclusivo y determinado: desarrollo del contrato de comisión para la compra y venta de valores y el cumplimiento de requisitos personales y económicos, previamente definidos por la ley o la reglamentación al respecto (Ley 45 de 1990, Decreto 1172 de 1980 y Resoluciones 400 y 1200 de 1995 de la Superintendencia de Valores). De igual manera, el ejercicio de la actividad es reglado, como quiera que la legislación y la inspección gubernamental determinan cuáles transacciones deben llevarse a cabo obligatoriamente a través de bolsas de valores, qué montos y cómo deberá efectuarse cada transacción". (Destacamos). (Destacamos).

remuneradas mediante los precios que acuerden las partes. Se incluyen en este régimen las transacciones que se realicen a través de interconexiones internacionales. (...)

Las compras de electricidad por parte de las empresas distribuidoras de cualquier orden deberán garantizar, mediante contratos de suministro, el servicio a los usuarios atendidos directamente por ellas, por el término que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas. Tales contratos se celebrarán mediante mecanismos que estimulen la libre competencia, y deberán establecer, además de los precios, cantidades, forma, oportunidad y sitio de entrega, las sanciones a que estarán sujetas las partes por irregularidades en la ejecución de los contratos y las compensaciones a que haya lugar por incumplimientos o por no poder atender oportunamente la demanda". (Destacamos).

¿Constituye el principio de libertad previsto en esta norma un reconocimiento absoluto la autonomía de la voluntad privada?. En otras palabras, ¿reconoce esta ley el mismo grado de libertad que en términos generales se garantiza a los particulares?.

Los criterios constitucionales y jurisprudenciales que se han dejado analizados en los acápite anteriores no permiten concluir un reconocimiento absoluto de la autonomía de la voluntad privada a persona alguna. Como se dejó establecido, la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que la Constitución Política no reconoce la autonomía de la voluntad privada como un concepto absoluto, y menos autoritario. No puede, por tanto, interpretarse la ley en este sentido.

Para el caso específico existe en las leyes 142 y 143 de 1994 un conjunto de normas que permiten determinar el ámbito de la libertad contractual que se reconoce a los generadores y comercializadores de electricidad, de las cuales se concluye que su campo de acción es mucho más restringido que el que se reconoce a los demás particulares. Dentro del ámbito reconocido por estas leyes se debe analizar la propuesta de la CREG.

5.3.1 Naturaleza de las actividades de generación y de comercialización de energía eléctrica.

Estas actividades están definidas como servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de utilidad pública (L. 143/94, art. 5, y L. 142/94, arts. 4, 14.2 y 14.25), y sometidas a la intervención del Estado, especialmente la que se lleva a cabo a través de los instrumentos de regulación, y de inspección, vigilancia y control (L. 142/94, arts. 3, 73, 74 y 79).

Se trata de actividades reguladas y controladas por el Estado; en consecuencia, la libertad económica y contractual de quienes las acometen está sometida a los límites y restricciones establecidas por la Constitución para este tipo de servicios públicos, como dejamos establecido en los puntos anteriores, y a las restricciones legales que se analizarán a continuación.

5.3.2 Reglas generales y obligaciones específicas impuestas por la ley para la compra y venta de energía en energía en grandes bloques.

a) Reglas Generales para los generadores y los comercializadores de energía.

- Las empresas generadoras y comercializadoras que hacen parte del Sistema Interconectado Nacional deben vender y comprar la energía en grandes bloques, en el Mercado Mayorista. (L.143, art. 11 y 25; Ley 142, arts. 3, inciso final; y 168). Estas normas limitaron la libertad contractual en cuanto al mercado donde pueden efectuar sus operaciones: Deben hacerlo a través del Mercado Mayorista.
- En cuanto a las personas con quienes pueden contratar, la ley reservó la participación en este mercado únicamente a los generadores y comercializadores. Por tal razón los contratos propios del objeto de este mercado se llevan a cabo únicamente entre generadores y comercializadores. (L.143, art. 11).
- En cuanto a la forma como se realizan las compras y ventas de electricidad en el Mercado, la ley estableció que deben realizarse con sujeción los procedimientos, principios y criterios establecidos por la CREG para regular el funcionamiento de ese Mercado (L. 143, arts. 11 y 25; Ley 142, arts. 3, inciso final; y 168).

b) Restricciones legales para la venta de la energía que tienen disponible las empresas generadoras y comercializadoras en el Sistema Interconectado Nacional.

- Establece la ley que las entidades públicas y privadas con energía eléctrica disponible podrán venderla, a través de las operaciones que prevé la ley, las cuales deben realizar con sujeción a los procedimientos, principios y criterios establecidos por la CREG. (L. 143/94, Art. 26).
- Pueden participar en el Sistema Interconectado Nacional, cuyo cubrimiento determina el ámbito espacial del Mercado Mayorista, bajo dos modalidades (L. 143, arts. 26 y 31):
 - i) Sometiéndose a la demanda del mercado y operando en un sistema de precios y tarifas determinado por el libre juego del mercado. No se obliga a entregar una cantidad fija de energía; o
 - ii) Comprometiéndose con una empresa comercializadora de energía a suministrar:
 - ✓ **Cantidades fijas de energía eléctrica**
 - ✓ **Durante un determinado período**
 - ✓ **Y en un horario preestablecido.**

Bajo esta modalidad, la norma (L. 143/94, art. 31) obliga a suscribir contratos de compra garantizada de energía.

- En cuanto a la forma como pueden llevar a cabo estas operaciones, el parágrafo del artículo 31 de la Ley 143 de 1994, reitera lo establecido en los artículos 11 y 25, en el sentido de que cualquiera de estas dos modalidades que escojan las empresas con energía disponible, la venta la deben hacer mediante los procedimientos, criterios y principios establecidos por la CREG en el Reglamento de Operación. (L. 143, art. 31, Parágrafo).

- En cuanto al término de duración o periodo de los contratos, está limitado a lo que haya establecido la CREG por vía general. (L. 142, art. 73.16, L. 143 art. 42).
- En tratándose de contratos de compra garantizada, deben cumplir los criterios establecidos por la CREG para la fijación de estos compromisos. (L. 142, art. 74.1, literal a; L. 143, art. 31, Parágrafo.)

c) Restricciones legales para la compra de energía en grandes bloques en el Sistema Interconectado Nacional.

En orden a la adquisición de energía eléctrica en el Sistema Interconectado para atender a los usuarios finales por parte de los comercializadores, la ley establece las siguientes reglas específicas:

- Deben adquirir la energía que “requieren para atender a sus usuarios”, por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones (L. 142, art. 35; L. 143, art. 42).
- Cuando la CREG así lo exija, deben celebrar sus contratos previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes. (L. 142, art. 35)
- Deben garantizar, mediante contratos de suministro, la compra de energía que requieren para prestar el servicio a los usuarios atendidos directamente por ellas, por el término que establezca la CREG. (L. 143, art. 42).

Estos contratos deben contener: (L. 143, art. 42)

- ✓ **Precios**
 - ✓ **Cantidades**
 - ✓ **Forma**
 - ✓ **Oportunidad y sitio de entrega,**
 - ✓ **Las sanciones a que estarán sujetas las partes por irregularidades en la ejecución de los contratos**
 - ✓ **Las compensaciones a que haya lugar por incumplimientos o por no poder atender oportunamente la demanda.**
 - El comprador de energía, en este caso las empresas comercializadoras, está sometido a las mismas restricciones que aplican para quienes tienen energía disponible para la venta en el Sistema Interconectado Nacional, dado que el comprador es la contraparte en el contratos que puede celebrar quien tiene energía para la venta.
- 5.3.3 Prohibiciones impuestas por la ley a los generadores y comercializadores para la compra y venta de energía en grandes bloques.**
- Las empresas deben abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia como sucede en el Mercado Mayorista. (L. 142, art. 11).

- Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia. (L. 142, art. 35).
- Se considera violatorio de las normas sobre competencia, y constituye abuso de posición dominante en el mercado (L.143/94, art. 43):
 - ✓ Cualquier práctica que impida a una empresa negociar libremente sus contratos de suministro;
 - ✓ Cualquier intento de fijar precios mediante acuerdos previos entre vendedores, entre compradores, o entre unos y otros.
 - ✓ Cualquier acto o contrato alguno que prive a los usuarios de los beneficios de la competencia.
 - ✓ En adición la jurisprudencia de las H. Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia han considerado que de acuerdo con la legislación vigente en Colombia, constituye abuso de posición dominante cualquiera de estas conductas:
 - Imposición inequitativa de precios de compra o de venta o de otras condiciones contractuales, ya se haga de manera directa o indirecta;
 - Limitación de la producción, de los mercados o de los desarrollos tecnológicos en perjuicio de los consumidores;
 - Aplicación de condiciones distintas respecto de determinadas personas y transacciones, no obstante tratarse de negocios equivalentes, con grave detrimento de su posición competitiva;
 - Sujeción de la celebración de contratos a la adquisición de obligaciones adicionales no relacionadas con su objeto;
 - Negativa a contratar. Se configura cuando sin obrar un motivo objetivo y razonable, la empresa dominante rehúsa suministrar el bien que produce a quien lo solicita, eliminando o restringiendo la competencia en dicho mercado o reservándolo para sí.
 - En la etapa previa a la celebración del contrato también puede presentarse abuso de posición dominante. (C. S. de J.)

5.3.4 Directriz de política sobre la comercialización de energía y el reconocimiento de los costos de compra de energía.

Mediante Decreto 387 de 2007 el Gobierno Nacional estableció “políticas generales en relación con la actividad de comercialización del servicio de energía eléctrica...”

El artículo 3 del Decreto 387 de 2007 establece:

“Artículo 3º. Políticas para el desarrollo de la Actividad de Comercialización Minorista: Con el fin de asegurar que los beneficios derivados de la competencia se extiendan a todos los usuarios del servicio de energía eléctrica, la CREG deberá adoptar normas que garanticen el tratamiento simétrico en la asignación de derechos y obligaciones entre los agentes Comercializadores Minoristas que operan en el Sistema Interconectado Nacional.

En desarrollo de lo anterior, la CREG aplicará los siguientes criterios:

a- Se reconocerá el costo de la energía adquirida por los Comercializadores Minoristas que atienden Usuarios Regulados. Dicha energía deberá ser adquirida a través de los mecanismos de mercado establecido por la CREG.” (Se destaca).

Como se observa la norma contiene dos obligaciones: la primera se refiere a la forma en la que el regulador debe reconocer los costos de generación en los que incurren los comercializadores y la segunda con el mecanismo a través del cual los éstos deben comprar la energía para efectos de que dichos costos les puedan ser reconocidos en su totalidad.

Debe tenerse en cuenta que cuando la norma citada dispone que la totalidad de los costos debe ser reconocida, necesariamente implica que éstos, todos los costos, deben ser trasladados al usuario final en la tarifa que le cobran las empresas prestadoras del servicio. Es decir se establece un “*passthrough*” puro que conlleva a que el comercializador no asuma responsabilidad ni riesgo por la eficiencia de las compras de energía que hace para atender su mercado regulado. Entendemos que es por esta razón que el decreto obliga que dicha energía se adquiera a través de los mecanismos de mercado que defina la CREG.

En este contexto de política y dando cumplimiento a los postulados legales y constitucionales sobre prestación eficiente del servicio de energía, promoción de la competencia y prevención del abuso de posición dominante, debe la CREG ejercer las funciones que le han sido encargadas y los comercializadores desarrollar su actividad económica.

En cumplimiento de lo establecido en el Decreto la Comisión expidió la Resolución CREG 119 de 2007 mediante la cual aprobó *“la fórmula tarifaria general que permite a los Comercializadores Minoristas de electricidad establecer los costos de prestación del servicio a usuarios regulados en el Sistema Interconectado Nacional.”* El Capítulo III define la forma de trasladar al usuario regulado los costos de compra de energía indicando que una vez la totalidad de la energía que requiere el comercializador para atender este segmento haya sido obtenida a través de los mecanismos de mercado que defina la CREG, el prestador del servicio podrá trasladar el 100% del costo correspondiente.

Con la implementación del *Mercado Organizado MOR*, la CREG busca establecer el mecanismo y los procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes en la compra la energía que requieren las empresas para atender a sus usuarios, como lo exigen especialmente los artículos 35 de la ley 142 de 1994 y 42 de la ley 143 del mismo año, así como desarrollar el mecanismo de mercado del que trata el citado decreto.

Este mecanismo, como es lógico, no puede de ninguna forma de apartarse de los postulados constitucionales y legales que rigen la gestión que debe adelantar la Comisión como regulador del servicio de energía eléctrica. Es así que el esquema propuesto busca

lograr condiciones de verdadera competencia en la oferta de energía para atender la demanda regulada, lo cual se logra al agrupar todos los comercializadores que atienden esta demanda para que compren la energía mediante subastas organizadas donde el esquema de garantías y el producto estandarizado, permite que haya una asignación transparente.

6 La propuesta del MOR y la libertad contractual de los agentes del mercado mayorista.

Del conjunto de normas analizadas se concluye que la libertad contractual de los generadores y los comercializadores de energía eléctrica no comprende la facultad de decidir libremente las formas de participación en el mercado mayorista, ni los procedimientos a través de los cuales pueden actuar en orden a celebrar y ejecutar sus contratos, por cuanto éstos son aspectos definidos por la ley y que le corresponde regular a la CREG a través del Reglamento de Operación, en ejercicio de las facultades y funciones que le asignaron estas leyes.

Son enfáticas las normas de las leyes 142 y 143 de 1994 al establecer el sometimiento de estos agentes a las reglas y procedimientos establecidos por la CREG para el funcionamiento del mercado mayorista, lo cual, como dejamos establecido en los acápitulos anteriores, incluye la regulación de los contratos que allí se celebran, su duración, los procedimientos que deben seguir los agentes para su celebración, etc.

Como se ha discutido ampliamente, la principal función que debe ejercer el regulador es la corregir las fallas del mercado para lograr condiciones de competencia que beneficien a los usuarios en la provisión del servicio de energía. Para el ejercicio de esta función el regulador debe sujetarse a las normas de carácter superior que lo rigen, encausarse al cumplimiento de los objetivos constitucionales y legales y debe considerar las condiciones del mercado que regula para atender adecuadamente estos mandatos y fines.

En este contexto, el regulador no puede entonces pasar por alto que en la prestación del servicio de energía a usuarios finales los agentes con mayor número de usuarios regulados están totalmente integrados en las actividades de generación y comercialización, o que la capacidad de generación está a cargo de un número de reducido de participantes del mercado.

La implementación del Mercado Organizado –MOR- busca corregir las fallas que está presentando el esquema vigente de compra de energía para usuarios regulados a fin de lograr una formación eficiente y transparente de los precios de la energía que se trasladarán al usuario final. La propuesta prevé un mecanismo de subastas en el cual se asegura la concurrencia de oferta y demanda, producto de las cuales los comercializadores contratan la demanda de sus usuarios regulados por períodos de uno o más años.

Para lograr un mecanismo efectivo que corrija efectivamente las fallas que se han identificado el regulador debe considerar las características del mercado de energía e incorporar instrumentos que permitan el cumplimiento del objetivo mencionado, precaviendo que se preste para prácticas anticompetitivas o abusivas que lesionen los intereses del mercado y del usuario final que es atendido por los comercializadores.

Estas salvaguardas son especialmente importantes dada la adopción del *passthrough* puro para las compras de energía con destino al mercado regulado, al que ya se hizo referencia, y por el cual los comercializadores quedan relevados de asumir cualquier riesgo por la eficiencia o ineficiencia de su gestión en dichas compras.

A la celebración y la ejecución ordenada y uniforme de los contratos, la jurisprudencia nacional⁶⁵ y la doctrina⁶⁶, le han reconocido entre otros beneficios los de asegurar la estabilidad de los mercados, promover y afianzar el cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ellos nacen, estimular el aumento de las transacciones, favorecer una mayor seguridad jurídica y la reducción de los costos. Por otro lado, se trata de esquemas de contratación comúnmente aceptados y aplicados en el comercio internacional⁶⁷. No se puede interpretar que la contratación uniforme o estandarizada anule la libertad contractual, consideramos que por el contrario incentiva la contratación y permite la utilización eficiente y objetiva del contrato como mecanismo para el intercambio de bienes o servicios.

Como se dejó explicado en los numerales precedentes, las leyes 142 y 143 de 1994 establecieron que quienes tienen energía disponible para vender en el Sistema Interconectado Nacional, la pueden vender a través de dos modalidades: Una, en la cual no se compromete previamente una cantidad determinada de energía, por tanto las transacciones serán las resultantes del libre juego de la oferta y la demanda. El mercado spot actual del Mercado Mayorista sirve a los propósitos de esta primera modalidad. Y la otra, en la cual quienes tienen energía disponible comprometen unas cantidades fijas durante un periodo determinado, para lo cual la ley obliga a celebrar los respectivos contratos.

La propuesta del Mercado Organizado busca justamente un mecanismo transparente para la celebración de estos contratos de tal forma que se procuren precios eficientes para la energía destinada a los usuarios regulados.

Ahora bien, en cierto tipo de contratación, como la que se da entre particulares, puede existir un amplio espacio para la discusión o la negociación del contrato. Sin embargo, en tratándose de economías de mercado a gran escala, la discusión o negociación del contrato se ha reducido al punto esencial de la libertad de contratación consistente en poder decidir si se celebra o no el contrato en las condiciones previamente preestablecidas.

⁶⁵ “La importancia del contrato en el proceso de intercambio social explica el cuerpo legal - en parte dispositivo - que regula el derecho de los contratos con el fin de promover y afianzar el cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ellos nacen, con lo cual se previene la inestabilidad de los mercados y se estimula el aumento de las transacciones gracias a la mayor certidumbre y a la reducción de los costos que su ordenada y uniforme formulación y ejecución aparejan”. (Corte Constitucional, Sentencia T-240 de 1993; Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; reiterada en sentencia T-231/96; Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁶⁶ Respecto de los beneficios de la contratación estandarizada, plantea FARINA Juan Manuel, entre otros los celeridad en las contrataciones; facilitar la racionalización de la empresa; la seguridad jurídica; el ahorro de costos; posibilitar y facilitar los cálculos; otorgar trato igualitario a los clientes, etc. “Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresaria”. Ed. ASTREA. Buenos Aires, 1997.

⁶⁷ Se puede consultar, entre otros, Farina Juan Manuel y Stiglitz Rubén S.; en las obras citadas.

A manera de ejemplo puede citarse la venta de productos en los llamados almacenes de cadena, grandes supermercados o grandes plataformas; en las grandes cadenas de comidas; los servicios en los bancos; el contrato de seguros, el transporte masivo aéreo, terrestre, y marítimo; las video tiendas, los espectáculos artísticos y deportivos, e inclusive los contratos que actualmente se celebran en la bolsa de energía, etc, en los cuales la libertad de discusión o negociación del contrato se reduce a la posibilidad de decidir si se adquiere o no el producto o servicio. En materia de servicios públicos, es el tratamiento general que le da la Ley 142 de 1994 al contrato de prestación del servicio al usuario.

En otros casos, como ya se ha señalado, por razones de política social o económicas, la ley puede restringir la libertad contractual al punto de impedir que se decida si se celebra el contrato o no, estableciendo la obligación de contratar y de hacerlo a través de una determinada forma, como lo hicieron los artículos 35 de la ley 142 de 1994 y 42 de la ley 143 del mismo año.

El hecho de que los términos del contrato no se puedan discutir o negociar ampliamente de manera alguna se considera una restricción ilegítima a la libertad de contratación, sino por el contrario, un fenómeno generalmente aceptado que favorece la contratación en masa y el desarrollo de la empresa.

En el Mercado Mayorista de energía de Colombia se compra y se vende en grandes bloques toda la energía eléctrica que es requerida para prestar este servicio a los usuarios conectados al Sistema Interconectado Nacional, sin excepciones. En este mercado el negocio de los generadores es vender la energía de sus unidades o planta de generación y el de los comercializadores, poder intermediar entre el productor y el usuario final, sin perder de vista que se trata de un servicio público. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que como consecuencia de las disposiciones incorporadas en el Decreto 387 de 2007 y de lo establecido en la Resolución CREG 119 de 2007, en lo que respecta a la compra de energía para la demanda regulada, los comercializadores han perdido todo incentivo de eficiencia o señal de riesgo en su gestión.

La propuesta del MOR define una contratación estandarizada que permite agilizar y reducir los costos de transacción, y que se lleve a cabo en condiciones objetivas para todos que allí participan.

En este mismo mercado, un esquema de contratación subjetiva como el vigente, donde los esquemas de contratación permiten identificar y privilegiar las condiciones particulares de cada sujeto, no solamente dilata el proceso de contratación, sino que favorece las discriminaciones puramente subjetivas que pueden llegar a constituir prácticas restrictivas de la competencia, abuso de posición dominante, e inclusive la violación del principio de libertad contractual a aquellos agentes a quienes se les niegue la posibilidad de contratar. Estas situaciones constituyen fallas del mercado que como se expuso, la Corte Constitucional considera pueden resultar contrarias a los postulados básicos del Estado Social de Derecho.

Por otro lado, la propuesta también está encaminada a estandarizar o normalizar el tipo de contratos a realizar, teniendo en cuenta las cantidades de energía, los períodos de entrega y el término de duración, aspectos directamente relacionados con el contenido del contrato.

En cuanto se refiere al término de duración del contrato, este es un aspecto respecto del la ley 143 de 1994, artículo 73.16, y la ley 143 del mismo año, artículo 42, facultaron a la CREG para regular por vía general y con carácter obligatorio esa materia.

En cuanto se refiere a las cantidades de energía y los periodos de entrega, debe tenerse en cuenta en primer lugar, que por definición legal el Mercado Mayorista es el mercado de grandes bloques de energía; y por otro lado, que en tratándose de contratos en los cuales se comprometen cantidades fijas de energía, y contratos mediante los cuales se respalda el suministro de energía a los usuarios, por mandato directo de la ley deben tener claramente definidos las cantidades y los períodos de entrega.

Si bien estos aspectos están relacionados con el contenido del contrato, la regulación propuesta está encaminada a hacer efectiva la contratación en los términos establecidos por las leyes 142 y 143 de 1994.

Por las anteriores razones se concluye que la propuesta aquí analizada no desconoce la libertad contractual que las leyes 142 y 143 de 1994 reconocen a los generadores y comercializadores para comprar y vender energía en el Sistema Interconectado Nacional, sino que por el contrario se trata de una propuesta que busca cumplir los objetivos legales que tanto la Constitución como estas leyes asignaron al mercado como mecanismo de asignación eficiente de bienes y servicios; al contrato como instrumento para el intercambio objetivo, equitativo y justo de bienes y servicios; y a la regulación como mecanismo de intervención del estado en el servicio de energía eléctrica para hacer coincidir los intereses de los prestadores del servicio con los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho y el interés general cuya satisfacción se persigue con este servicio.