LUIS FERNEY MORENO CASTILLO*

Intervención del Estado en los negocios jurídicos de energía eléctrica

INTRODUCCIÓN

El tema que a continuación se desarrolla fue seleccionado con el fin de someter a reflexión nuestra preocupación respecto de las limitaciones a la libertad contractual determinadas por la abundante intervención del Estado en los negocios jurídicos que se celebran en el sector eléctrico.

Se trata, igualmente, de escudriñar en la realidad hasta dónde va esa intervención del Estado y qué tanto campo de acción le queda a la autonomía privada.

La ponencia está compuesta de dos partes, la primera estudia las fuentes del negocio jurídico según la teoría general del negocio jurídico, y la segunda analiza en concreto las fuentes de los negocios jurídicos de energía eléctrica y todas sus vicisitudes.

Anexo al presente escrito se encuentra un cuadro resumen con el fin de facilitar la comprensión de cada uno de los elementos de los negocios jurídicos que se celebran en el sector eléctrico.

I. LAS FUENTES DEL NEGOCIO JURÍDICO

A. TEORÍA CLÁSICA DE LAS FUENTES DEL NEGOCIO JURÍDICO

La teoría clásica considera que la fuente del negocio jurídico es la autonomía de la voluntad, ya sea desde su explicación de libre contratación o auto disposición o auto regulación de intereses. Esta teoría se fundamenta sobre todo en el liberalismo económico[1]. El culto a la autonomía de la voluntad que se erige "… fue forjado en el clima racionalista y ultraindividualista de la Enciplopedia y de la Revolución"[2].

---

* Director de la Especialización en Derecho Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia.

1 CH. LARROUMENT. *Droit civil. Les obligations-Le contrat*, t. III, 2.ª ed., Paris, 1990.

2 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, pp. 6 y 7.

Esta teoría tuvo su recepción en el Código napoleónico de 1804, Código que tuvo gran influencia en Europa y Latinoamérica, en especial en el derecho civil colombiano[3]. Realmente esa visión del negocio jurídico tuvo su esplendor bajo la concepción del Estado gendarme cuya misión se limitaba a la protección de los derechos y libertades individuales.

Como secuela de este principios de la autonomía de la voluntad queda el legados de principios importantes que hoy sobreviven en el derecho positivo comparado y colombiano, y que están cobijados bajo el principio y la dimensión de libertad[4]: los particulares pueden hacer todo lo que no está prohibido, el contrato legalmente celebrado es ley para la partes, libertad de contratar o no contratar, libertad de escoger con quién, libertad de seleccionar la figura más apropiada para el caso, libertad de determinar el contenido, libertad de celebrar por sí mismo o por medio de representante, apoderado, libertad de forma de expresarse, libertad de prevenir y realizar la terminación del contrato

B. TEORÍAS MODERNAS DE LAS FUENTES DEL NEGOCIO JURÍDICO

Dentro de la teorías modernas de las fuentes del negocio jurídico se sigue defendiendo como fuente la autonomía de la voluntad, pero hay que reconocer que este concepto ha sufrido transformaciones, como se verá posteriormente. Otra fuente importante son las normas jurídicas superiores e inferiores en virtud de la intervención del Estado en la economía (leyes, decretos, resoluciones y circulares), así como de los procesos de integración económica (normas comunitarias).

1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El concepto ha evolucionado a tal punto que está sometido a límites[5], como lo afirma FERNANDO HINESTROSA. Ahora bien, nosotros hemos recogido de la doctrina general que los límites se dan en tres dimensiones: primero, límites de la

---

3 Ibíd., p. 7.
4 FERNANDO HINESTROSA. *Función, límites y cargas de la autonomía privada*, cit.
5 Ídem.

autonomía por las buenas costumbres; segundo, límites de la autonomía por el orden público, y tercero, límites de la autonomía por las nuevas formas de contratación. Profundizaremos en la segunda y tercera dimensiones.

Ante estos fenómenos, según Hinestrosa, existen posturas que toman como elemento de base la iniciativa privada de los actos y de la actividad de los particulares, y no la autonomía privada, porque se viene perdiendo la posibilidad de autorregulación privada a causa de la muy frecuente y permanente intervención del Estado en los negocios jurídicos como consecuencia de la conservación de orden público económico.

Por lo anterior, hoy la invitación que hace la doctrina, como lo manifiesta de nuevo Hinestrosa, es a reflexionar sobre la razón de ser de la autonomía privada frente a la intervención del Estado en sentido negativo de limitación o en sentido positivo de dirección y protección del mercado.

a. autonomía de la voluntad y orden público

La aparición del concepto de orden público no es fortuita, realmente es fruto de una evolución filosófica del Estado y de la sociedad, en el cual se fundamenta en nuevos concepto como función social de la propiedad[6], la subordinación de la voluntad privada al derecho[7]. En efecto, como lo reseña Arturo Fermandois Vohringer, el concepto de orden público nació como reacción al liberalismo económico del xix, pero es importante registrar la mutabilidad del concepto, porque hemos pasado de un orden público tradicional, recepcionado en la doctrina del derecho civil y en nuestro derecho positivo en el Código Civil, a una noción de orden público económico (ope) cuyo origen Fermandois e Hinestrosa reconocen en Ripert[8]. En efecto, éste, en 1948 expresó: "Junto a la organización política del Estado, hay una organización económica tan obligatoria como la otra. Existe, en consecuencia, un orden público económico". A partir de aquí el ope ha adquirido una magnitud inimaginable desde su aparición hasta hoy, y en él se fundamenta la intervención del Estado en la economía.

---

6 Ídem.

7 Guillermo Ospina Fernández. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, cit.

8 George Ripert. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, lgdj, 1948.

Otra contribución a la construcción del concepto de OPE proviene de GERARD FARJAT, tal como lo examinan FERMANDOIS e HINESTROSA. El aporte de este importante tratadista del derecho económico es el haber logrado materializar o darle dos sentidos al OPE: orden público económico de dirección (dice lo que debe hacerse) y orden público económico de protección (protege los intereses de contratantes o participantes en el mercado). Esto, evidentemente, supera la función clásica de prohibición del orden público tradicional.

Ahora bien, es necesario relacionar la noción de autonomía privada y de orden público en el derecho positivo colombiano. La idea de autonomía de la voluntad tiene su origen en el principio de que "los particulares pueden hacer todo lo que no está prohibido", y en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra consagrado en el artículo 6.º de la Constitucional Nacional que reza así: "Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes". Por particulares debe entenderse aquellos que no son servidores públicos, lo que significa que dentro de este concepto caben las personas naturales que no sean servidores públicos y, por simple deducción, empresas privadas, oficiales o mixtas que no serían, desde luego, servidores públicos.

Por otro lado, la responsabilidad de los particulares sería básicamente por infringir normas jurídicas de prohibición, de dirección o protección.

– ORDEN PÚBLICO TRADICIONAL

La idea de orden público tradicional ha tenido una función principal de prohibición, como desarrollo de ello la doctrina ha dado algunos ejemplos: invalidez de los actos, nulidad absoluta de los negocios jurídicos, capacidad de los contratante, etc.

– ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Como hemos venido diciendo, el OPE es el fundamento de la intervención del Estado en la economía y su meta es el bien común, concretándose en el principio de que el interés general prevalece sobre el interés particular o privado[9].

---

9 JOHN JAEDERLUND LUTTECKE. *El recurso de amparo económico*, Librotécnica, 1999. Este

Desde el punto de vista del derecho comparado, el OPE en cada país tiene diferente consagración, algunos lo reseñan como un principio o valor del Estado, otros lo han elevado a rango constitucional, pero en realidad la línea común a todos los países es la que sirve de fundamento filosófico y jurídico para la intervención del Estado en la economía en general, y, en especial, en los procesos económicos, en las operaciones económicas que se hacen a través de contratos, en el mercado, todo en procura de establecer limitaciones, o dirección y protección para garantizar el bien común.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia colombiana, GABRIEL ESCOBAR SANÍN testimonia lo siguiente en relación con el concepto de OPE: "la jurisprudencia nacional trata de esbozar diciendo que son aquellos asuntos que interesan más a la comunidad que a los hombres individualmente considerados y se inspiran más en el interés general que en el de éstos".

Por otro lado, MARÍA LUGARI[10] reseña una sentencia de 1958 de la Corte Suprema de Justicia en la cual esta alta corporación jurisdiccional entendió la noción de orden público en un sentido amplio y no restringido: "no está referida hoy a una mecánica concepción del orden policiaco de la nación, sino que abarca también un determinado orden económico, un determinado orden social y un determinado orden político y moral".

Encontramos que la jurisprudencia colombiana hace relación a la noción de OPE en sus dos sentidos: un sentido de limitación razonable a la actividad privada o la libre competencia con el fin de garantizar el interés colectivo; basta citar textualmente la sentencia C-083 de 1999[11]:

> La noción de orden público económico hace referencia al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país. En Colombia, si bien no existe un modelo económico específico, exclusivo y excluyente, el que

---

autor chileno cita una definición de orden público económico en los siguientes términos: "el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución".

10 MARÍA LUGARI. *Derecho cambiario*, Bogotá, Legis.

11 Sentencia C-083 del 17 de febrero de 1999, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

> actualmente impera, fundado en el Estado social de derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo.

Y en el sentido de equilibrio entre la iniciativa privada y la intervención estatal: citamos textualmente lo afirmado por esa corporación:

> Así las cosas, en el sistema colombiano, el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores públicos, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de las comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población.

b. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN

La autonomía de la voluntad es limitada por una de la partes, en especial por la parte más fuerte en la relación negocial; en donde más se evidencia esta realidad jurídica es en las nuevas formas de contratación, *v. gr.*: el contrato de adhesión, el contrato de condiciones generales o uniformes, el contrato forzado, el auto contrato o contrato consigo mismo.

Podemos concluir que la autonomía de la voluntad hoy en nuestra época está muy limitada pese a continuar siendo una fuente del negocio jurídico. Los principales límites a la autonomía privada son el orden público tradicional o clásico, el orden público económico y las nuevas formas de contratación privada.

2. NORMAS JURÍDICAS PRODUCTO DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA Y DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA

La otra fuente de los negocios jurídicos son las normas jurídicas superiores e inferiores fundamentadas en el orden público económico cuando el Estado interviene en la economía o se está ante procesos de integración económica.

La mayoría de esas normas son imperativas, y otras son normas dispositivas. Esta últimas son dispositivas porque tienden a dar orientación a la parte más débil de la relación contractual.

En el derecho comparado como en el derecho colombiano encontramos ordenamientos jurídicos que se han organizado apelando el concepto de orden público económico. Esto ha traído como consecuencia restricciones a la libertad contractual o a la autonomía de la voluntad.

a. DIRECCIONISTAS

Tal como se vio anteriormente, la intervención del Estado en un sentido de OPE direcccionista lo que hace es ordenar el mercado hacia unos fines establecidos en la Constitución Nacional. En el derecho colombiano el poder público tiene la facultad de dirección de la economía general y de ahí se derivan políticas y normas jurídicas que dirigen la actividad económica del país.

– DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

En relación con los servicios públicos, el Estado interviene y apela al concepto de OPE para que se desarrollen y se ciñan los participantes y las actividades a los principios del servicio público: eficiencia, continuidad, regularidad, igualdad, neutralidad, seguridad, calidad, cobertura y precios accesibles.

– DERECHO FINANCIERO

El Estado intervine, como lo expresa MARTÍNEZ NEIRA: "En general, siempre se persigue con empeño que el ahorro de la comunidad pueda circular adecuadamente hacia los sectores productivos, bajo la forma de crédito, a través de mercados privados formales, que le den transparencia a la actividad de intermediación y favorezcan una evolución del financiamiento del aparato productivo, sin traumatismos ni sobresaltos".

– DERECHO CAMBIARIO

El Estado interviene en el mercado de las divisas en procura de organizar la moneda nacional con las monedas extranjeras.

b. PROTECCIONISTAS

La intervención del Estado en razón del OPE proteccionista lo que hace es proteger a los participantes del mercado frente a conductas ilícitas, o a los participantes de un contrato en donde uno de ellos es más débil.

– DERECHO DE LA COMPETENCIA

Según LARROUMET "El derecho de la competencia comporta restricciones a la libertad contractual, pues prohíbe o reglamenta algunas prácticas con oportunidad de la celebración de numerosos contratos. En términos generales, las relaciones contractuales deben tener en cuenta las restricciones impuestas por el derecho de la competencia. Estas restricciones se justifican para evitar a una competencia anárquica. No habría competencia si algunas prácticas hubieran de permitir a una empresa colocarse en una situación monopolística después de haber eliminado a los competidores presentes o potenciales".

– DERECHO DEL CONSUMIDOR

El derecho del consumidor es un conjunto de normas de protección de los consumidores como parte débil de la relación contractual. Es pertinente citar lo que expresa LARROUMET: "… ciertamente el consumidor, inerme frente a profesionales, altamente especializados en la distribución en cadena de mercancías y de servicios, tiene derecho a contar con la ley para la protección de sus intereses: así la ley ha de intervenir para determinar las condiciones de formación y el contenido de contratos…".

II. LAS FUENTES DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DE ENERGÍA ELÉCTRICA

Las fuentes del negocio jurídico de energía eléctrica son la autonomía de la voluntad, aunque, como veremos, bastante limitada, y las normas jurídicas superiores e inferiores que regulan el servicio público de energía eléctrica.

En efecto, la autorregulación privada en la actividad eléctrica es bastante limitada, por las razones anteriormente expuestas: el Estado impone limitaciones en razón del orden público y a la prevalencia del interés general.

Podemos afirmar entonces que en el sector eléctrico la autorregulación es bastante limitada por las normas jurídicas que se expiden en virtud de la facultad de regulación que detenta el Estado. Lo que se sobrepone a esa circunstancia es el desarrollo de la iniciativa privada, la cual no se ha perdido.

A. Principio de incorporación de las normas jurídicas y su excepción en los negocios jurídicos de energía eléctrica

De este principio consagrado en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 se han derivado dos acepciones: la primera parte de la base de que las normas vigentes al tiempo de la celebración de un negocio jurídico se entienden incorporadas a este; por tanto, ninguna de las partes intervinientes del negocio jurídico no pueden ni rehuirlas ni aducir que las normas jurídicas no estipuladas no lo vinculan. La segunda se refiere a que las normas jurídicas que dominan el negocio jurídico sólo son las vigentes al momento de su celebración. Esta última acepción tiene excepción en el artículo 18 de la Ley 153, en la cual las nuevas normas jurídicas se aplican de inmediato al negocio jurídico celebrado bajo el dominio de una norma anterior por razones de moralidad, salubridad o utilidad pública. Aquí el interés particular cede al interés general, tal como reza el precepto de la Ley 153 "las leyes que por motivo de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato" (cursiva fuera de texto).

En palabras de Bergel[12], el principio de orden público es un principio corrector del principio de autonomía de la voluntad en el cual se reconoce la superioridad del orden público frente a los derechos individuales, lo que también permite corregir el principio de irretroactividad de la ley. No obstante la importancia de esta posición, creemos más atenuada la posición de Raphael Romi[13] para quien no hay que confundir retroactividad con aplicación inmediata de las normas. Entonces, bajo estas premisas un efecto de la categorización de normas de OPE es su aplicación inmediata a situaciones jurídicas futuras y

---

12 Jean Louis Bergel. *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1999.

13 Raphael Romi. *Services publics et droit public economique*, 1992.

anteriores que no se hayan consolidado, porque si ha sucedido prevalece la irretroactividad de las normas.

Pues bien, los negocios jurídicos de energía eléctrica están sujetos a los artículos 38 y 18 de la Ley 153. De ahí se infieren dos situaciones para este tipo de negocios jurídicos. En la primera situación, a los agentes económicos del sector eléctrico les son aplicables las normas jurídicas vigentes así estos no hayan estipulado nada. En la segunda situación, cuando surja una nueva norma jurídica del Congreso, el Gobierno y la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) se incorpora de inmediato al negocio jurídico de energía eléctrica, ya que estas disposiciones son de utilidad pública o de OPE. La duda en la práctica es determinar quién tiene la potestad de interpretación de las normas anteriores y nuevas que se incorporan al negocio jurídico; cuando se suscita un problema de interpretación de normas, la lógica jurídica no enseña que sean las partes bilateralmente, pero podrá ser una de ellas siempre y cuando esté facultada por la otra o por una cláusula exorbitante impuesta por la comisión de regulación. En últimas la interpretación estaría en manos de una autoridad administrativa o jurisdiccional.

De todas formas, cualquiera que sea la circunstancia que determine la incorporación de las nuevas normas jurídicas de orden público económico en el sector eléctrico, se debe tener en cuenta que la aplicación de las normas no es retroactiva sino inmediata, y posiblemente afecte situaciones jurídicas anteriores no consolidadas, porque las situaciones consolidadas no podrían ser afectadas por estar amparadas bajo el principio de derechos adquiridos. Lo anterior está fundamentado en que en las situaciones no consolidadas no se podrían predicar derechos adquiridos, sino meras expectativas. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia colombiana.

Lo único que no se ha aplicado en la realidad del sector eléctrico es el inciso 3.º del artículo 18 de la mencionada Ley 153. Este precepto ha pasado desapercibido, pero sería muy importante ponerlo en práctica en virtud de su finalidad consistente en darle a quienes ejercen industria, como en el caso de la energía eléctrica, un tiempo prudencial para que se adapten a las nuevas condiciones, tiempo que puede ser fijado por la norma jurídica nueva[14], y en

---

14 Un ejemplo de una norma jurídica que haya previsto un tiempo prudencial para su aplicación es la Resolución 128 de 1996.

caso de vacío la Ley 153 prevé 6 meses, tiempo suficiente para acomodarse a la nueva situación normativa.

B. LOS MOTIVOS DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO COLOMBIANO EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DE ENERGÍA

El Estado colombiano interviene en los negocios jurídicos de energía eléctrica por las siguientes razones: la primera, para dar cumplimiento a los principios del servicio público; la segunda, para la puesta en ejecución de los principios del derecho de la competencia, y la tercera, para igualar a los usuarios en relación con las empresas a través de la fijación del derecho de los usuarios.

Lo anterior nos lleva a concluir que fuente del negocio jurídico de energía eléctrica no es solo la autonomía de la voluntad, sino también las norma jurídicas superiores e inferiores que se producen por aquellos motivos.

C. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL NEGOCIO JURÍDICO

En ejercicio de la función estatal de regulación se dictan normas jurídicas de naturaleza legal y reglamentarias (normas superiores). Por otro lado, actos administrativos regularios de la comisión de regulación y actos administrativos de autoridades departamentales y municipales (normas inferiores). Estas normas jurídicas limitan algunas libertades contractuales por motivos del servicio público, el derecho de los usuarios y el derecho de la competencia, tal como veremos cuando analicemos cada uno de los elementos estructurales del negocio jurídico.

En ese orden de ideas, en el servicio público de energía eléctrica no hay absoluta libertad contractual por el orden público tradicional y el OPE direccionista y proteccionista que buscan el bien común, esto es, por la preeminencia del interés general frente al privado.

1. TIPICIDAD

Se parte de la base de que en nuestro derecho positivo hay libertad de seleccionar la figura más apropiada para celebrar negocio jurídico; sin embargo,

de la Ley 143 y las resoluciones de la CREG se deducen tipologías negociales para la celebración de los contratos entre los agentes que operan en el servicio público de energía eléctrica.

La tipicidad legal se define básicamente porque los elementos esenciales del negocio están definidos por la ley. Pero cuando nos encontramos con un contrato del sector eléctrico con atipicidad legal sus elementos esenciales hay que derivarlos del objeto contractual.

a. TIPICIDAD DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS EN EL MERCADO MAYORISTA

En el mercado mayorista, donde se transan grandes cantidades de energía entre generadores y comercializadores, se tipifican varios negocios jurídicos: de compraventa, suministro, financieros, de respaldo, mandato, conexión, y transporte.

– CONTRATOS DE SUMINISTRO O COMPRAVENTA O FINANCIEROS DE ENERGÍA

La Ley 143 en los artículos 42 y 43 habla sobre los "contratos de suministro" de energía que se celebran en las compras y en las ventas. Podríamos afirmar que la ley fijó el contrato de suministro como el tipo contractual para las compras y ventas de energía en el mercado mayorista. En cambio, las resoluciones 055 y 054 de 1994, y 24 de 1995, tratan el tema denominándolos contratos de energía, sin entrar a precisar el tipo contractual. La práctica negocial colombiana es la de que en el mercado mayorista se celebran varios tipos de contratos de energía: contratos de suministro[15], contratos de compraventa[16] y contratos financieros,

---

15 Los elementos esenciales del contrato de suministro que definen su tipicidad están en el artículo 968 del C. de Co.: "El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios".

16 Los elementos esenciales del contrato de suministro que definen su tipicidad están en el artículo 1849 del C. C.: "La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga

cada uno de ellos con sus respectivas modalidades. Es importante anotar que los contratos de suministro y compraventa tiene su tipicidad legal en los códigos de comercio y civil, respectivamente. El contrato financiero de energía es atípico desde el punto de vista legal, como también lo son los contratos de energía que involucran diversos tipos contractuales en una misma unidad. En fin, tienen atipicidad legal, pero podrían tener tipicidad social.

– CONTRATOS DE RESPALDO

Los contratos de respaldo están mencionados en las resoluciones 084 y 085 de 1996, pero no tienen tipicidad legal, su tipicidad es social.

Estos contratos son exigidos a los cogeneradores y autogeneradores por las resoluciones mencionadas, para respaldar su conexión al sistema interconectado nacional.

Por otro lado, los generadores, sin estar obligados celebran estos contratos de respaldo como contratos de garantía para garantizar las obligaciones derivadas de los contratos de energía que celebran con los comercializadores.

– CONTRATO DE MANDATO

Este contrato, presente en el sector eléctrico, es un contrato que la doctrina denomina contrato forzado. En efecto, el literal d del artículo 11 de la Resolución 024 de 1995 ordena la celebración del contrato de mandato entre Interconexión Eléctrica S. A. ISA como encargado del centro nacional de despacho (CND) y el agente del mercado mayorista para efectuar las transacciones comerciales que se efectúan en la bolsa de energía y para los servicios complementarios de energía. El contrato de mandato tiene tipicidad legal y sus elementos esenciales están consagrados en el Código de Comercio[17].

---

a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y está comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio".

17 Los elementos esenciales del contrato de mandato que definen su tipicidad están en el artículo 2142 del C. C.: "El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la prime-

Por otra parte, existe otro tipo de contrato de mandato que se firma entre los agentes del mercado mayorista para las ventas o compras de energía eléctrica.

– CONTRATO DE CONEXIÓN Y CONTRATO DE TRANSPORTE

En primer lugar entraremos a estudiar el contrato de conexión STN; este tiene tipicidad legal: sus elementos esenciales están regulados en el artículo 22 de la Resolución 001 de 1994[18]. En caso de que no se llegue a un contrato, o habiendo contrato las partes no se pongan de acuerdo en la ejecución, modificación, terminación o liquidación, se puede solicitar una servidumbre de acceso a la red a la CREG, este último está tipificado en el artículo 23 de la Resolución 001.

En segundo lugar, veamos la existencia del contrato de transporte de energía; se ha presentado una discusión jurídica de un sector de la doctrina que afirma que existe contrato de transporte de energía y otro sector que defiende el ser de la servidumbre de uso. Nosotros somos de la tesis de la existencia del contrato de transporte de energía, y sus elementos esenciales están tipificados en los artículos 981[19] y 1008 del C. de Co. En efecto, siendo

---

ra": y en el artículo 1262 del C. de Co.: "El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra".

18 Los elementos esenciales del contrato de conexión que definen su tipicidad están en el artículo 22 de la Resolución 001 de 1994: "a. Todos los trabajos que se requieran para la construcción o modificaciones de los puntos de entrada o de salida del sistema existente, o para refuerzos al sistema de conexión, o para la instalación de medidores, equipos de corte y protección u otros aparatos indispensables para que el contrato pueda cumplirse; b. Los cargos que serán aplicables si se acepta la propuesta y la fecha en la cual se terminarán las obras, si hubiere lugar a ellas".

19 Los elementos esenciales del contrato de transporte que definen su tipicidad están en el artículo 981 del C. de Co.: "El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario"; y en el artículo 1008 del C. de Co.: "Se tendrá como partes en el contrato de transporte de cosas el transportador y el remitente. Hará parte el destinatario cuando acepte el respectivo contrato".

la energía una cosa, el transportador sería alguno de los transportadores del sistema de transmisión nacional, el remitente sería el generador o el CND, y el destinatario siempre será el usuario final. Cabe agregar que existe una parte importante de la doctrina que sostiene la existencia de la servidumbre de uso y no del contrato de transporte.

b. TIPICIDAD DE NEGOCIOS JURÍDICOS EN EL MERCADO MINORISTA

En el mercado minorista, donde se transan pequeñas cantidades de energía con los usuarios no regulados y regulados, se tipifican varios negocios jurídicos: contrato de suministro, contrato de servicios públicos, contrato de distribución y contrato de conexión.

– CONTRATO DE SUMINISTRO Y CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS

La Ley 142 de 1994 tipificó el contrato de servicios públicos del que hacen parte la empresa de servicios públicos y los usuarios; nótese que aquella ley no distinguió a los usuarios, se limitó a decir que el contrato se puede celebrar o bien bajo condiciones uniformes o bien bajo condiciones especiales. Luego, los usuarios pueden firmar contrato de servicios públicos bajo condiciones uniformes o bajo condiciones especiales.

La Ley 143 de 1994 diferencia a los usuarios en usuarios regulados y no regulados. Con base en esa distinción en la práctica legal ha predominado que los usuarios no regulados celebren contrato de suministro, tipificado en el artículo 968 del C. de Co.[20], y los usuarios regulados contrato de servicios públicos bajo condiciones uniformes, tipificado en el artículo 128 de la Ley 142[21]. Nosotros reiteramos que cualquiera sea la denominación que se le dé a

---

20 Art. 968 C. de Co.: "El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios".

21 Los elementos esenciales del contrato de servicio público que definen su tipicidad están

los contratos, estos son contratos de servicios públicos por la calidad de las partes[22], y aunque se mantenga esa diferencia en la práctica, los efectos jurídicos son similares para ambos casos, es decir que les son aplicables las normas de protección de los usuarios consagradas en la Ley 142 y en las resoluciones de la CREG. En ese mismo sentido se ha pronunciado la Superintendencia de Servicios Públicos[23].

– CONTRATO DE CONEXIÓN

Este tiene tipicidad legal: sus elementos esenciales están regulados en las resoluciones 003 de 1994, artículo 18, y 070 de 1998[24]. En caso de que no se llegue a un contrato, o habiendo contrato las partes no se pongan de acuerdo en le ejecución, modificación, terminación o liquidación, se puede solicitar una servidumbre de acceso a la red a la Comisión de Regulación, este último aspecto regulado en el artículo 20 de la Resolución 003.

– CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

Este contrato es mencionado en las resoluciones 108 de 1997, artículo 5.º[25], y 070 de 1998, en el punto 6.1[26], pero no se tipificó, ya que no se consignan sus

---

en el artículo 128 de la Ley 142: "Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados".

22 LUIS FERNEY MORENO CASTILLO. *Servicios públicos domiciliarios. Perspectiva del derecho económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

23 Superintendencia de servicios públicos. Concepto SSPD 20011300000359.

24 Los elementos esenciales del contrato de conexión en relación con las redes de distribución que definen su tipicidad están en el artículo 18 de la Resolución 003 de 1994: "a. Todos los trabajos que se requieran para la construcción o modificaciones de los puntos de entrada o de salida del sistema existente, o para refuerzos al sistema de conexión, o para la instalación de medidores, equipos de corte y protección u otros aparatos indispensables para que el contrato pueda cumplirse; b. Los cargos que serán aplicables si se acepta la propuesta y la fecha en la cual se terminarán las obras, si hubiere lugar a ellas".

25 "Artículo 5.º *Separación entre las actividades de distribución y comercialización*. Cuando la

elementos esenciales. Sin embargo, en la práctica legal, por el hecho del cumplimiento de prestaciones recíprocas podríamos estar ante dos situaciones: la primera, un contrato de distribución que se celebra entre la empresa integrada en distribución y comercialización con el usuario final, y la segunda, un contrato de distribución entre la empresa comercializadora y el operador de red, si quien atiende al usuario es un comercializador diferente al operador de red.

Cualquiera que sea la situación, el contrato de distribución es un contrato de transporte de energía de un punto de la red regional o inmuebles el usuarios final.

2. SUJETOS

Los sujetos son las partes en cada extremo de la relación negocial. No obstante, hay vinculación de sujetos no celebrantes del negocio, a quienes podríamos denominar terceros. La intervención del Estado en el sector eléctrico ha consistido precisamente en involucrar en la ejecución del negocio jurídico a terceros como el CND y el administrador del sistema de intercambios comerciales (ASIC).

La Ley 143, en el artículo 34, dentro de su cuerpo normativo introdujo el CND y le asignó funciones de autoridad técnica y comercial. Como se puede apreciar de sus funciones, esta dependencia participa en la ejecución de algunos negocios jurídicos del sector eléctrico como un tercero garante de ciertos principios del servicio público: seguridad, calidad y continuidad dentro del sistema interconectado nacional.

Ahora bien, veamos por qué existen sujetos calificados, la capacidad, la legitimación para obrar, y cómo es la vinculación negocial de sujetos no celebrantes del negocio.

---

actividad de comercialización de electricidad o de gas por red de ductos, sea realizada por una empresa diferente de la que desarrolla la actividad de distribución, el contrato de servicios públicos será ofrecido por la empresa comercializadora. A su vez, las obligaciones que adquiera esta empresa con sus suscriptores o usuarios, en lo relacionado con la actividad de distribución, deberán estar respaldadas por parte de la empresa comercializadora, mediante contrato con la respectiva empresa distribuidora".

26 Ídem.

a. SUJETOS CALIFICADOS

Los negocios jurídicos que se celebran en el sector eléctrico tienen sujetos calificado ya que las partes intervinientes deben ser personas naturales o jurídicas que generen, transporten, distribuyan o comercialicen energía eléctrica.

b. CAPACIDAD

El objeto social da la capacidad jurídica a las personas jurídicas para realizar las actividades de servicio público de energía eléctrica dentro de los términos del artículo 18 de la Ley 142. Las personas naturales están habilitadas para desarrollar esta actividad cuando son productores marginales, independientes, y para uso particular, según el artículo 16 de la Ley 142.

c. LEGITIMACIÓN PARA OBRAR

Los sujetos tienen su propia legitimación para obrar, pero esta puede ser sustituida o asistida por otros sujetos a través de negocios jurídicos de representación y mandato. Precisamente, es costumbre en el sector eléctrico que algunos sujetos participantes en el mercado mayorista utilicen estos negocios de representación para que se lleven a cabo los negocios principales.

d. VINCULACIÓN NEGOCIAL DE SUJETOS NO CELEBRANTES DEL NEGOCIO (TERCEROS)

Tal como se afirmó, dadas las características técnicas del sector eléctrico y en razón al interés general, la normatividad eléctrica ha impuesto que el CND, dependencia interna de ISA, sea el encargado de la planeación, supervisión y control de la operación íntegra de los recursos de generación, interconexión y transmisión del sistema interconectado nacional. Hace parte de esa dependencia el ASIC quien hace la liquidación de todos los actos y contratos de energía en la bolsa[27].

---

27 Art. 1.º Res. 055 de 1994.

3. FORMACIÓN

Los negocios jurídicos se forman de dos maneras: la primera, formación instantánea, y la segunda, formación sucesiva o prolongada en el tiempo. Esta última implica la presencia de negocios jurídicos precontractuales tales como contratos preliminares, la oferta y aceptación, contratos preparatorios, contrato de promesa, contrato de opción, cartas de intención, etc.

En la práctica legal, unos negocios jurídicos se celebran en forma instantánea y otros en forma sucesiva o prologada en el tiempo. Dentro de estos se encuentran: contratos de suministro, compraventas o financieros de energía y conexión; y dentro aquellos se hallan: contrato de mandato, contrato de transporte, contrato de distribución, contrato de servicios públicos. Lo anterior no quiere decir que unos u otros negocios jurídicos no se celebren en una u otra forma, como lo permite la ley civil y comercial.

Se evidencia, en algunas normas de nuestro ordenamiento jurídico, la intervención del Estado colombiano en la formación de algunos negocios jurídicos del servicio público de energía eléctrica que contrasta con la libre formación del negocio jurídico, pero que está defendiendo ciertos principios del servicio público como la igualdad y la neutralidad; del mismos modo se está privilegiando los principios del derecho de la competencia y los derechos de los usuarios.

La primera situación la encontramos en la Ley 142, en el deber de las empresas de servicios públicos de contratar con el usuario final impuesto en el artículo 134. En efecto, las empresas de servicios públicos están en la obligación de celebrar el contrato de servicios públicos con el usuario cuando éste habite o utilice de modo permanente un inmueble a cualquier título; en el caso que la empresa se niegue a contratar, el artículo 154 prevé que se está expidiendo un acto administrativo sujeto a recursos de reposición y apelación. El hecho de que se imponga el deber de contratar significa que se están protegiendo derechos de los usuarios.

La segunda situación de intervención la encontramos en la Resolución 020 de 1996 que regula las compras de energía en el mercado mayorista con destino a los usuarios regulados. La formación del contrato de compra de energía para el mercado de usuarios regulados está precedida de un procedimiento que se debe cumplir en razón de las prerrogativas del principio del derecho de la competencia como la igualad de concurrencia, para que, como

dice la resolución, se cumplan los procedimiento que aseguren la libre competencia de oferentes.

La tercera situación la encontramos en las resoluciones 001 y 003 de 1994, en donde se regula cómo se debe hacer la oferta de conexión, su contenido y el plazo para la aceptación; así mismo, establece la institución de la servidumbre de acceso como mecanismo supletorio en caso que los transportadores no se pongan de acuerdo con el solicitante de un contrato de conexión. Aquí se está amparando el principio de igualdad y neutralidad del servicio público.

La cuarta situación es la intervención del Estado en la formación de los contratos consigo mismo cuando la empresa de energía está integrada y deba realizar operaciones al interior de la propia empresa. La formación de los contratos consigo mismo de las empresas que combinan la actividad de comercialización con la de distribución y generación está intervenida por la Resolución 020 de 1996.

4. FORMA

La forma, como elemento externo del negocio, es el conjunto de ritos y formalismos que define el negocio, bien que la ley lo exija o las propia partes. No hay que olvidar que la forma es el ropaje del negocio jurídico. Así mismo, no sobra agregar que los negocios jurídicos tienen varias formas, como las siguientes: la forma de declaraciones verbales, la forma de una declaración escrita, la forma de simple o mera conducta (simple actuar), en donde el negocio se celebra sin que medien palabras, como mediante un comportamiento, un gesto o signos sin un lenguaje articulado. Así que existen diferentes formas del negocio jurídico.

1. De forma libre: son los negocios jurídicos consensuales, aquellos que tienen una forma libre, sin formalismos.

2. De formas constitutivas (negocios jurídicos solemnes): son aquellos que tienen una formalidad (*ad subtantiam actus*) para su celebración o perfeccionamiento, es decir que para que nazca el negocio jurídico se requiere que se cumpla con una forma constitutiva. Ahora bien, hay otras formas que son ritos para cumplir pero con posterioridad a la celebración, tales como: formas de oponibilidad, formas de validez y formas probatorias.

Los negocios jurídicos de energía eléctrica en términos generales son consensuales, es decir, de forma libre, ya que no tienen una forma constitutiva solemne para su celebración o perfeccionamiento, tampoco tienen formas de oponibilidad, validez y probatorias para cumplirse con posterioridad a su celebración o su perfeccionamiento.

Producto de la intervención del Estado en el sector de energía eléctrica, la CREG en el artículo 14 de la Resolución 024 de 1996 impuso el registro de los contratos de energía que se celebren entre generadores y comercializadores. Se ha dicho por parte de la doctrina que este registro es para poder ejecutar las obligaciones contenidas en los contratos y no es una forma constitutiva del contrato, tampoco es una forma de oponibilidad, de validez o probatoria. Se reitera que el registro es una formalidad para la ejecución de las obligaciones.

En la práctica cuando se realiza el registro de los contratos se exige el contenido mínimo establecido en el artículo 15 de la Resolución 024, esto es, precio, cantidad e identificación de las partes. Pues esta exigencia crea confusiones porque se puede entender que estos contratos siempre deben estar por escrito, lo que conduciría a darles la forma de solemnes.

5. CONTENIDO

La libertad de determinar el contenido del negocio, como veremos, está limitada por las diferentes formas de intervención del Estado.

En efecto, el contenido de los negocios jurídicos de energía eléctrica depende, en primer lugar, de lo convenido por las partes según el grado de libertad contractual o autonomía privada, y en segundo lugar, de la influencia de la intervención del Estado cuando regula, en el cual impone normas jurídicas imperativas, cuando determina judicialmente el contenido de los contratos[28] y cuando determina administrativamente el contenido de los contratos[29]. Del

---

28 La determinación judicial del contenido de los contratos cuando se demande por ejemplo el equilibrio contractual o la lesión enorme.

29 La determinación administrativa del contenido del contrato cuando se solicite concepto sobre el alcance e interpretación de una norma expedida por la CREG o cuando esta entidad resuelva conflictos de acuerdo con el artículo 73.8 de la Ley 142, o cuando defina mediante arbitramentos los conflictos entre los agentes por interpretación de los acuerdos operativos y comerciales según lo establecido en el literal p del artículo 23.

contenido del contrato se derivan los derechos y obligaciones que deben ejecutar las partes según sus relaciones jurídicas.

En concreto veamos los elementos esenciales, naturales y accidentales que hacen parte del contenido del contrato, así como de las normas jurídicas incorporadas en razón del orden público económico. Cabe agregar que en cierta forma el contenido de los contratos influye mucho su dependencia o coligación o unión con otros contratos, como se observará ulteriormente.

a. LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO

Los elementos integrantes del contenido están definidos en el artículo 1501 del C. C. y el inciso 2.º del artículo 898 del C. de Co., los cuales son: los elementos esenciales, naturales y accidentales[30].

Los elementos esenciales son aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente. Si el negocio jurídico es típico los elementos esenciales son definidos por la ley, pero cuando es atípico éstos se encuentran consignados en el objeto del contrato.

Los elementos naturales, como lo indica el Código Civil, se entiende que pertenecen al negocio jurídico sin que se requiera una cláusula especial. En la práctica un número considerable de contratos con tipicidad legal que se celebran en el sector eléctrico no incluyen algunos elementos que están consagrados el Código Civil, el Código de Comercio y las normas especiales, lo cual no significa que dichos elementos no estén incorporados en el contrato.

Los elementos accidentales son los que se agregan libremente por las partes a través de cláusulas especiales.

---

30 La diferencia entre contratos típicos y atípicos radica en que los contratos típicos son aquellos que tienen identificados sus elementos esenciales y naturales en la ley o en lo social; los contratos atípicos son aquellos en los que sus elementos esenciales no se encuentran regulados en la ley, ni tienen una tipicidad social, entonces es necesario acudir a lo dispuesto en "objeto del contrato" para deducir los elementos esenciales del contrato atípico.

b. incorporación de normas jurídicas de orden público en el contrato

Entre los distintos agentes del servicio público de energía sus relaciones son contractuales, pero también relaciones reglamentarias por ser una actividad regulada por el Estado en interés general; las normas jurídicas que se derivan son incorporadas al contrato por causa, como se ha dicho, del orden público.

El problema jurídico central que se formula es quién tiene la facultad o poder de interpretar los supuestos jurídicos expuestos en las normas jurídicas anteriores sin que se hayan previsto en el contrato y las normas jurídicas nuevas incorporadas. En primer lugar, esta facultad la podría tener una de la partes, si la otra parte le confiere ese poder en el contrato; en segundo lugar, la podrá tener una de las partes cuando ejerce las cláusulas exorbitantes incluidas en los contratos por la CREG y en tercer lugar, cuando no se dé ninguna de las situaciones anteriores, las partes, o una de las partes, deben acudir a la autoridad que expidió la norma para solicitar concepto sobre el alcance e interpretación de la misma. Lo anterior significa que hay una determinación administrativa del contenido del contrato. Precisamente en relación con el contrato de mandato se presentó un caso en el cual se discutió una norma que hace referencia a la objeción de las fronteras comerciales[31]; la CREG emitió un concepto que finalmente resolvió cómo aplicar la norma que según el mandante había sido interpretada por el mandatario sin que tuviera facultades para ello.

c. coligación negocial

Este fenómeno consiste en la interdependencia de un contrato en relación con otro, o, en otra palabras, en la unión de contratos en la que cada uno conserva su independencia. En el sector eléctrico es importante estudiar este tema porque se presenta coligación entre algunos contratos. El tratadista Español Ramón López Vila[32] y la obra *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*[33]

---

31 Concepto sobre objeciones de fronteras comerciales.

32 Ramón López Villa, citado por José Ignacio Narváez G. *Obligaciones y contratos mercantiles*, Bogotá, Temis, 1990.

hacen una clasificación de la coligación según el vínculo jurídico de los contratos:

– Dependencia necesaria: cuando la vinculación depende de la naturaleza misma de los contratos.

– Dependencia voluntaria: cuando la dependencia se produce por voluntad de los contratantes.

– Dependencia unilateral: cuando uno de los contratos recibe la influencia del otro.

– Dependencia bilateral: cuando la influencia de los contratos es recíproca.

– Dependencia genética: cuando un contrato se vincula con otros en su formación.

– Dependencia funcional: cuando los contratos se influyen no en su formación sino en el desarrollo de las relaciones contractuales.

Este fenómeno se presenta: entre contratos de mandato (ISA y los agentes) y contratos de compra o de venta de energía eléctrica en el mercado mayorista: la dependencia de estos contratos es necesaria, bilateral y genética; otro caso es entre contrato de distribución y contrato de servicios públicos: su dependencia es necesaria, bilateral y mixta (genética y funcional).

6. EJECUCIÓN

La ejecución concierne al cumplimiento o, mejor, a los efectos de los negocios jurídicos celebrados o perfeccionados; es, si se quiere, una fase posterior a la existencia.

La ejecución de los derechos y obligaciones de los agentes del sector eléctrico se basa en relaciones contractuales y relaciones reglamentarias. Sobre este último aspecto, precisamente encontramos un sinnúmero de normas jurídicas expedidas en virtud de la intervención del Estado las cuales son aplicables en la ejecución de los contratos; destacamos algunas que regulan el mercado mayorista, como la que ordena el despacho centralizado, el regla-

---

33 LINA BIGLIAZZI GERI et ál. *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, t. I, vol. 2, FERNANDO HINESTROSA (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992.

mento de operaciones, las funciones del CND, el registro de los contratos de energía de largo plazo para que se puedan ejecutar las obligaciones.

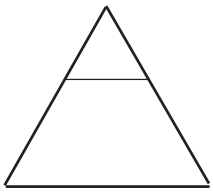
En el mercado de electricidad se ha presentado el fenómeno en el cual se da cumplimiento a prestaciones recíprocas sin que se haya perfeccionado un contrato: pues entonces estamos ante un contrato de hecho cuyos derechos y obligaciones se rigen por la ley[34] o simplemente bajo relaciones reglamentarias.

Ahora bien, la ejecución puede ser instantánea, progresiva o prolongada en el tiempo, y también futura. En el sector eléctrico la mayoría de los contratos son de ejecución sucesiva o prolongada en el tiempo, *v. gr.*: contratos de suministro de energía, mandato, representación, distribución, contrato de servicios públicos, contrato de conexión y contrato de transporte de energía. Los de ejecución instantánea son los contratos de compraventa de energía eléctrica. Finalmente, los de ejecución futura son el contrato financiero de energía eléctrica y los contratos de respaldo.

34 Aquí el concepto de ley se toma en sentido material y no formal. Significa lo anterior que están incluidas las leyes, decretos y resoluciones.

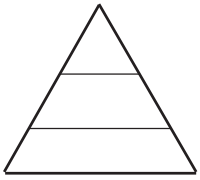
I. Fuentes del negocio jurídico a la luz de la teoría general

A. Teorías clásicas de las fuentes del negocio jurídico



Autonomía privada

B. Teorías modernas



Autonomía privada

Normas jurídicas de orden público económico

II. Análisis jurídico a la autonomía privada y a las normas jurídicas de orden público

A. La autonomía privada está limitada y continúa siendo fuente del negocio jurídico

Principio: "La libertad contractual, los particulares pueden hacer todo lo que no está prohibido".

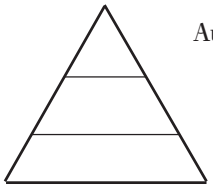
Límites:
- Orden público tradicional.
- Orden público económico.
- Nuevas formas contractuales (contrato de adhesión y contrato de condiciones generales).
- Buenas costumbres.

B. Normas jurídicas de orden público económico

- Normas superiores e inferiores.
- Producidas en desarrollo de la intervención del Estado y se incorporan en los negocios jurídicos.
- Normas imperativas.
- Servicio público, derecho de la competencia y derecho de los consumidores.

III. Fuentes del negocio jurídico de energía eléctrica

Fuentes



Autonomía de la voluntad (líbre iniciativa privada)

Normas jurídicas de orden público económico

Motivos de intervención del Estado en los negocios jurídicos:

- Por aplicación de los principios del servicio público (orden público direccionista).
- Por el desarrollo de los principios del derecho de la competencia (orden público proteccionista).
- Por la protección de los derechos de los usuarios (orden público proteccionista).

Principio de incorporación de las normas jurídicas (arts. 18 y 38 Ley 153 de 1887):

- A los agentes del sector eléctrico les son aplicables las normas jurídicas vigentes así no se haya estipulado nada.
- Cuando surja una nueva norma jurídica se incorpora de inmediato al negocio jurídico por ser disposiciones de utilidad pública u orden público.
- Plazo prudencial para que los agentes se adapten a las condiciones nuevas, artículo 18 de la Ley 153 de 1887 (ej., Res. 128-96).
- ¿Quién tiene la facultad de interpretar las normas jurídicas incorporadas al contrato?:

i. Partes bilateralemente.
ii. Una de las partes en virtud de la cláusula exhorbitante.
iii. Entidad productora de la norma.

- Interpretación judicial o arbitral.

IV. La intervención del Estado y los elementos estructurales del negocio jurídico

"En el servicio público de energía eléctrica no hay absoluta libertad contractual por el orden público tradicional y el orden público económico que buscan el bien común, esto es, la preeminencia del interés general frente al privado".

MERCADO MAYORISTA

NEGOCIO JURÍDICO	TIPICIDAD	SUJETOS	FORMACIÓN	FORMA	CONTENIDO	EJECUCIÓN
Contrato de mandato	– Tipicidad legal sus elementos esenciales están en arts. 1262 C. Co., y 2142 C. C. – Coligación negocial con los contratos: suministro, compraventa, financieros	– Por una parte ISA – Por otra parte generador o comercializador	– Contrato forzado (Res. 24-95) – Forma instantánea	– Consensual	– El contenido depende de una de las partes y la regulación, judicial, administrativa, arbitral. – Elementos del contenido del contrato sujetos a intervencion vía regulación: (obligaciones de origen legal) liquidación, facturación, recaudo, registro de fronteras, obligaciones del mandante y del mandatario y costo del servicio.	– Sucesiva y prolongada en el tiempo

MERCADO MAYORISTA

NEGOCIO JURÍDICO	TIPICIDAD	SUJETOS	FORMACIÓN	FORMA	CONTENIDO	EJECUCIÓN
Contrato de suministro.	– Tipicidad legal, sus elementos esenciales en art. 968 C. Co. – Coligación negocial con el contrato de mandato (necesario y genética)	– Partes: por un lado el G o C y por otro lado el C o G. – Tercero interviniente: el CND–ASIC	– Prolongada o sucesiva en el tiempo a través de oferta y aceptación – Procedimiento para las compras de energía del mercado regulado (Res.-020 del 96) – Intervención de los contratos consigo mismo (Res. 020 de 1996)	– Consensual – Se pone de presente que el registro del contrato ordenado por el artículo 14 de la Resolución 024 de 1996, no es una forma constitutiva o de existencia del contrato.	– Contenido mínimo (art. 15 Res. 024) y modalidades – El contenido depende de la partes, regulación, judicial, administrativa arbitral (laudo Res. 057 de 2000, empresa de energía de Boyaca y EPM) – Los elementos de intervención: (obligaciones de origen legal) código comercial, reglamentos operación: medición, precios (normas de competencia).	– Ejecución sucesiva o prologada en tiempo – Tercero participante: CND–ASIC. – Registro de los contratos – Los puntos de entrega de la energía – Bolsa es una solución a los incumplimientos

MERCADO MAYORISTA

NEGOCIO JURÍDICO	TIPICIDAD	SUJETOS	FORMACIÓN	FORMA	CONTENIDO	EJECUCIÓN
Contrato de compraventa	–Tipicidad legal sus elementos esenciales (art. 1849 C. C.) – Coligación negocial con el contrato de mandato (necesario, genética y bilaterial)	– Partes: por un lado el G o C y por otro el C o G. – Tercero interviniente: el CND	– Prolongada o sucesiva en el tiempo a través de oferta y aceptación – Procedimiento para las compras de energía del mercado regulado (Res- 020 del 96). – Intervención en los contratos consigo mismo (Res. 020 del 96)	– Consensual – Se pone de presente que el registro del contrato ordenado por el artículo 14 de la Resolución 024 de 1996, no es una forma constitutiva o de existencia del contrato	– Contenido mínimo (art. 15 Res. 024) y modalidades. – El contenido depende de la partes, regulación, judicial, administrativa y arbitral – Los elementos de intervención: (obligaciones de origen legal) código comercial, reglamentos operación: medición, precios (normas de competencia)	– Ejecución instantánea – Tercero participante: CND–ASIC. – Registro de los contratos – Los puntos de entrega de la energía – Bolsa es una solución a los incumplimientos

MERCADO MAYORISTA

NEGOCIO JURÍDICO	TIPICIDAD	SUJETOS	FORMACIÓN	FORMA	CONTENIDO	EJECUCIÓN
Contrato financiero	– Atipicidad legal pero tipicidad social – Coligación negocial con el contrato de mandato (necesario, genética y bilaterial)	– Partes: por un lado el G o C y por otro lado el C o G – Tercero interviniente: el CND-ASIC	– Prolongada o sucesiva en el tiempo a través de oferta y aceptación – Procedimiento para las compras de energía del mercado regulado (Res.-020 del 96) – Intervención en los contratos consigo mismo (Res. 020 del 96)	– Consensual. – Se pone de presente que el registro del contrato ordenado por el artículo 14 de la Resolución 024 de 1996, no es una forma constitutiva o de existencia del contrato	– Contrato por diferencias: tiene como referencia el precio marginal del mercado y se liquida entre las partes por precio pactado frente al precio marginal – Contratos de futuros y opciones: acuerdos de compra o venta de energía bajo términos estandarizados y de ejecución futura – Determinación depende de parte, regulación, judicial, administrativa y arbitral – Los elementos de intervención: obligaciones de origen legal	– Contrato por diferencias: ejecución instantánea o sucesiva – Contratos de futuros y opciones su ejecución futura – Tercero participante: CND–ASIC – Registro de los contratos

MERCADO MAYORISTA

NEGOCIO JURÍDICO	TIPICIDAD	SUJETOS	FORMACIÓN	FORMA	CONTENIDO	EJECUCIÓN
Contrato de compraventa en bolsa (multilaterales)	– Tipicidad legal – Coligación negocial con el contrato de mandato (necesario, genética y bilaterial)	– Pluralidad de partes, personas indeterminadas (es irrelevante quién haga oferta y quién demande)	– Prolongada o sucesiva en el tiempo a través de oferta y aceptación	– Consensual	– Contenido depende de las partes, regulación, judicial, administrativa arbitral	– Ejecución futura
Contrato de respaldo	– Atipicidad legal, pero tipicidad social	– Por un lado comercializador y por otro el autogenerador o cogenerador – Por un lado un generador y por otro generador o comercializador				

MERCADO MAYORISTA

NEGOCIO JURÍDICO	TIPICIDAD	SUJETOS	FORMACIÓN	FORMA	CONTENIDO	EJECUCIÓN
Contrato de conexión	– Tipicidad legal. Elementos esenciales (art. 22 Res. 001-94)	– Por un lado el generador, distribuidor o usuarios no regulados – Por otro lado un transportador del STN	– Prolongada o sucesiva en el tiempo a través de oferta y aceptación – Se regula cómo se debe hacer la oferta de conexión de servidumbre de acceso (Res. 001 y 003-94)	– Consensual	– Contenido depende de las partes, regulación, judicial, administrativa arbitral (Termocandelaria vs. ISA) (EADE vs. ISA) – Elementos de intervención: (obligaciones de origen legal) código de redes, código de conexión, consignación de capacidad de transmisión, disponibilidad de los activos de conexión, reposición de activos de conexión	– Ejecución sucesiva o prolongada en el tiempo

MERCADO MAYORISTA

NEGOCIO JURÍDICO	TIPICIDAD	SUJETOS	FORMACIÓN	FORMA	CONTENIDO	EJECUCIÓN
Contrato de transporte STN	– Primera tesis: tipicidad legal y social – Segunda tesis: atipicidad legal y social (servidumbre de uso)	– Remitente: el CND o el generador – Transportador: cualquiera de los transportadores del STN – Destinatario: el usuario final – Si la tesis que se acoge es la de la servidumbre de uso, las partes: serían el propietario de la red de transmisión, el beneficiario (G)	– Prolongada o sucesiva en el tiempo a través de oferta y aceptación – Se regula cómo se debe hacer la oferta de conexión, su contenido y el plazo para la aceptación, y se establece la institución de servidumbre de acceso (Res. 001 y 003 del 94)	– Consensual	– No hay libertad de determinación por las partes – El contenido depende de la regulación – Elementos de intervención: (obligaciones de origen legal) cargos por uso, calidad de las redes del STN	– Sucesiva o prolongada

MERCADO MAYORISTA

NEGOCIO JURÍDICO	TIPICIDAD	SUJETOS	FORMACIÓN	FORMA	CONTENIDO	EJECUCIÓN
Contrato de servicio público	– Tipicidad legal. Elementos esenciales (art. 128 Ley 142) – Coligación negocial con el contrato de distribución	– Por una parte el comercializador – Por otra parte el usuario regulado	– Instantánea – Deber de las empresas de servicios públicos de contratar con el usuario (art. 134 Ley 142) – La negativa a contratar está sujeta a recurso de reposición y apelación (art. 154 Ley 142)	– Consensual	– El contenido es bajo condiciones generales – Determinación unilateral de una de las partes, regulación judicial, administrativa y arbitral – Los elementos de intervención del contenido son: (obligaciones de origen legal) tarifa, calidad	– Sucesiva o prolongada en el tiempo – La ejecución se rige por el derecho público, en especial en los actos relacionados con: facturación, suspensión y corte del servicio, terminación del contrato, sanciones económicas, restablecimiento del servicio

MERCADO MAYORISTA

NEGOCIO JURÍDICO	TIPICIDAD	SUJETOS	FORMACIÓN	FORMA	CONTENIDO	EJECUCIÓN
Contrato de suministro al usuario no regulado	– Tipicidad legal. Elementos esenciales (art. 968 C. de Co.) – Coligación negocial con el contrato de distribución	– Por una parte el comercializador – Por otra parte el usuario no regulado	– Prolongada o sucesiva en el tiempo a través de oferta y aceptación – Deber de las empresas de servicios públicos de contratar con el usuario (art. 134 Ley 142) –La negativa a contratar está sujeta a recurso de reposición y apelación (art. 154 Ley 142)	– Consensual	– El contenido es bajo condiciones especiales – El contenido depende de las partes, regulación, judicial, administrativa y arbitral – Elementos de intervención: (obligaciones de origen legal) precio, calidad	– Sucesiva o prolongada en el tiempo – En la ejecución de estos contratos se aplica el derecho público, en especial en los actos: facturación, suspensión y corte del servicios, terminación del contrato y sanciones económicas

MERCADO MAYORISTA

NEGOCIO JURÍDICO	TIPICIDAD	SUJETOS	FORMACIÓN	FORMA	CONTENIDO	EJECUCIÓN
Contrato de conexión	– Tipicidad legal (Res. 003-94 y 070-98)	– Por un lado gran consumidor, transportador, generador – Por otro lado el distribuidor del SDR y SDL	– Prolongada o sucesiva en el tiempo a través de oferta y aceptación – Se regula cómo se debe hacer la oferta de conexión, su contenido y el plazo para la aceptación, y se establece la institución de servidumbre de acceso (Res. 003-94 y 070-98)	– Consensual	– El contendo depende de las partes, regulación, judicial, administrativa y arbitral – Elementos de intervención: (obligaciones de origen legal) código de redes, código de conexión, disponibilidad de los activos de conexión, reposición de activos de conexión	– Ejcución sucesiva o prolongada en el tiempo

MERCADO MAYORISTA

NEGOCIO JURÍDICO	TIPICIDAD	SUJETOS	FORMACIÓN	FORMA	CONTENIDO	EJECUCIÓN
Contrato de distribución	– Atipicidad legal pero tipicidad social – Coligación negocial con el contrato de distribuión	– Por una parte el operador de red – Por otra el comercializador	– Prolongada o sucesiva en el tiempo	– Consensual	– El contendo depende de las partes, regulación, judicial, administrativa y arbitral – Elementos de intervención	– Ejcución sucesiva o prolongada en el tiempo