



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 071 DE 2013

(05 JUL. 2013)

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGESA S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 y 143 de 1994,

CONSIDERANDO QUE:

I. ANTECEDENTES.

La Ley 142 de 1994, artículo 73.8, asignó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas la función de resolver los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas.

Mediante sentencia C-1120 de 2005 la Honorable Corte Constitucional avaló la función administrativa de resolución de conflictos entre las empresas de servicios públicos domiciliarios que el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994 atribuye a las Comisiones de Regulación, precisando lo siguiente sobre el alcance de esta atribución:

"i)En efecto, las facultades de resolver tanto los conflictos por razón de los contratos o servidumbres (Num. 73.8 del Art. 73) como los conflictos acerca de quién debe servir a usuarios específicos o en qué regiones deben prestar sus servicios (Num. 73.9 del Art. 73) son desarrollo de la función general prevista en el inciso 1º del mismo artículo, en virtud del cual a las comisiones de regulación corresponde regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.

En estas condiciones, tales funciones de resolución de conflictos quedan materialmente comprendidas en las de regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo de las comisiones de regulación, con el fin de señalar las políticas

BB

ju

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGES A.S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

generales de administración y control de eficiencia de los mismos, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 370 superior y de acuerdo con el contenido de las atribuciones de regulación señalado en repetidas ocasiones por esta corporación.

(...)

De lo anterior se concluye que las funciones de resolución de conflictos de que tratan las normas acusadas son de naturaleza administrativa, no sólo desde el punto de vista formal u orgánico sino también material, y por ende no son de naturaleza judicial."

En documento radicado en la CREG con el número E-2009-012176 de 23 de diciembre de 2009, la empresa XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. (en adelante XM), a través de apoderado, solicitó a la CREG resolver el conflicto suscitado entre ella y EMGES A.S.A. E.S.P. (en adelante Emgesa), ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación respecto de la suspensión del despacho del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P. (en adelante Aremari).

II. OBJETO DE LA SOLICITUD

La empresa peticionaria formuló la siguiente solicitud:

"Dirimir un conflicto entre EMGES A.S.A. E.S.P. y X.M. S.A. E.S.P. por las diferencias en la interpretación de la regulación ante la solicitud de EMGES A.S.A. E.S.P. de la suspensión del despacho del contrato EMG-OM-004-07 suscrito entre EMGES A.S.A. E.S.P. y AREMARI S.A. E.S.P. ante XM S.A. E.S.P. en calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales - ASIC.

Se declare que no es procedente solicitar la solicitud unilateral de registro de suspensión de un contrato que se encuentra debidamente registrado ante el ASIC por las partes contratantes, en cumplimiento de la regulación vigente aplicable e igualmente que no procedente (sic) tramitar soluciones unilaterales de registro

Se declare que dentro de las funciones de XM como Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales no está la de determinar el cumplimiento o no de obligaciones contractuales de las partes"

III. ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

3.1. El contenido de la solicitud y determinación de la competencia por parte de la CREG.

En ejercicio de las facultades atribuidas en el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994 y de acuerdo con el procedimiento establecido en la Resolución CREG 066 de 1998 en su artículo 3, evaluado su contenido, esta fue admitida mediante decisión de 4 de mayo de 2010.

Lo anterior, teniendo en cuenta los siguientes hechos a los que hacen referencia la solicitud:

"a) Previo los respectivos trámites de pre-registro y de registro, el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales ASIC, a solicitud de EMGES A, registró el contrato

05

11/

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGESa S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

EMG-OM-004-07, mediante el cual esta sociedad se obligó a suministrar energía 'para respaldar contratos de AREMARI S.A. E.S.P.', registro que fue confirmado por el ASIC a las partes el día 19 de diciembre de 2007.

b) El 11 de diciembre de 2009, EMGESa solicitó al ASIC 'la suspensión del despacho del contrato EMG-OM-004-07', con fundamento en el Anexo de la respectiva oferta mercantil.

c) El 15 de diciembre siguiente, el ASIC respondió a EMGESa que, con fundamento, entre otras en las Resoluciones CREG 06 de 2003 y 024 de 1995, 'no es posible atender la solicitud de suspensión hasta tanto se presente comunicación suscrita por ambas partes, en la cual se informe al ASIC de la suspensión de la relación contractual o decisión judicial o arbitral que establezca la terminación de la relación contractual por incumplimiento de alguna de las partes.....'

d) Despues de conversaciones entre EMGESa y XM, en las que la primera mantuvo su solicitud y la segunda su negativa, esta última informó a AREMARI de dicha solicitud y le pidió indicar 'su posición al respecto', quién respondió, en esencia, que 'en virtud de la regulación se requería autorización de las dos partes del contrato' y que estaba analizando jurídicamente el tema.

e) Con posterioridad, EMGESa ha reiterado su solicitud, oponiéndose tanto a las razones con que el ASIC negó la suspensión del despacho del contrato, como a la expuesta por AREMARI".

De acuerdo con lo anterior y para efectos de resolver la presente solicitud se entiende que: (i) entre XM y Emgesa existe un contrato de mandato, celebrado en los términos del Reglamento de Operación que rige el funcionamiento del Mercado de Energía Mayorista, contrato que igualmente celebró XM con Aremari, y (ii) el contrato celebrado entre Emgesa y Aremari, registrado ante el ASIC, conforme a este Reglamento, debe ser despachado en el mercado a través del ASIC. (iii) que han surgido diferencias entre Emgesa y XM, en relación con las actividades que a esta corresponde cumplir, las cuales aquella ha puesto en el campo de la interpretación y aplicación de las normas del Reglamento de Operación del Mercado de Energía Mayorista, expedidas por la CREG.

3.2. Citación a Terceros Determinados.

Mediante Auto 4 de marzo de 2010, expedido por el Director Ejecutivo de la CREG, se precisa que la presente actuación administrativa versa sobre una solicitud de conflicto derivada de una petición de interés particular, y se evidencia que existen terceros determinados más no indeterminados, que están expuestos a ser afectados en sus derechos e intereses de manera directa.

En virtud de lo anterior, en aplicación del artículo 106 y siguientes de la Ley 142 de 1994 y en lo no previsto en ellos las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, se vinculó al trámite de la actuación a la empresa EMGESa S.A. E.S.P., quien fue notificada personalmente de esta decisión el día 25 de marzo de 2010.

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGES A.S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

Igualmente, en aplicación del artículo 106 y siguientes de la Ley 142 de 1994 y en lo no previsto en ellos las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, se vinculó al trámite de la actuación a la empresa Aremari, quien fue notificada personalmente de esta decisión el día 27 de abril de 2010.

Finalmente, se notificó de esta decisión mediante estado del día 5 de marzo de 2010, en virtud de lo establecido en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, a la empresa XM.

3.3. Descargos de las partes, audiencia de aclaración y período probatorio.

Establecido que no se requería audiencia de aclaración y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 108 de la Ley 142 de 1994, dentro del término allí consagrado, en ejercicio del derecho defensa y con el fin de oír a los interesados, intervino la empresa Emgesa, mediante apoderado, con oficio radicado en esta Entidad con el No E-2011-003072 del 5 de abril de 2011, en la cual expuso las apreciaciones y consideraciones al objeto de la presente actuación administrativa.

Dentro de los argumentos por esta expuestos, tendientes a establecer la procedencia de la solicitud de terminación unilateral al ASIC se encuentran los siguientes:

"1) Emgesa solicitó a XM la suspensión de un contrato de suministro;....

Al haberse solicitado por parte de Emgesa la suspensión del contrato no es viable ni aplicar lo dispuesto por el artículo 5º de la Resolución CREG 06 de 2003 porque dicha normatividad (sic) no trata las reglas sobre la suspensión o terminación del contrato, sino que se refieren al registro de contratos. En esa normatividad (sic) se tratan reglas que no pueden aplicarse al tema de la suspensión del contrato acordadas contractualmente entre EMGES A y AREMARI, Sencillamente porque no regulan dicha relación contractual.

Frente a ello, lo correcto era atender lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, esto es, que en lo no dispuesto por la Ley (para el caso de las disposiciones regulatorias XM debía regirse exclusivamente, enfatizo, exclusivamente por las reglas del derecho privado). Es decir, las del contrato de mandato suscrito entre EMGES A y XM y las reglas contenidas en el contrato suscrito entre EMGES A y AREMARI. El artículo 32 de la Ley 142 dispone de manera perentoria que 'salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley se regirán por el derecho privado'

La omisión de XM desconoce lo dispuesto por la Ley y también desconoce el principio de autonomía de la voluntad, fundamentado en los artículos 6, 58 y 333 de la Constitución Política, 32 de la Ley 142 de 1994, 1495 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, según el cual, contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial"

BS

PL

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGESa S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

Igualmente se expusieron las siguientes consideraciones en contra de los argumentos del solicitante:

"1. Ante la falta de norma expresa que reglamente la 'suspensión del contrato'; XM desatendió el artículo 32 de la Ley 142 de 1994.

(.....)

Así las cosas resulta desproporcionado, excesivo y hasta una extralimitación de funciones pretender acomodar dicha norma a un tema que no se encontraba allí regulado. Frente a ello, XM debió aplicar el clausulado del contrato de mandato, las cuales sí reglamentaban el procedimiento para la suspensión del contrato.

(...)

2. XM desconoce el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

(.....)

Pero al negarse a suspender las relaciones derivadas del contrato de suministro XM, aplica indebidamente el artículo 18 de la resolución CREG No 024 de 1995, desconociendo la autorización previa para suspender y/o terminar el contrato pactada contractualmente.

3) Por disposición legal y contractual sí es posible la terminación y la suspensión del contrato de suministro por decisión unilateral.

4) Perjuicios causados al Mercado de Energía Mayorista (MEM)

(...)

El hecho de que XM no acoja el mandato de uno de los agentes del mercado en virtud de los clausulados acordados, en particular la terminación unilateral frente a incumplimientos, pone en riesgo los esquemas de negociación y general incentivos perversos a los compradores.

Una de las consecuencias es que incrementa la cartera del sector, poniendo posteriormente en riesgo la viabilidad de este tipo de negociaciones a futuro, lo cual limitaría la participación de algunos agentes en negociaciones bilaterales. Cláusulas como la de suspensión del contrato por ocurrencia de fuerza mayor o caso fortuito, en la que alguna de las partes, o ambas, queden en imposibilidad de cumplir el objeto contractual, se vuelven inocuas.

Finalmente queremos manifestar que para este caso la interpretación de XM como Administrador del Sistema de Mercados Comerciales, sobre las reglas de funcionamiento del mercado, han generado un perjuicio económico a Emgesa, al despachar una relación contractual que no se ajustaba a la realidad pactada."

Posteriormente se evaluó la necesidad de practicar pruebas y se evidenció que estas no se requerían, debido a que el objeto de la presente actuación administrativa hace referencia a una controversia que versa sobre la interpretación y alcance de una disposición regulatoria; de la misma forma, que la parte solicitante y terceros intervenientes no solicitaron pruebas adicionales a las pruebas documentales que fueron aportadas en la solicitud como dentro de su intervención.

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGESA S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

En virtud de lo anterior, en Director Ejecutivo continuó la actuación administrativa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la Resolución CREG 066 de 1998.

Con posterioridad al término para evaluar la necesidad de decretar la práctica de pruebas, la empresa Aremari, remitió oficio radicado en esta entidad con el No E-2010-004122 de 5 de mayo de 2010, en el cual informa que el día 20 de abril de 2010 se surtió la terminación y liquidación del contrato EMG-OM-004-07. En este oficio la empresa no se pronunció respecto a los hechos de la solicitud. Frente a lo anterior, expuso únicamente que:

"me permito informarle que el día 20 de abril de 2010, se surtió la terminación y liquidación de dicho contrato EMG-OM-004-07, entre EMGESAS y AREMARI, declarándose las partes mutuamente a paz y salvo por todo concepto renunciando a sus derechos de proseguir acciones judiciales o extrajudiciales iniciadas, desistiendo de los procesos que estuvieren en trámite y/o que surjan como consecuencia de la relación jurídica que se liquidó de manera conjunta....La liquidación de dicho contrato tuvo los efectos propios de la transacción, en consecuencia, la intención de las partes es que sea interpretada con efecto de cosa juzgada material".

3.4. Pruebas.

3.4.1. Pruebas allegadas por XM Compañía de Expertos en Mercados SA ESP.

La peticionaria aportó con su solicitud las siguientes pruebas documentales:

1. Copia de la Oferta Mercantil presentada por EMGESAS SA ESP a la empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI SA ESP.
2. Copia del formato de solicitud de registro.
3. Comunicación radicada en XM bajo el número 006211-3, EMGESAS en la cual solicitó el pre-registro de la Oferta Mercantil EMG-OM-004-07, aceptada por AREMARI mediante Orden de Compra ARM - 001 de 2007, para suministro de energía desde el 1 de enero de 2008 hasta 31 de diciembre de 2009.
4. Comunicación del 13 de julio de 2007, en la que EMGESAS envía comunicado al ASIC aclarando el objeto.
5. Comunicaciones del 2 de agosto de 2007, radicado XM 007631-1 y 007632-1 enviadas a EMGESAS y AREMARI respectivamente, en las que el ASIC certifica el pre-registro de la oferta mercantil.
6. Comunicación del 26 de octubre de 2007, radicado XM 0109109-1, en la que el ASIC actualiza el pre-registro debido a la fusión EMGESAS-BETANIA.
7. Comunicación del 11 de diciembre de 2007, radicado 013077-3, en la que EMGESAS solicita el registro de la Oferta Mercantil EMG-OM-004-07 entre EMGESAS y AREMARI.

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGESÁ S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-007, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

8. Comunicaciones del 19 de diciembre de 2007, radicados 013111-1 Y 013112-1 enviadas a EMGESÁ y a AREMARI respectivamente en las que el ASIC confirmó el registro solicitado.
9. Comunicación del 20 de diciembre de 2007 en las que EMGESÁ ratifica ante el ASIC las condiciones del negocio jurídico y que permanecen tal como se solicitó desde el pre-registro.
10. Comunicación del 11 de diciembre de 2009, radicadas con los números 015276-3 Y 015277-3, en las cuales EMGESÁ solicita la suspensión del despacho del contrato No EMG-OM-004-007 entre EMGESÁ y AREMARI.
11. Documento del 15 de diciembre de 2009, en la cual XM responde a EMGESÁ con comunicado enviado por firmador digital, indicando que no es posible atender la solicitud de suspensión.
12. Comunicación del 18 de diciembre de 2009, de XM a AREMARI solicitando su posición respecto a la solicitud de suspensión enviada por EMGESÁ.
13. Comunicación del 18 de diciembre de 2009, en la cual EMGESÁ manifiesta a XM su desacuerdo con la respuesta.

3.4.2. Pruebas allegadas por EMGESÁ SA ESP.

Respecto a la solicitud realizada por XM, Emgesa solicitó tener en cuenta como pruebas documentales las copias de las respuestas y comunicaciones emitidas por XM que se aportan dentro de la solicitud.

IV. CONSIDERACIONES DE LA COMISIÓN

Para resolver el conflicto que se somete a su consideración la Comisión de Regulación de Energía y Gas considera:

4.1 Hechos

Son hechos alegados al momento de la ocurrencia de la presente controversia y para efectos de la presente actuación administrativa:

1. Emgesa y Aremari, son agentes del mercado de energía mayorista, en calidad de Agente Generador y Agente Comercializador respectivamente, registrados ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales ASIC.

Con base en esto se establece que, Emgesa actuaba como Agente Generador registrado en el ASIC, para lo cual suscribió contrato de mandato (en aquel momento Central Hidroeléctrica de Betania S.A.) con XM (en aquel momento Interconexión Eléctrica SA ESP), el 14 de julio de 1995. Este contrato fue modificado mediante la cláusula adicional No 01 suscrita el 4 de marzo de 2002, con el fin de establecer las obligaciones en cuanto a la liquidación, facturación, cobro y pago de las transacciones que este realizará, en su

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGESAS A.S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

calidad de agente de la bolsa de energía y los contratos de energía a largo plazo que esta suscribiera, de acuerdo con las pruebas documentales aportadas a la actuación. (folios 21 a 24 del expediente)

2. XM actúa como entidad encargada de la Administración del Sistema de Intercambios Comerciales, es la facultada para hacer el registro de fronteras comerciales de los contratos de energía a largo plazo; la liquidación, facturación, cobro y pago del valor de los actos, contratos y transacciones de energía en la bolsa, para generadores y comercializadores; el mantenimiento de los sistemas de información y programas de computación requeridos; y del cumplimiento de las tareas necesarias para el funcionamiento adecuado del Sistema de Intercambios Comerciales (SIC).

3. Emgesa y Aremari realizaron un negocio jurídico denominado oferta mercantil No EMG-OM-004-07, con el fin de que Emgesa realizara el suministro de energía eléctrica a nivel del STN, que requiriera Aremari para respaldar sus contratos de venta de energía. Esta oferta incluía los aspectos relacionados con la cantidad y modalidad del suministro, precios, aceptación, facturación y forma de pago, garantías, las cantidades de energía ofrecidas en el período comprendido entre el 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2009.

Igualmente la oferta incluía un anexo denominado "*Reglamento de prestación del servicio de EMGESAS SA ESP (EMGESAS) a generadores y comercializadores del mercado mayorista*", del cual hacían aspectos tales como, la mora en el pago de los plazos establecidos, y la "*terminación del contrato consensual oferta-orden de compra*", en el que se incorporaba la posibilidad de suspender unilateralmente este negocio jurídico.

4. Que celebrado el negocio jurídico y realizados los respectivos trámites de pre-registro y de registro, el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales ASIC, a solicitud de Emgesa, registró la oferta mercantil EMG-OM-004-07, mediante el cual esta sociedad se obligó a suministrar energía "para respaldar contratos de AREMARI S.A. E.S.P.", registro que fue confirmado por el ASIC a las partes el día 19 de diciembre de 2007.

5. El 11 de diciembre de 2009, Emgesa solicitó al ASIC la suspensión del despacho del contrato EMG-OM-004-07", con fundamento en el Anexo de la respectiva oferta mercantil, denominado "*Reglamento de Prestación del Servicio de Emgesa*", según lo previsto en su parágrafo 2 numeral.

Emgesa justifica su solicitud en un presunto incumplimiento por parte de la empresa Aremari, debido a que éste no prepagó la energía que Emgesa le había suministrado en el mes de diciembre, obligación que debía cumplir el 24 de noviembre de 2010.

6. El 15 de diciembre siguiente, el ASIC respondió a EMGESAS que con fundamento, entre otras, en las Resoluciones CREG 006 de 2003 y 024 de

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGES A.S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

1995, "no es posible atender la solicitud de suspensión hasta tanto se presente comunicación suscrita por ambas partes, en la cual se informe al ASIC de la suspensión de la relación contractual o decisión judicial o arbitral que establezca la terminación de la relación contractual por incumplimiento de alguna de las partes....."

7. Despues de conversaciones entre Emgesa y XM, en las que la primera mantuvo su solicitud y la segunda su negativa, esta última informó a Aremari de dicha solicitud y le pidió indicar "su posición al respecto", quién respondió, en esencia, que 'en virtud de la regulación se requería autorización de las dos partes del contrato' y que estaba analizando jurídicamente el tema.

8. Con posterioridad, Emgesa reiteró su solicitud, oponiéndose tanto a las razones con que el ASIC negó la suspensión del despacho del contrato, como a la expuesta por Aremari.

4.2 El objeto de la controversia y alcance de la decisión de la Comisión.

Como se ha hecho mención, la presente solicitud es realizada por la empresa XM, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con Emgesa, respecto de la procedencia de realizar una suspensión del despacho del contrato EMG-OM-004-07, de acuerdo con el negocio jurídico realizado por esta empresa y Aremari.

Por lo tanto, y como consecuencia de lo anterior, el peticionario solicita que se declare la improcedencia de una solicitud unilateral de registro de suspensión de un contrato que se encuentra debidamente registrado ante el ASIC por las partes contratantes, en cumplimiento de la regulación vigente aplicable, e igualmente que no es procedente tramitar soluciones unilaterales de registro, ni que dentro de las funciones del ASIC se encuentra la de determinar el cumplimiento o no de normas contractuales.

Es por esto que, la facultad para dirimir el presente conflicto se limita a precisar el alcance de la aplicación de las disposiciones regulatorias aplicables¹ al momento de la controversia, relacionadas con el Mercado de Energía Mayorista, en cuanto a las operaciones, contenido, terminación y cumplimiento de las obligaciones de los contratos de energía, delimitando su aplicación, respecto de aquellas disposiciones que rigen la relación que existe entre los agentes del Mercado Mayorista de Energía con el ASIC, precisando las funciones que a este le han sido asignadas respecto de las operaciones del Mercado Mayorista de Energía MEM.

Lo anterior, con el fin de establecer si estas disposiciones en aquel momento permitían solicitar al ASIC en virtud del contrato de mandato dar aplicación

¹ Artículos 7, 14, 15 16 y 18 de la Resolución CREG 024 de 1995, Artículo 5 de la Resolución CREG 006 de 2003.

AS

ju

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGES A.S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

a la terminación o suspensión unilateral de los contratos de energía por parte de los Agentes del Mercado de Energía Mayorista.

4.3 El Mercado de Energía Mayorista. Alcance de las disposiciones regulatorias aplicables al contrato de energía y el límite de las funciones asignadas al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales ASIC.

El Mercado de Energía Mayorista (en adelante MEM) ha sido definido como el conjunto de sistemas de intercambio de información entre generadores y comercializadores de grandes bloques de energía eléctrica en el sistema interconectado nacional, para realizar contratos de energía a largo plazo y en bolsa sobre cantidades y precios definidos, con sujeción al Reglamento de Operación y demás normas aplicables.

Teniendo en cuenta esta definición, la Resolución CREG 024 de 1995 ha previsto las reglas y procedimientos para el manejo de información, liquidación de cuentas en la bolsa de energía, pago de servicios asociados de generación, pago por restricciones de transmisión y distribución, cobro y recaudo de facturas por transacciones realizadas en el mercado mayorista que forman parte del Sistema de Intercambios Comerciales, lo cual incluye **“las obligaciones y derechos de los agentes que participan en dicho mercado”**.

Ahora, dentro de esta regulación los agentes que participan en el MEM deben dar cumplimiento a unas condiciones mínimas a las que hace referencia el artículo 6 de la Resolución CREG 024 de 1995, para participar en las transacciones que allí se realizan. Adicionalmente, para la realización de las operaciones de energía en el MEM, se deben acudir a dos mecanismos, en primer lugar, mediante contratos de energía en bolsa, los cuales tienen una mayor injerencia regulatoria por parte de esta Comisión, así como de los contratos de energía a largo plazo, los cuales, al momento de los hechos se encontraban sujetos a un trámite de registro ante el ASIC, de acuerdo con el artículo 5 de la Resolución CREG 006 de 2003.

Respecto de los contratos de energía a largo plazo, se entiende que los mismos se encuentran sujetos a la regulación de la CREG, en lo que ella haya previsto, en especial respecto del registro y liquidación de estas operaciones comerciales, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Operación, especialmente las Resoluciones CREG 024 de 1995 y 006 de 2003. Es por esto que, en lo que no se encuentre previsto por la regulación, se entiende aplicable el literal a) del artículo 7 de la Resolución CREG 024 de 1995, el cual establece que:

“.....los generadores y comercializadores pactan libremente las condiciones, cantidades, y precios para la compra y venta de energía eléctrica a largo plazo.” (Resaltado fuera de texto)

071

10/16

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGES A.S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

Teniendo en cuenta estas disposiciones, la regulación emitida por esta Comisión está dirigida a establecer las reglas y parámetros a través de los cuales se organiza y realizan las transacciones en el MEM, sin embargo, en las operaciones, los agentes pactan libremente, es decir, establecen en ejercicio de la autonomía de la voluntad los elementos que hacen parte de los contratos de energía a largo plazo.

Adicionalmente, las funciones que realiza el ASIC en desarrollo de las operaciones realizadas en el MEM se encuentran sujetas a lo dispuesto por la regulación expedida por esta Comisión, por lo que el administrador frente a los agentes actuará para *"formar y cumplir los actos y contratos que tengan por objeto la adquisición o enajenación de energía eléctrica y los servicios asociados de generación, cuando estas se comprometan por escrito"*.

De la misma forma, que sus relaciones con el ASIC, los agentes se regirán por lo dispuesto en la regulación; en especial, para la formación y cumplimiento de todos los actos y contratos que celebren para la adquisición y enajenación a título oneroso, de energía eléctrica y los servicios asociados de generación de energía.

Lo anterior, se realiza en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 8 de la Resolución CREG 024 de 1995, debido a que los agentes se sujetan y someten a las disposiciones regulatorias de forma prevalente, en todas las actuaciones que se realicen dentro del trámite y al momento de realizar las transacciones en el MEM, por lo que se excluye del marco regulatorio, aquellas circunstancias como es el caso en que los generadores y comercializadores pactan libremente las condiciones, cantidades, y precios para la compra y venta de energía eléctrica a largo plazo. Lo anterior, cuando el artículo 8 de este acto administrativo establece:

"Artículo 8º. Servicios en el Mercado Mayorista. El Administrador del SIC solo prestará sus servicios a los agentes participantes del mercado mayorista para formar y cumplir los actos y contratos que tengan por objeto la adquisición o enajenación de energía eléctrica y los servicios asociados de generación, cuando estas se comprometan por escrito, a que:

a. Sus relaciones con el Administrador del SIC se regirán por lo aquí dispuesto;

b. Las relaciones entre los participantes del mercado mayorista, para la formación y cumplimiento de todos los actos y contratos que celebren para la adquisición y enajenación a título oneroso, de energía eléctrica y los servicios asociados de generación de energía, que impliquen transacciones en la bolsa de energía, se regirán por lo aquí dispuesto.

Parágrafo. Las empresas que deseen participar del mercado mayorista, se dirigirán al Administrador del SIC, informándole por escrito que conocen y aceptan los términos de la presente resolución."

Esto en reiteración del artículo 15 de la Resolución CREG 024 de 1995, respecto a que en los contratos de energía a largo plazo, se puede pactar

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGES A.S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

libremente su contenido, sin embargo, establece una limitante dentro del ejercicio de la autonomía de la voluntad, como lo es, que para que estos contratos puedan liquidarse en la bolsa de energía deben contener: la identidad de las partes contratantes; reglas o procedimientos claros para determinar hora a hora, durante la duración del contrato, las cantidades de energía a asignar bajo el contrato y el respectivo precio, en forma consistente con los procedimientos de liquidación establecidos en esta resolución.

Así mismo, la regulación prevé que el ASIC en ejercicio de sus funciones de "liquidación, facturación, cobro y pago del valor de los actos o contratos de energía en la bolsa por generadores y comercializadores" y en los contratos a largo plazo "del registro de fronteras comerciales, de los contratos de energía a largo plazo", es decir, aquellos actos relacionados con la adquisición o enajenación de energía eléctrica y los servicios asociados de generación, no responde por el cumplimiento de las obligaciones que las partes de los contratos de energía asumen recíprocamente.

Queda claro entonces que el ASIC, actúa dentro del MEM de acuerdo con las funciones y parámetros que establezca la regulación, para lo cual actúa en la ejecución de los contratos por el mandato dado por las empresas participantes en el mercado mayorista, por cuenta y riesgo de éstos, tal como lo prevé el artículo 16 de la Resolución CREG 024 de 1995. Esta posición fue claramente definida por esta Comisión, en pronunciamiento realizado a través de la Resolución CREG 097 de 2005², en la cual expuso:

"Se reitera que las funciones que cumple el ASIC han sido definidas y reglamentadas por la regulación y por tanto debe sujetarse a ella en su ejecución. Es así como al realizar el balance y liquidación de las transacciones de energía el ASIC debe actuar dentro del marco y las opciones que definidas en las normas. En cumplimiento de la regulación el ASIC debe asignar para cada agente la energía conforme a los contratos que han sido debidamente registrados y el faltante o exceso liquidarlo como una transacción en la bolsa. Particularmente en el caso de los generadores no despachados centralmente, la regulación la asignó al ASIC a función de determinar los pagos que deban hacerse a estos por la energía generada y no contratada indicándole que debe liquidarla a precio de bolsa." (Resaltado fuera de texto)

4.4 Procedencia de la suspensión unilateral y de la terminación unilateral de los contratos a largo plazo. La aplicación de las disposiciones regulatorias al momento de la controversia.

Hechas estas consideraciones, se establece que si bien la regulación permite que los generadores y comercializadores pacten libremente las condiciones, cantidades, y precios para la compra y venta de energía eléctrica a largo plazo, estos dentro de las disposiciones que rigen sus obligaciones contractuales deben tener en cuenta lo dispuesto en la regulación así como

² Por la cual se resuelve la petición en interés particular para la resolución del conflicto suscitado entre GENERAR S.A. E.S.P., e ISA, en su condición de representante del Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales - ASIC-, con ocasión de unas liquidaciones realizadas por el ASIC en virtud del contrato de mandato suscrito entre las dos empresas.

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGES A.S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

la aplicación de la misma de forma sistemática, sin que en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad esta se pueda desconocer.

De acuerdo con esto, respecto de la terminación unilateral del contrato de energía a largo plazo, hasta el año 2010 en el artículo 18 de la Resolución CREG 024 de 1995, había previsto que esta debía realizarse por acuerdo de las partes en los siguientes términos:

Artículo 18. Terminación de Contratos. *En caso de terminación de un contrato, **es obligación de las partes** involucradas informar con una anticipación mínima de siete (7) días calendario a la fecha de finalización del contrato, para que el Administrador del SIC deje de considerarlo en la comercialización en el mercado mayorista a partir de la fecha de terminación. El Administrador del SIC informará a los agentes del mercado mayorista involucrados el registro de la terminación del contrato. En el caso que uno de los agentes involucrados en la terminación de contratos, no esté cumpliendo con las obligaciones como agente del mercado mayorista se informará a la CREG para que defina las acciones correspondientes*” (Resaltado fuera de texto)

Sin embargo, esta disposición fue modificada por el artículo 3 de la Resolución CREG 038 del año 2010, al hacer expresa la posibilidad de que, cuando los agentes en sus contratos prevean causales de **terminación unilateral**, una de las partes pueda informar al ASIC de la terminación del contrato. Consagra esta disposición:

Artículo 3. Modificación del Artículo 18 de la Resolución CREG 024 de 1995. El artículo 18 de la Resolución CREG 024 de 1995 quedará así:

Artículo 18. Terminación de Contratos. *En caso de terminación de un contrato, **es obligación de las partes involucradas informar con una anticipación mínima de siete (7) días calendario a la fecha de finalización del contrato, para que el Administrador del SIC deje de considerarlo en la comercialización en el mercado mayorista a partir de la fecha de terminación. El Administrador del SIC informará a los agentes del mercado mayorista involucrados el registro de la terminación del contrato. En el caso que uno de los agentes involucrados en la terminación de contratos, no esté cumpliendo con las obligaciones como agente del mercado mayorista se informará a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para lo de su competencia.***

Cuando en el contrato se haya pactado la terminación unilateral, bastará con que una de las partes informe al ASIC que se ha producido la terminación del contrato. Esta parte será responsable de los daños y perjuicios que se occasionen si la terminación informada no se sustenta en las causales de terminación previstas en el contrato.” (Resaltado fuera de texto)

Es por esto que, la regulación ha dispuesto a partir del 8 de marzo de 2010³, la posibilidad de dar aplicación a la terminación unilateral del contrato e informar al ASIC esta circunstancia, de acuerdo con la causal o circunstancia que genera la terminación.

De esto se entiende que con anterioridad a la expedición de este acto administrativo, la regulación imposibilitaba que se pudiese dar la terminación unilateral de los contratos, ya que la misma ante las

³ Fecha de publicación en el Diario Oficial.

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGESa S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

circunstancias y hechos que se presentaban hasta ese momento, requerían de una modificación de la regulación en este aspecto, desde su aplicación. Por lo tanto, esta disposición implica que la ineficacia de esta disposición del contrato de energía a largo plazo se genera por una cláusula o elemento accidental pactado entre los agentes y el mecanismo de aplicación se realiza a través de una disposición regulatoria.

Es por esto que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar libremente sus obligaciones y estipulaciones contractuales, mientras estas sean compatibles y no contravengan lo dispuesto en la regulación, en este caso respecto del Reglamento de Operación y de las operaciones de energía a largo plazo, debido a que la autonomía de la voluntad de los agentes se sujeta y debe expresarse de forma compatible con lo previsto en la regulación, en especial respecto del funcionamiento del MEM para el caso concreto.

En vista de esto, si bien en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad es posible pactar la suspensión unilateral del contrato debido a los agentes determinan el contenido del contrato, su aplicación se encuentra sujeta a lo dispuesto en la regulación y los efectos que esta tiene dentro del mercado de energía, toda vez que en aquel momento el contenido de esta cláusula no era compatible con la regulación, respecto de las operaciones que se realizan a través de contratos de energía a largo plazo, como de las funciones asignadas al ASIC.

Esto, debido a que los agentes ya sea en los contratos a largo plazo, como ocurrió en el presente caso, o en los contratos de mandato que suscriben con este, podrían establecer obligaciones y atribuciones que tendría que ejecutar el ASIC, las cuales se encuentran por fuera de aquellas que la Ley 143 de 1994 y en desarrollo de estas la regulación le han establecido.

Es así que en el contrato de mandato se pueden incluir disposiciones relativas a la obligación de informar al ASIC aquellas las modificaciones que alteren la liquidación comercial del mismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Resolución CREG 006 de 2003, por lo que le existe la obligación al ASIC proceder con la modificación del registro; sin embargo, esto no se puede confundir con la posibilidad de asignarle funciones al ASIC, dentro de los contratos de mandato por parte de los agentes, tendientes a ejecutar obligaciones o establecer incumplimientos a nombre de estos.

Igualmente, se genera la posibilidad de que los agentes al solicitar la aplicación de esta atribución, puedan dar instrucciones encontradas que pueden afectar el buen funcionamiento del mercado. Esto, en la medida que desequilibra la actuación formal, imparcial y objetiva que realiza el ASIC dentro de las transacciones de energía en el Mercado de Energía Mayorista, las cuales para el caso concreto se relacionan únicamente con la inscripción, el registro de los contratos a largo plazo, la información necesaria para el registro y despacho de los contratos, del monitoreo de estas operaciones y en

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGES A.S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

general del buen funcionamiento del Sistema de Intercambios Comerciales, asignándole funciones en representación de los agentes para verificar incumplimientos o ejecutar disposiciones y obligaciones de las partes en los contratos a largo plazo.

En virtud de lo anterior, los agentes al establecer el contenido de los contratos, pueden acudir en ejercicio de la autonomía de la voluntad al establecer disposiciones y obligaciones para las partes, siempre que estas sean compatibles y no vayan en contra de la regulación.

V. CONCLUSIÓN

De lo anterior se concluye, que los agentes deben tener en cuenta al momento de establecer el contenido de los contratos de energía a largo plazo, aquellas circunstancias que están previstas por la regulación en relación con su determinación, así como de la naturaleza de las funciones y los límites de aquellas personas que actúan dentro del Mercado de Energía Mayorista, en especial el ASIC, debido a que la autonomía de la voluntad que ellos despliegan, se encuentra sujeto a la compatibilidad con las disposiciones establecidas en la Ley 143 de 1994 y en la regulación, así como en el contenido de los contratos de mandato, los cuales se encuentran estrechamente ligados al contenido de la regulación.

En virtud de lo anterior, se establece la incompatibilidad que existe para el momento en que se suscita el presente conflicto entre la solicitud de suspensión unilateral de los contratos de energía a largo plazo pactada por parte de los agentes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, la regulación expedida por esta Comisión del Mercado de Energía Mayorista, así como del contenido del contrato de mandato.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión No. 564 del 5 de julio de 2013, acordó expedir la presente Resolución;

R E S U E L V E:

Artículo 1. Resolver el conflicto suscitado entre XM Expertos en Mercados S.A. E.S.P., Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC-, en cuanto a la interpretación adecuada de disposiciones regulatorias aplicables al momento de la controversia relacionadas con la posibilidad de pactar y solicitar al ASIC por parte de los agentes del Mercado de Energía Mayorista la terminación y suspensión unilateral de los contratos en este sentido:

Conforme a lo establecido en las Resoluciones CREG 024 de 1995, 006 de 2003 y 038 de 2010, con posterioridad al 8 de marzo de 2010, es procedente pactar por parte de los agentes del Mercado de Energía Mayorista-MEM,

Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGESa S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P.

y solicitar ante el ASIC, la terminación unilateral de los contratos de energía a largo plazo.

Así mismo, de acuerdo con lo establecido en las Resoluciones CREG 024 de 1995 y 006 de 2003, son improcedentes aquellas solicitudes de suspensión unilateral de los contratos de energía a largo plazo que se realicen por parte de los agentes del Mercado de Energía Mayorista-MEM ante el ASIC, en virtud de las obligaciones y disposiciones previstas en estos contratos suscritos y registrados con anterioridad a la vigencia de la Resolución CREG 038 de 2010, en la medida que se consideran incompatibles con la regulación.

Lo anterior, de acuerdo con los argumentos expuestos en presente resolución.

Artículo 2. La presente Resolución deberá notificarse a las empresas XM Expertos en Mercados S.A. E.S.P., EMGESa S.A. E.S.P. y Agregados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P. Contra lo dispuesto en este acto procede el recurso de reposición, el cual se podrá interponer ante la Dirección Ejecutiva de la CREG dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación.

NOTIFIQUESE PUBLIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. a los

05 JUL. 2013


FEDERICO RENGIFO VÉLEZ
Ministro de Minas y Energía
Presidente


GERMÁN CASTRO FERREIRA
Director Ejecutivo