



Ministerio de Minas y Energía

RESOLUCION NUMERO

057

DE 19

(17 AGO 2000)

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de las atribuciones conferidas por la Ley 143 de 1994, Artículo 23 literal p, y

CONSIDERANDO:

Que la Ley 143 de 1994 en el Artículo 23, estableció que para el cumplimiento del objetivo definido en el Artículo 20 de dicha Ley, la Comisión de Regulación de Energía y Gas tiene, entre otras, la función de *“definir mediante arbitraje los conflictos que se presenten entre los diferentes agentes económicos que participen en las actividades del sector en cuanto a interpretación de los acuerdos operativos y comerciales.”*

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante la Resolución CREG-067 de 1998, señaló las disposiciones aplicables en lo referente a la facultad de la CREG para resolver mediante arbitraje los conflictos de que trata el Artículo 23 de la Ley 143 de 1994, literal p.

Que mediante comunicación radicada ante la Comisión de Regulación de Energía y Gas, con el número 3889 de 14 de julio de 1999, la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. -EBSA E.S.P.-, en adelante EBSA, interpuso, a través de apoderado, demanda arbitral contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, en adelante EE.PP.M, formulando las siguientes pretensiones:

“PRIMERA.- Que se resuelva el conflicto planteado entre EBSA y EE.PP.M. en relación con la interpretación del contrato número 96-327 suscrito entre ambas partes, de acuerdo con lo que se expone en el texto del presente libelo.

SEGUNDA.- Que en consecuencia de la petición anterior, se proceda a efectuar una nueva liquidación de acuerdo con lo pactado, distinta de la efectuada por el SIC, según se expone en la presente demanda.

TERCERA.- Que se ordene la entrega a EBSA, de las sumas que resulten a su favor junto con los intereses que se hubiesen causado.

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

CUARTA.- Que se adopten todas las medidas que el fallador estime pertinentes, para cubrir todos los demás efectos que el pronunciamiento solicitado pueda suponer.

QUINTA.- Que la CREG obligue a EE.PP.M al pago de todos los costos en que tenga que incurrir EBSA por razón del Tribunal de Arbitramento y la cancelación de los honorarios de abogado que EBSA tenga que desembolsar por razón del incumplimiento de EE.PP.M."

Que en auto del 6 de agosto de 1999, la Dirección Ejecutiva de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, de conformidad con lo establecido en la Resolución CREG-067 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, admitió la demanda presentada por EBSA para resolver el conflicto mediante trámite arbitral, únicamente en relación con la primera pretensión, por considerar que la Comisión no tiene competencia para conocer de las demás pretensiones transcritas.

Que habiéndose notificado personalmente al apoderado de EE.PP.M., éste contestó la demanda, mediante escrito radicado en la CREG bajo el número 5083 del 2 de septiembre de 1999.

Que el 14 de octubre de 1999, previa citación de la Dirección Ejecutiva, comparecieron los apoderados de las partes a la Audiencia de Conciliación ordenada por el Decreto 1818 de 1998, diligencia en la cual se declaró fallido el intento de conciliación por no existir ánimo conciliatorio entre las partes.

Que el 2 de diciembre de 1999, se procedió a instalar el Tribunal de Arbitramento y se adelantó la primera audiencia de trámite, de conformidad con las disposiciones contenidas en el Decreto 1818 de 1998. Según consta en la respectiva acta, se resolvió sobre la competencia de la Comisión para avocar conocimiento del conflicto y sobre las pruebas solicitadas por las partes.

Que mediante escrito radicado con el número 7719 de 1999, EE.PP.M interpuso recurso de reposición contra el auto por el cual se decretaron pruebas, solicitando la práctica del testimonio del señor Hernando Díaz y tener como prueba dentro del proceso, la documentación aportada en una solicitud de arbitramento anterior.

Que mediante auto del 31 de mayo de 2000, la Dirección Ejecutiva de la CREG en uso de las facultades conferidas por el Artículo 17 de la Resolución CREG-067 de 1998, ordenó prorrogar el término del proceso arbitral, por un plazo máximo de tres (3) meses.

Que mediante auto del 29 de junio de 2000, la Dirección Ejecutiva de la CREG, resolvió el recurso interpuesto y decretó la práctica de las pruebas solicitadas por el recurrente.

Que obran en el proceso las pruebas documentales aportadas por las partes; las solicitadas de oficio por la Dirección Ejecutiva; y los testimonios de Ana Cristina Rendón Escobar, Luis Fernando Aristizábal Gil y Hernando Díaz Martínez.

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

Que conforme a las pruebas que obran en el expediente, los hechos por los que se procede en este arbitramento son los siguientes:

1. EBSA, en aplicación de la Resolución CREG-020 de 1996, en el mes de junio de 1996 abrió convocatoria con el fin de comprar energía eléctrica para atender su mercado durante los años 1997, 1998 y 1999. Los términos de referencia, según obra en el expediente, establecieron en el Numeral 2: "Modalidad del contrato. El contrato será bajo la modalidad *"pague lo demandado"*. Se tendrán toques de suministro que pueden ser cantidades fijas o referidas a la disponibilidad comercial de los recursos del oferente. Se debe ofrecer el suministro de energía para atender la demanda de EBSA, de acuerdo con el comportamiento de la curva típica de carga que se presenta en el anexo número 1."
2. En el Numeral 14 del mismo pliego de la convocatoria, se estableció: "*SELECCIÓN. Si las cantidades ofrecidas no son suficientes se contratará el faltante a los proponentes cuyas ofertas se ubiquen en los siguientes lugares, de acuerdo con el orden ascendente de precios.*" (Hemos subrayado).
3. Dentro de la citada convocatoria, el negocio de generación de EBSA presentó al negocio de comercialización de esa misma sociedad, la propuesta contenida en el cuadro que se transcribe a continuación:

PERIODO	TARIFA (\$/MWh)	Tope (*)
1-enero-97 a 31-dic-97	30.56	DC
1-enero-98 a 31-dic-98	34.94	DC
1-enero-99 a 31-dic-99	39.48	DC

*DC corresponde a la Disponibilidad Comercial de EBSA ESP-Generador.

4. Igualmente, dentro de la mencionada convocatoria, EE.PP.M presentó a EBSA la propuesta contenida en el cuadro que se transcribe a continuación:

PERIODO	TARIFA (\$/MWh)	Tope (*)
1-enero-97 a 31-dic-97	36.22	130 MW
1-enero-98 a 31-dic-98	41.66	40 MW
1-enero-99 a 31-dic-99	49.39	130 MW

*El tope máximo puede ser en MW o referido a la disponibilidad comercial del oferente y será válido para todas las horas del período.

5. Además de EE.PP.M y EBSA-generador, presentaron propuesta para el suministro de energía a EBSA, las firmas ISAGEN S.A. E.S.P., CORELCA y CENTRAL HIDROELECTRICA DE BETANIA S.A. E.S.P.
6. El 22 de octubre de 1996, los doctores JORGE ALBERTO MENDOZA GAONA, responsable del negocio de generación de EBSA, y EFRAÍN SUESCÚN DUARTE, Vicepresidente Comercial y responsable del negocio de comercialización de la misma sociedad, suscribieron un "ACTA DE COMPROMISO" en la cual acordaron:

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

"El negocio de Generación de EBSA suministrará al negocio de Comercialización de EBSA, la energía eléctrica para atender su demanda.

La energía suministrada en cada hora se calculará de la siguiente forma:

1. *Se calculará la demanda real del negocio de Comercialización y la disponibilidad comercial de los recursos del negocio de Generación.*
2. *Si la disponibilidad comercial es mayor o igual que la demanda real, toda la demanda del negocio de comercialización de EBSA, será suministrada por el negocio de Generación de EBSA, con la energía asociada a su disponibilidad y que sea necesaria.*
3. *Si la demanda real es mayor que la disponibilidad comercial, el negocio de Comercialización de EBSA comprará al negocio de Generación de EBSA toda la energía asociada a su disponibilidad comercial. (Hemos Subrayado).*

La energía asociada corresponderá a la que generen los recursos del negocio de Generación de EBSA y a la que compre en la Bolsa de Energía, cuando estos no sean despachados estando disponibles. (Hemos Subrayado).

Las tarifas que se aplicarán serán las siguientes:

PERIODO	TARIFA Pesos corrientes (\$/MWh)
1-enero-97 a 31-dic-97	30.650,00
1-enero-98 a 31-dic-98	34.940,00
1-enero-99 a 31-dic-99	39.480,00

7. EBSA, mediante comunicación del 25 de octubre de 1996, solicitó al gerente del Mercado Mayorista de Electricidad, en adelante MEM, el registro del Acta de Compromiso suscrita el 22 de septiembre de 1996.
8. Mediante comunicación suscrita por el Vicepresidente Comercial de EBSA el 26 de septiembre de 1996, esta empresa informó a EE.PP.M:

"Tenemos el agrado de comunicarle que como resultado de la evaluación de las ofertas presentadas para el suministro de energía a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. durante el periodo 1 de enero de 1997 a 31 de diciembre de 1999, a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN, le han sido adjudicados, para cada uno de los periodos solicitados, las cantidades que se relacionan, las cuales se contratarán bajo la modalidad "pague lo consumido" de acuerdo con las condiciones contenidas en los términos de referencia.

Las cantidades suministradas, se calcularán teniendo en cuenta que EBSA-Comercialización atenderá su demanda como primer proveedor con los recursos de EBSA-Generación, hasta donde alcance la disponibilidad comercial de los mismos, conforme a la evaluación de las propuestas presentadas y el faltante será cubierto por EPM como segundo proveedor, con los siguientes topes y tarifas: (Hemos subrayado).

PERIODO	TARIFA (\$/MWh)	TOPE (MW)
1-enero-97 a 31-dic-97	36,220	130
1-enero-98 a 31-dic-98	41,660	40
1-enero-99 a 31-dic-99	49,390	130

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

9. EE.PP.M dio respuesta a la comunicación anterior y presentó a EBSA una nueva propuesta para el suministro de energía, ante lo cual ésta demandó el cumplimiento de la oferta presentada inicialmente por EE.PP.M. Según las declaraciones rendidas en este proceso por los testigos Ana Cristina Rendón Escobar y Luis Fernando Aristizabal Gil, en dos oportunidades se reunieron representantes de las empresas, para discutir el tema hasta que finalmente llegaron a un acuerdo, sobre los topes de suministro y las condiciones por las que éstos podían ser variados.
10. El 10 de diciembre de 1996, los representantes legales de EBSA y EE.PP.M suscribieron el contrato No. 96-327 en cuyos considerandos se explicó:

"a. Que EL COMPRADOR, en cumplimiento de lo dispuesto en las Leyes 142 y 143 de 1994 y las Resoluciones 016 de 1995 y 020 de 1996 expedidas por la CREG, se encuentra interesado en adquirir energía eléctrica en los términos y condiciones establecidos en el presente contrato y en los términos de referencia."

b. Que la ejecución del presente contrato deberá realizarse conforme a las normas y procedimientos establecidos por el SIN, particularmente aquellos contenidos en el Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Colombiano, junto con sus adiciones y modificaciones, cuyas reglas forman parte integrante de este contrato, así como las normas y procedimientos establecidos o que establezca sobre la materia durante la vigencia de este contrato, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, o quien haga sus veces."

La cláusula primera del contrato en mención establece:

"OBJETO DEL CONTRATO. Por el presente contrato y bajo la modalidad 'Pague lo demandado', el VENDEDOR se obliga a venderle al COMPRADOR y éste a adquirir de aquél, las cantidades de energía eléctrica en MWh que el COMPRADOR requiere en cada hora para atender su demanda. Estas cantidades se determinarán de acuerdo con lo establecido en el anexo número 1 de este contrato."

El anexo 1 del contrato suscrito por las partes establece:

"Las cantidades de energía suministradas serán calculadas a posteriori, bajo la modalidad "Pague lo Demandando", teniendo como topes, para cada mes de los años 1997 y 1999, los que se muestran en el cuadro número 1, los cuales se llevarán a nivel horario multiplicándolos por los factores que figuran en el cuadro número 2, para cada hora."

Igualmente, el citado anexo establece los casos en los cuales se modificarán los topes de la obligación de suministro de EE.PP.M. Todas las condiciones hacen referencia a circunstancias que eventualmente podrían afectar la disponibilidad comercial esperada de EBSA en un momento dado, como podrían serlo el cambio en las fechas previstas para el mantenimiento de las diferentes unidades, la renovación del contrato de suministro con CADAFFE y la "explotación" de la Unidad 3 de Termopaipa.

11. El 31 de diciembre de 1996, EBSA solicitó al MEM el registro de una nueva acta de compromiso suscrita entre los negocios de generación y

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

comercialización de la empresa, para el suministro de energía entre el primero de enero de 1997 y el 31 de diciembre de 1999. En el acta, suscrita por doctores JORGE ALBERTO MENDOZA GAONA, responsable del negocio de generación de EBSA y EFRAÍN SUESCÚN DUARTE, Vicepresidente Comercial y responsable del negocio de comercialización de la misma empresa, se condicionó el suministro de energía para el periodo 1997-1999 de la siguiente manera:

"El negocio de Generación de EBSA suministrará al negocio de Comercialización de EBSA, la energía eléctrica necesaria para atender su demanda entre el 1 de enero de 1997 y el 31 de diciembre de 1999.

1. La energía suministrada en una hora será igual a 0 (cero) MWh si el precio de la Bolsa de Energía es superior al siguiente valor:

<u>PERIODO</u>	<u>VALOR (\$/MWh)</u>
1 de enero a 31 de diciembre de 1997	36.220,00
1 de enero a 31 de diciembre de 1998	41.660,00
1 de enero a 31 de diciembre de 1999	49.390,00"

12. Mediante documento suscrito por los representantes legales de EBSA y EE.PP.M el día 13 de junio de 1997, se efectuó una "Modificación Bilateral al Contrato 96-327" por la cual se disminuyó en 28MW el tope para los meses de junio y julio, ya que la fecha de mantenimiento de la Unidad I de Termopaipa había sido modificada. La modificación se realizó con fundamento en las condiciones establecidas en el anexo 1 del contrato.

13. El 15 de junio de 1997, los responsables de los negocios de generación y de comercialización de EBSA suscribieron una nueva Acta de Compromiso según la cual acordaron:

"1. El negocio de Generación de EBSA suministrará energía al negocio de Comercialización de EBSA.

2.1 Si el precio en la Bolsa de Energía es superior a los siguientes valores, la energía suministrada en UNA HORA será igual al menor valor entre: a) la demanda real del negocio de comercialización de EBSA MENOS la cantidad de MWh que se indica en las tablas anexas para cada hora, día y mes de los años 1997, 1998 y 1999 y b) La disponibilidad comercial del negocio de Generación de EBSA:

<u>PERIODO</u>	<u>VALOR (\$/MWh)</u>
1 de enero a 31 de diciembre de 1997	36.220,00
1 de enero a 31 de diciembre de 1998	41.660,00
1 de enero a 31 de diciembre de 1999	49.390,00"

2.2 Si el precio de la Bolsa de Energía en la hora es menor que el valor antes indicado, la energía suministrada será igual al menor valor entre: a) la disponibilidad comercial de los recursos del negocio de generación de EBSA y b) la demanda del negocio de comercialización de EBSA."

El anexo del acta incluye las tablas con base en las cuales se debe realizar el despacho, según las condiciones descritas.

14. Según declaración rendida en este proceso por el señor HERNANDO DÍAZ MARTÍNEZ, quien se desempeñó como Gerente del MEM entre 1996 y

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

- 1998, en el proceso de registro de las modificaciones suscritas al acta original entre los negocios de comercialización y generación de EBSA, en el MEM se partió del principio de buena fe y bajo el entendido de que los contratantes actuaban de acuerdo con la normatividad vigente.
15. El 15 de julio de 1997, las dos empresas, EBSA y EE.PP.M., suscribieron una nueva reducción a los topes establecidos en el contrato para una parte de los meses de agosto, septiembre y octubre de 1997, con fundamento en la modificación y reducción en los periodos de mantenimiento inicialmente programados para las Unidades 2 y 3 de Termopaipa, propiedad de EBSA. Nuevamente la modificación se realizó con fundamento en las condiciones establecidas en el anexo 1 del contrato 96-327.
 16. Mediante acta suscrita por los representantes legales de las dos empresas partes en este proceso, el día 28 de agosto de 1997, se introdujo una tercera modificación a los topes establecidos en el contrato 96-327, en razón a que EBSA informó a su vendedor, que no realizaría el mantenimiento programado para la Unidad 2 de Termopaipa. La modificación se realizó con fundamento en las condiciones establecidas en el anexo 1 de contrato.
 17. La ejecución y liquidaciones del contrato no fueron objeto de discusión por ninguna de las partes, hasta cuando en el mes octubre de 1997, EE.PP.M, mediante comunicación No. 719640, glosó las transacciones netas de la factura No. 2482 correspondiente al mes de septiembre de 1997, y de las notas de ajuste a la factura del mes de agosto, argumentando la existencia de algo anormal en la liquidación, por cuanto las cifras calculadas por la empresa eran sustancialmente diferentes a las contenidas en la liquidación realizada por el SIC. Según declaró el señor LUIS FERNANDO ARISTIZABAL, las modificaciones introducidas por EBSA a su propia Acta de Suministro, originaron que EE.PP.M debiera suministrar cantidades de energía superiores a las que debería haber despachado si no se hubiesen realizado dichas modificaciones, por parte de EBSA-Comercializador y EBSA-Generador.
 18. Mediante comunicación del 28 de octubre de 1997, la gerencia del Mercado Mayorista de Energía informó a EE.PP.M. que, de conformidad con lo establecido en la Resolución CREG-024 de 1995, no era procedente la glosa presentada a las facturas, por lo cual debería acudir al recurso de reposición establecido en la misma Resolución.
 19. Mediante comunicación del 29 de octubre de 1997, EE.PP.M interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra las transacciones mencionadas.
 20. La gerencia del Mercado Mayorista, con el fin de contar con todos los elementos necesarios y escuchar las posiciones de las partes para resolver el recurso interpuesto por EE.PP.M, citó a las partes a una reunión, que se celebró en Bogotá el 31 de octubre de 1997. Lo expresado por las partes en la reunión, fue resumido por la gerencia del MEM en un acta cuya copia, sin firmas, obra en el expediente.

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

21. Según las declaraciones de los funcionarios de EE.PP.M, la empresa sólo conoció las modificaciones introducidas por EBSA a su acta de suministro inicial, en la reunión citada por el MEM.
22. El ASIC resolvió el recurso de reposición interpuesto por EE.PP.M mediante Resolución 001/97, accediendo a la solicitud formulada por el recurrente, y ordenó modificar la liquidación de las transacciones correspondientes al periodo de la vigencia contractual, esto es, desde enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1999, *"por cuanto se debe considerar que para la asignación o determinación de las cantidades del contrato 96-327, este se inicia a partir de la cantidad determinada por la disponibilidad comercial de EBSA-Generador hasta cubrir la demanda de EBSA-Comercializador, sin exceder el tope definido en el contrato para cada una de las horas."*

Que la sociedad EBSA S.A. E.S.P. ha argumentado a lo largo del proceso:

- Que EE.PP.M ha incurrido en un incumplimiento contractual, como consecuencia del recurso interpuesto ante el ASIC y la decisión adoptada por éste.
- Que el ASIC carecía de competencia para conocer del asunto que le fue presentado por EE.PP.M, por cuanto el conflicto presentado no se limita a una mera liquidación, entendida ésta como una simple operación numérica, sino que la liquidación implica la interpretación jurídica del contrato, lo cual comprende la valoración de otras pruebas.
- Que dicha falta de competencia fue reconocida por el ASIC *ab-initio*, quien luego, sin que mediaran hechos nuevos, se declaró competente y expidió la Resolución 001 de 1997.
- Que tanto el SIC como EE.PP.M violaron la Cláusula Compromisoria del contrato suscrito entre las partes, ya que según ésta, cualquier conflicto que se presentara entre las partes sería competencia de la CREG.
- Que los anteriores hechos por sí solos *"constituyen causal suficiente para que se revoque íntegramente la resolución SIC por carecer, como se ha comprobado, de competencia para surtir la actuación cuestionada."*
- Que se presentó una clara violación al debido proceso y al derecho de defensa, ya que en ningún momento se informó a EBSA de la actuación adelantada por el SIC, ni se le notificó el contenido de la Resolución. Por tanto, la Resolución es nula de pleno derecho y carente por completo de efectos y validez.
- Que el SIC se excedió en relación con lo que había sido solicitado por el recurrente, ya que este sólo solicitó la revisión de la facturación de septiembre y agosto de 1997, a pesar de lo cual se ordenó la reliquidación de todo el contrato.

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

- Que el ASIC actuó como juez y parte al resolver el recurso, por cuanto EE.PP.M tiene una importante participación accionaria en ISA, y necesariamente se presenta un conflicto de intereses.
- Que el pliego de condiciones no establecía en parte alguna, que el suministro de energía debía ser atendido en primer lugar con los recursos de EBSA, por cuanto no se sabía si el negocio de generación de la empresa estaba interesado en participar, o si llegado el caso sería quien ganara la convocatoria.
- Que el contrato libremente negociado entre EBSA y EE.PP.M, no contiene en parte alguna, estipulación que indique que el suministro de energía será atendido primero con los recursos de EBSA o que defina obligaciones conjuntas entre los contratistas. Cada uno de los seleccionados pactó obligaciones independientes.
- Que la modalidad contractual pactada entre EBSA y EE.PP.M otorga a la primera, el derecho a solicitar al contratista, en cualquier momento, la energía necesaria para atender su demanda de acuerdo con las cantidades y precios pactados.
- Que el orden de asignación de los contratos no depende de las partes sino del ASIC quien, de conformidad con la normatividad, debe despachar los contratos en orden de precios y, por tanto, fue él quien despachó en primer orden de asignación el contrato suscrito entre los negocios de generación y comercialización de EBSA.
- Que la comunicación del 26 de septiembre de 1996, suscrita por el Vicepresidente Comercial de EBSA y no por su representante legal, en la cual informa el resultado de la evaluación de la convocatoria realizada, no constituye una adjudicación sino una simple invitación a negociar una minuta del contrato. Además argumenta que el contenido de dicha comunicación no encuentra respaldo en el contrato ni en los documentos de la convocatoria.
- Que tanto el SIC como EE.PP.M olvidaron que los contratos de compra de energía conllevan un alto riesgo, por lo que la cuantificación de dicho riesgo se encuentra incluida en la tarifa.
- Que las partes adelantaron una negociación en la cual no solamente discutieron el alcance de sus obligaciones, sino que estaban perfectamente precavidas de los riesgos implícitos en el contrato.
- Que EBSA en todo momento ha actuado de conformidad con las normas vigentes y los compromisos adquiridos, y ve con extrañeza cómo el contrato se despachó durante ocho meses en los términos en él establecidos, sin que se presentaran reparos al respecto y que la inconformidad sólo surgió cuando los precios en la bolsa de energía subieron.
- Que EE.PP.M no sufrió ningún desequilibrio, pues el riesgo estaba calculado en la tarifa y por tanto el contrato se encuentra plenamente vigente y debe

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

ser cumplido de conformidad con lo que allí se establece, sin tener en cuenta un documento que no hace parte del contrato, que no fue suscrito por el representante legal de la empresa y que no se puede considerar que modifique el contrato o que prime sobre éste.

- Que EBSA estaba en completa libertad de modificar el acta de suministro suscrita entre sus negocios de generación y comercialización y por tanto, las modificaciones no revisten ninguna ilegalidad, ni tampoco una modificación a las condiciones de ejecución del contrato suscrito entre EE.PP.M y EBSA. Que además, dichas modificaciones fueron dadas a conocer a EE.PP.M en su debida oportunidad, sin que ésta presentara objeción alguna.

Que la sociedad EE.PP.M. ha argumentado a lo largo del proceso:

- Que tanto el contrato suscrito entre EE.PP.M y EBSA como el Acta de Compromiso suscrita entre los negocios de comercialización y generación de EBSA, son resultado de la convocatoria para la compra de energía realizada por la empresa.
- Que el contrato suscrito con EE.PP.M, el Acta de Compromiso, los términos de referencia, las propuestas y la adjudicación conforman una unidad que debe ser tenida en cuenta para la interpretación del contrato.
- Que en el documento de convocatoria, la carta en la cual se anuncia la adjudicación, el contrato, sus modificaciones y en las reuniones sostenidas entre las empresas con anterioridad a la firma del contrato definitivo, era evidente que las entregas de energía que debía realizar EE.PP.M estaban relacionadas directamente con las que debía despachar EBSA de acuerdo con su disponibilidad comercial, por lo que en todo momento EBSA debía ser despachada en primer orden y luego, si se requería, EE.PP.M sería despachada hasta los topes pactados.
- Que aunque EBSA pretende restar mérito a la comunicación a la que hace referencia el hecho No. 8, todas las negociaciones previas a la suscripción del contrato se llevaron a cabo con el Vicepresidente Comercial de la empresa y que basados en el principio de buena fe que debe regir este tipo de actuaciones, no podía EE.PP.M poner en tela de juicio la labor del funcionario. Considera que para el caso es aplicable la representación aparente de que trata el Artículo 842 del Código de Comercio.
- Que en el anexo No. 1 del contrato se plasmó la posibilidad de que los topes fueran modificados, teniendo en consideración que en primer lugar debían despacharse los recursos de EBSA y que la disponibilidad comercial de dicha empresa se podía ver afectada por las situaciones descritas en el anexo No. 1.
- Que si bien la modalidad del contrato era "pague lo demandado", las entregas de EE.PP.M estaban condicionadas a las que debía realizar EBSA de acuerdo con su disponibilidad comercial, consideración ésta que se tuvo en cuenta en las reuniones celebradas entre las empresas con anterioridad a la suscripción del contrato. Por tanto, no se puede entender que los topes

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

contenidos en el contrato no tengan ninguna restricción y que la energía pudiese ser utilizada por EBSA a su libre arbitrio.

- Que para EE.PP.M siempre fue claro que el despacho de energía de su contrato estaba sujeto a la disponibilidad comercial de EBSA, razón por la cual solicitó a dicha empresa la información pertinente y la relacionada con los mantenimientos de las distintas unidades.
- Que el SIC dentro del trámite del recurso de reposición interpuesto por EE.PP.M, citó a una reunión en la cual participaron representantes de las dos empresas. En dicha reunión EE.PP.M se enteró de la existencia de las dos Actas de Compromiso suscritas entre los negocios de comercialización y generación de EBSA, en las cuales se condiciona el suministro de energía que debe hacer EBSA-Generación, al precio de la Bolsa, es decir que EBSA Generación le suministraría energía a EBSA Comercialización sólo si el precio de la Bolsa era inferior a un precio equivalente al establecido en el contrato suscrito con EE.PP.M.
- Que las modificaciones realizadas por EBSA, nunca fueron informadas a EE.PP.M y que afectaron el orden de despachabilidad de los contratos, y que por lo tanto, se cambiaron las condiciones de riesgo que habían sido expresadas en los términos de referencia y en el contrato.
- Que EBSA atentó contra la buena fe de los oferentes, pues si su intención era buscar señales eficientes de precios sujetas a las condiciones de la Bolsa, debió expresarlo en los pliegos.
- Que el registro de las actas de modificación suscritas entre los negocios de generación y comercialización de EBSA, no sólo modificó las condiciones del contrato con EE.PP.M, sino que perjudicó los intereses de los usuarios regulados al trasladarles un mayor precio en la compra de energía.
- Que EBSA aprovechó que en el contrato suscrito por EE.PP.M no se hiciera mención expresa de que debía ser despachado luego del de EBSA y procedió a registrar las modificaciones ante el SIC. Asegura que EE.PP.M y EBSA consideraron que no era necesario hacer mención expresa sobre el orden de los contratos, teniendo en cuenta las consideraciones previas contenidas en el contrato.
- Que, contrario a lo que afirma el demandante, nunca fue intención de EE.PP.M suministrar la menor cantidad de energía posible, sino llegar a un acuerdo de entrega de energía que reflejara unas necesidades más ajustadas a la demanda de EBSA.
- Que la labor del ASIC, como mandatario de los agentes en el mercado, no solo se limita simplemente a registrar contratos, sino a dar una interpretación que permita realizar correctamente la actividad de asignación de contratos, de otra forma se llegaría a la desorganización del mercado.
- Que el objeto del contrato se encontraba claramente delimitado y por tanto, no podía ser modificado en forma unilateral, por que se incurriría en una

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

conducta que podría calificarse de violatoria de las normas de la libre competencia.

Consideraciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas:

1. Competencia de la Comisión de Regulación de Energía y Gas

Tal y como se decidió en el auto de instalación del Tribunal de Arbitramento, la competencia de la CREG se encuentra circunscrita a la definición de los conflictos que se presenten entre agentes del sector en cuanto a interpretación de los acuerdos operativos y comerciales.

En ese mismo sentido, al Resolución CREG-067 de 1998 establece en el Artículo 9o., que las controversias sometidas por los agentes al trámite arbitral de la CREG, no podrán estar encaminadas a obtener decisiones de naturaleza constitutiva o de condena.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas en el auto referido de la Dirección Ejecutiva, admitió la demanda y definió su competencia, la cual recae únicamente en relación con la primera pretensión formulada, en la cual se solicita:

“Que se resuelva el conflicto planteado entre EBSA y EE.PP.M. en relación con la interpretación del contrato número 96-327 suscrito entre ambas partes, de acuerdo con lo que se expone en el texto del presente libelo.”

Se encuentran a lo largo de la demanda y de los alegatos de conclusión presentados por el apoderado de la parte actora, varias afirmaciones encaminadas a demostrar la falta de competencia del ASIC para resolver el recurso de reposición que dio lugar a la Resolución 001 de 1997 del ASIC, la nulidad de dicha Resolución por haber incurrido el ASIC en violación al debido proceso y al derecho de defensa, y finalmente el incumplimiento del contrato por parte de EE.PP.M. Sobre estos temas, la Comisión de Regulación de Energía y Gas se abstiene de realizar pronunciamiento alguno, habida cuenta que no se encuentran dentro de las competencias que le han sido asignadas por Ley en su condición de árbitro, ya que no versan sobre cuestiones relacionadas con la interpretación del contrato.

En consecuencia, la Comisión de Regulación de Energía y Gas se referirá exclusivamente al conflicto suscitado entre las partes en torno a la interpretación del contrato 96-327, en particular sobre el proceso de asignación de los contratos por parte del ASIC y sus efectos sobre los mismos, y sobre lo que la Comisión ha entendido que constituye el problema jurídico principal de esta controversia, consistente en determinar si en la etapa precontractual que dio origen al contrato objeto de controversia, en el contrato mismo y/o en las actuaciones surtidas por las partes de común acuerdo en desarrollo de dicho contrato, se sujetó el suministro de electricidad por parte de EE.PP.M, hasta los topes pactados, a la condición de que dicha empresa sólo cubriría el faltante de la demanda de EBSA-Comercializador, no cubierta por la energía que debía

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

suministrarle a éste comercializador, EBSA – Generación, de acuerdo con su Disponibilidad Comercial.

2. Sobre las normas aplicables a la asignación de contratos de energía a largo plazo en el Mercado Mayorista.

En el Mercado Mayorista de Energía, tal como lo establece la regulación vigente, se realizan dos tipos de transacciones: Contratos de Largo Plazo y transacciones en la Bolsa de Energía. La regulación ha establecido como principio, que toda la energía demandada por un comercializador que no esté cubierta mediante contratos de largo plazo registrados en el Mercado, se considera comprada en la Bolsa. La realización de unas y otras transacciones, se determina de acuerdo con las reglas que a continuación se exponen.

La asignación de los contratos de energía a Largo Plazo, que suscriben los agentes comercializadores y los generadores para su despacho en el Mercado Mayorista, es un proceso que se encuentra regulado mediante la Resolución CREG-024 de 1995, modificada parcialmente por la Resolución CREG-112 de 1998, que hace parte del Reglamento de Operación expedido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en ejercicio de las facultades que le fueron atribuidas por las leyes 142 y 143 de 1994.

La citada Resolución CREG-024 de 1995, definió los procedimientos denominados de Balance (Anexo A) y de Asignación de Contratos de Energía a Largo Plazo (Anexo A Numeral 1, y Anexo A-3). Según estas normas, tales procesos tienen las siguientes finalidades:

En relación con el Balance:

“En este proceso se realiza el cálculo del despacho ideal y de los consumos de energía para la asignación de los contratos de energía, con el fin de calcular los excesos o déficits para cada uno de los agentes participantes en los contratos, o para los que compran o venden energía directamente a través de la bolsa. La enajenación de energía, en cantidades superiores o inferiores a las asignadas en los contratos de energía a largo plazo, determina el objeto de los contratos de energía en la bolsa, cuyos precios se fijan según las reglas de la bolsa”. (Hemos subrayado).

En cuanto a la Asignación de Contratos de Energía a Largo Plazo:

“En este proceso se analizan las condiciones establecidas en los contratos registrados ante el Administrador del SIC para cada agente comercializador, con el fin de determinar la cantidad de energía total asignable al agente para efectos del proceso de balance, y liquidar las diferencias respecto al despacho ideal a los precios de Bolsa correspondientes”. (Hemos subrayado).

Adicionalmente, la citada Resolución CREG-024 de 1995, en el Anexo A-3, definió los tipos de contratos y estableció que se deben asignar teniendo en cuenta, en primer lugar, el tipo de contrato (Primero los del tipo Pague lo Contratado y después los del tipo Pague lo Demandado), y en segundo lugar, por el precio pactado, en orden ascendente.

El Contrato Pague lo Demandado, como los suscritos entre las partes en conflicto, está definido en la citada Resolución CREG-024 de 1995, así:

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

"Pague lo demandado: Tipo de contrato en el que el agente comprador solamente paga (a precio de contrato) su consumo, siempre y cuando éste sea inferior o igual a la cantidad de energía contratada (Tope máximo). Si el consumo es superior, la diferencia se liquida al precio de la Bolsa". (Hemos subrayado).

En relación con la asignación de los contratos, dispone el Anexo A-3 de la Resolución CREG-024 de 1995:

"Para cada comercializador, independiente de los tipos de contrato de energía a largo plazo que haya suscrito y en cada período tarifario se realiza el siguiente proceso:

- Se toma como base su demanda comercial calculada.*
- Se ordenan todos sus contratos en la siguiente forma: primero se ordenan por orden de precio todos los contratos del tipo "Pague lo Contratado" y "Contratado Condicional", a continuación se ubican también en orden ascendente de precios los contratos del tipo "Pague lo demandado".*
- Se determinan los contratos necesarios para satisfacer la demanda real del comercializador (demanda comercial), en el orden descrito anteriormente.*
- Si la suma de todos los contratos del comercializador es menor o igual a la demanda comercial, entonces todos los contratos se consideran asignados.*
- Si los contratos no cubren su demanda real el comercializador paga la diferencia al precio de la bolsa en la Bolsa de energía". (Hemos subrayado).*

De las reglas anteriormente transcritas, se concluye:

- a) La definición del tipo de contrato a celebrar corresponde a las partes;
- b) El orden de asignación de los contratos contenido en las normas expedidas por la CREG, se determina por el tipo de contrato y el precio pactado, y no depende de la cantidad de energía contratada, ni de cualquier otra condición que pacten las partes para el despacho de los mismos. No obstante, como ya se dijo, el tipo de contrato y el precio del suministro es un asunto que definen las partes;
- c) La Regulación no obliga, ni autoriza, para que, frente a la terminación, modificación o celebración de un nuevo contrato de energía a largo plazo, se cambien unilateralmente las cantidades de energía asignadas contractualmente, ni los órdenes asignados para el despacho de los demás contratos vigentes.
- d) La energía requerida por el comercializador, no cubierta mediante contratos de energía a largo plazo, debe ser comprada en Bolsa;

Las reglas fijadas por la regulación de la CREG deben ser tenidas en cuenta por los agentes al celebrar sus contratos, se presumen conocidas y, por tanto, se entiende que las partes conocen los efectos jurídicos que implican sus actos y que en consecuencia asumen la responsabilidad por los mismos.

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

De otra parte, se precisa que los contratos de suministro de electricidad a largo plazo, si bien están sujetos al marco regulatorio expedido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, no son ajenos a los principios generales del derecho privado¹. De manera general, el Código Civil determinó que *"todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*².

Por tanto, las partes que han celebrado un contrato de suministro de electricidad en el Mercado Mayorista, cualquiera que sea el tipo de contrato, deben ejecutarlo de acuerdo con lo que determine el contrato mismo, la regulación y la Ley. Y corresponde a las partes, en primer lugar, resolver de común acuerdo las diferencias que surjan con ocasión del desarrollo de cada contrato, o en su defecto acudir a los mecanismos contractuales de solución de conflictos previstos para tal fin, o en ausencia de éstos, a la respectiva autoridad judicial.

Las modificaciones introducidas por las actas de compromiso suscritas entre los negocios de generación y comercialización de EBSA ocasionaron que EE.PP.M tuviera que suministrar cantidades de energía superiores a las que hubiera debido suministrar, si dichas modificaciones pactadas entre los respectivos negocios de EBSA no se hubieran efectuado. En efecto, al introducir condicionamientos a su obligación de suministro EBSA varió la base a partir de la cual debía iniciarse el suministro de EE.PP.M, situación que, como se ha dicho, la regulación vigente (Reglamento de Operación) no autoriza, ni obliga, como efecto del proceso de la asignación de contratos por parte del Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales.

3. Sobre las condiciones de la convocatoria, las ofertas, la adjudicación, el contrato suscrito y las modificaciones bilaterales efectuadas al mismo.

Tal y como se enunció en los hechos, la convocatoria establecía numeral 2.

"Modalidad el contrato. El contrato será bajo la modalidad "pague lo demandado". Se tendrán topes de suministro que pueden ser cantidades fijas o referidas a la disponibilidad comercial de los recursos del oferente. Se debe ofrecer el suministro de energía para atender la demanda de EBSA, de acuerdo con el comportamiento de la curva típica de carga que se presenta en el anexo número 1".

Posteriormente el numeral 14 del mismo pliego estableció: *"SELECCIÓN. Si las cantidades ofrecidas no son suficientes se contratará el faltante a los proponentes cuyas ofertas se ubiquen en los siguientes lugares, de acuerdo con el orden ascendente de precios." (subrayas fuera del texto)*

Bajo estas reglas varios agentes, entre los cuales se encontraban el negocio de generación de EBSA y EE.PP.M., como consta en los hechos, formularon sus propuestas para suministrar la energía requerida por EBSA-comercialización. El resultado de la convocatoria fue comunicada a EE.PP.M mediante comunicación suscrita por el Vicepresidente Comercial de EBSA en la cual le informa:

¹ C. de C. Arts. 822 y ss, 968 y ss.

² C.C. Art. 1602.

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

“que como resultado de la evaluación de las ofertas presentadas para el suministro de energía a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. durante el periodo 1 de enero de 1997 a 31 de diciembre de 1999, a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN, le han sido adjudicados, para cada uno de los periodos solicitados, las cantidades que se relacionan, las cuales se contratarán bajo la modalidad “pague lo consumido” de acuerdo con las condiciones contenidas en los términos de referencia.

Las cantidades suministradas, se calcularán teniendo en cuenta que EBSA-Comercialización atenderá su demanda como primer proveedor con los recursos de EBSA-Generación, hasta donde alcance la disponibilidad comercial de los mismos, conforme a la evaluación de las propuestas presentadas y el faltante será cubierto por EPM como segundo proveedor, con los siguientes topes y tarifas: (Hemos subrayado).

PERIODO	TARIFA (\$/MWh)	TOPE (MW)
1-enero-97 a 31-dic-97	36,220	130
1-enero-98 a 31-dic-98	41,660	40
1-enero-99 a 31-dic-99	49,390	130

Para la Comisión de Regulación de Energía y Gas, resulta claro que en relación con el Vicepresidente Comercial de EBSA se reúnen las condiciones del Artículo 842 del Código de Comercio, dada la actuación que dicho funcionario realizó durante el proceso de negociación del contrato con EE.PP.M., máxime cuando, a pesar de sus actuaciones, la empresa no advirtió a la contraparte que dicho funcionario carecía de facultad de representación.

Luego de una negociación siguiente a la anterior comunicación, las partes suscribieron el contrato 96-327 el cual en su parte considerativa hace clara referencia a las condiciones establecidas en el documento de convocatoria y a las disposiciones establecidas por la CREG.

El Anexo 1 del contrato, se definieron unas circunstancias por las cuales se podían modificar los topes del contrato y que tenían como punto de referencia factores que eventualmente podrían afectar la disponibilidad comercial de EBSA. Como ya se expuso, la disponibilidad comercial definía el alcance o tope de la obligación de suministro de parte del negocio de generación de EBSA. Estos condicionamientos evidencian cómo la disponibilidad comercial de EBSA-Generación afectaba la obligación de suministro de EE.PP.M., la cual podía variar si aquella disponibilidad aumentaba o disminuía, de acuerdo a factores como el mantenimiento de las unidades de generación, la renovación del acuerdo de suministro de energía con CADAPE o la salida de una unidad.

EBSA y EE.PP.M suscribieron tres “actas de modificación bilateral” al contrato 96-327, con fundamento en los condicionamientos que acabamos de mencionar, mediante las cuales se disminuyeron los topes de suministro de EE.PP.M. para determinados periodos, como consecuencia de la variación de la disponibilidad comercial esperada de EBSA-Generación. Una vez más se evidencia cómo la obligación de suministro de EE.PP.M estaba condicionada, al suministro que pudiese realizar EBSA-Generación según su disponibilidad comercial.

Adicionalmente se tiene en cuenta la intención que EBSA transmitió a sus posibles oferentes en el documento de convocatoria cuando, según el texto transcrito, estableció que si las cantidades ofrecidas no eran suficientes, se

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

contrataría el faltante con otro oferente. Se concluye por tanto, que lo que allí se define es un orden de asignación, según el cual quien haya ofertado el menor precio debe suministrar la energía ofrecida (así lo dispone la Resolución CREG-020 de 1996) y si ésta no es suficiente para cubrir la curva de demanda del suministrado, quien haya ofertado en segundo menor precio entra a suplir el faltante. Se recuerda además que el monto ofertado por EBSA-Generación, que a la postre resultó adjudicado en primer lugar por ofertar el menor precio, estaba determinado por su Disponibilidad Comercial.

Los elementos descritos llevan a concluir que el tope del suministro de energía de EE.PP.M se asignó para ser despachado hasta los topes pactados, complementariamente al suministro de EBSA, teniendo como base la disponibilidad comercial del negocio de generación dicha empresa.

Una interpretación en sentido distinto, como pudiera ser la de que era indiferente el orden de adjudicación de los contratos, llevaría a concluir que EBSA adjudicó los contratos sin tener en cuenta el precio y que por lo tanto daba lo mismo despachar uno u otro contrato, interpretación que resulta contraria a la Resolución CREG-020 de 1996 y al proceso de asignación de los contratos en el MEM y que por tanto debe desestimarse, máxime cuando los hechos demuestran que en realidad en la convocatoria EBSA-Generación ofertó el menor precio, seguida de EE.PP.M, lo que obligaba a adjudicarle primero la energía ofertada al menor precio y luego al siguiente oferente en orden ascendente. La cantidad ofrecida por el adjudicado en primer lugar estaba determinada únicamente por su disponibilidad comercial y no por el comportamiento de los precios de la Bolsa de Energía.

Lo anteriormente señalado, demuestra que son infundados los reparos de la demandante, al afirmar que en ninguna parte del contrato consta la intención de sujetar el cumplimiento de los contratos a un orden preciso o de manera complementaria a otro contrato. La adjudicación de los contratos sería contraria a la regulación vigente y las modificaciones bilaterales efectuadas a los topes pactados en el contrato celebrado entre EBSA comercializador y EE.PP.M no tendrían sentido y hubieran sido innecesarias, si, como lo afirma la demandante, el despacho del contrato de EE.PP.M fuera absolutamente independiente del acuerdo de suministro suscrito entre los negocios de generación y comercialización de EBSA.

Si bien es cierto que el acuerdo suscrito entre los negocios de generación y comercialización de EBSA y el contrato suscrito entre EBSA y EE.PP.M, son dos acuerdos distintos, no puede desconocerse que el objeto del primero está condicionando la ejecución del objeto del segundo. Es decir, que el objeto del contrato 96-327 no es el simple suministro de energía en la modalidad pague lo demandando con un tope; sino que contiene además, el suministro de energía por EE.PP.M a partir de la energía que debía suministrar EBSA de acuerdo con el resultado de la convocatoria y que estaba definida por su disponibilidad comercial. Tampoco puede obviarse el hecho de que tanto el contrato en discusión, como el acta de compromiso suscrita por EBSA son el resultado de una convocatoria para la compra de energía celebrada por la empresa y no contratos aislados suscritos por las partes como producto de negociaciones

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

independientes, por lo tanto deben interpretarse dentro del contexto de las actuaciones que enmarcaron su celebración y ejecución.

De otra parte, se considera pertinente señalar, que si bien el término "Disponibilidad Comercial", no fue definido dentro de las relaciones contractuales establecidas entre EBSA-Generación y EBSA-Comercialización, éste es un concepto que se encuentra definido en la regulación vigente para efectos de los procesos que se cumplen a través del Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales del Mercado Mayorista, relativos a la liquidación de transacciones en dicho mercado, en relación con el cual se considera pertinente dar aplicación a los Artículos 28 y 29 del Código Civil y 823 del Código de Comercio.

El Artículo 10. de la Resolución CREG-024 de 1995, define la Disponibilidad Comercial, para los efectos de dicha Resolución, así:

"Disponibilidad Comercial. Es la disponibilidad calculada por el SIC, la cual considera la declaración de disponibilidad de los generadores, modificada cuando se presenten cambios en las unidades de generación en la operación real del sistema"

Adicionalmente, prevé la misma Resolución CREG-024 de 1995, que la Disponibilidad Comercial de cada planta y/o unidad de generación, se determina mediante el proceso definido en dicha Resolución, **"con base en las disponibilidades reales y las características técnicas de los equipos"**, para cuyo cálculo, *"se consideran los siguientes parámetros técnicos de las unidades de generación: velocidad de toma de carga, rata de descarga, tiempo mínimo de operación, carga sincronizante y tiempo de calentamiento"*. (Resolución CREG-024 de 1995, Anexo A, Numeral 1.1.3).

Según lo anteriormente señalado, es claro que la Disponibilidad Comercial de una planta y/o unidad de generación depende de sus parámetros técnicos y no está vinculada a las variaciones de los precios en la Bolsa de Energía, razón por la que las modificaciones efectuadas al acuerdo de suministro pactado entre los negocios de generación y comercialización de electricidad, no estaban encaminadas a determinar la Disponibilidad Comercial de las plantas o unidades de generación de aquél negocio, sino a introducir elementos nuevos en el despacho que debía hacer EBSA Generación en virtud del acuerdo inicialmente suscrito con EBSA Comercialización.

En cuanto a la posibilidad jurídica que le asistía a estos dos negocios de suscribir tales acuerdos, se precisa que, en principio, así se lo garantiza la autonomía de la voluntad privada; sin embargo, se recuerda que, de una parte, la Ley 142 de 1994, Artículo 35, establece que *"las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que 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 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"*. En desarrollo de esta norma la CREG expidió la

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto a interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327.

Resolución CREG-020 de 1996, en virtud de la cual se establecieron los requisitos que deben cumplir las empresas para contratar energía con destino al mercado regulado, sin que se permita la suscripción del tipo de acuerdos modificadorios pactados entre EBSA - Generación y EBSA - Comercialización. Adicionalmente, por mandato de la Ley 143 de 1994, Artículo 44, las empresas no pueden "realizar acto o contrato alguno que prive a los usuarios de los beneficios de la competencia", razón por la que se dará traslado a las autoridades competentes. De otra parte, el contrato suscrito entre EE.PP.M y EBSA sólo podía modificarse por acuerdo entre las partes, o en los demás casos previstos en el Artículo 1602 del Código Civil, debiendo sujetarse en todo caso, a las normas que se acaban de señalar.

Que por las anteriores razones;

RESUELVE:

ARTÍCULO 1o. Definir el conflicto presentado entre la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN en cuanto a la interpretación del contrato de suministro de energía No. 96-327, en el sentido que la obligación de suministro de energía por parte de EE.PP.M, dentro de los topes pactados, estaba condicionada al suministro que efectuara a la misma empresa, EBSA -Generador de acuerdo con su Disponibilidad Comercial.

ARTÍCULO 2o. Contra el presente Laudo procede el recurso de anulación, el cual podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación según lo previsto en el Decreto 1818 de 1998. Este laudo arbitral podrá ser aclarado, corregido o complementado de oficio, o a solicitud de una de las partes dentro del mismo término.

ARTÍCULO 3o. La presente Resolución rige a partir de su notificación a las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Santa Fe de Bogotá, D. C., el día 17 AGO 2000


JUAN MANUEL ROJAS PAYAN
Viceministro de Energía
Delegado del Ministro de Minas y
Energía
Presidente


CARMENZA CHAHIN ALVAREZ
Director Ejecutivo