



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 075 DE 2004

(30 SET. 2004)

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de la atribución conferida por la Ley 143 de 1994, Artículo 23 literal p, y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.

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 con Radicación E-2003-0010112, ENERGÉTICOS S.A. E.S.P. y CEDELCA S.A. E.S.P. formulan solicitud conjunta de arbitramento cuyo objeto es *"dirimir la diferencia presentada en la interpretación del Mm. para la aplicación en el cálculo de la tarifa en el contrato 100/03 entre Cedelca S.A. E.S.P., y ENERGÉTICOS S.A. E.S.P."*;

Que en el folio 13 del expediente se encuentra la Cláusula Décima Quinta, la cual establece: *"SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS"* y el *Parágrafo Primero* dispone: *"En caso de que una vez surgida la diferencia transcurran cuarenta y cinco días (45) calendario sin que las partes lleguen a un acuerdo directo, se recurrirá al arbitraje de la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG-, según las Resoluciones 066 y 067 de 1998, expedidas por ésta, y las normas*

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

que las modifiquen, adiciones o remplacen", *del contrato suscrito por los Representantes Legales de las empresas CEDELCA S.A. E.S.P. y ENERGÉTICOS S.A. E.S.P.*;

Que el contrato celebrado por los solicitantes reúne las características de los "acuerdos operativos y comerciales", de que trata el Artículo 23 de la Ley 143 de 1994, así como el objeto y las partes intervinientes;

Que la petición de arbitraje cumple con el requisito formal previsto en el Artículo 118 del Decreto 1818 de 1998 y con los requisitos sustanciales dispuestos en la Ley 143 de 1994;

Que la Dirección Ejecutiva de la Comisión de Regulación de Energía y Gas profirió auto el 17 de diciembre del 2003, mediante el cual admitió la solicitud conjunta presentada por las partes para resolver el conflicto mediante trámite arbitral, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1818 de 1998 y la Resolución CREG-067 de 1998;

Que el auto admisorio de la solicitud de arbitraje fue notificado personalmente al apoderado de CEDELCA S.A. E.S.P. y a la representante legal de ENERGÉTICOS S.A. E.S.P. en diligencia que se llevó a cabo el 17 de diciembre de 2003;

Que el auto admisorio de la solicitud de arbitraje se notificó por estado de fecha 6 de enero de 2004, con el propósito de que posibles terceros interesados se hagan parte dentro del proceso;

Que previo a la celebración de la Audiencia de Conciliación CEDELCA S.A. E.S.P. mediante comunicación con Radicación No. E-2003-011704 del 30 de diciembre de 2003 solicitó el decreto de pruebas testimoniales;

Que vencido el término de traslado a terceros sin que ninguna persona solicitará hacerse parte del trámite se fijó fecha y hora para realizar la Audiencia de Conciliación, de que trata el Decreto 1818 de 1998, mediante auto del 26 de enero de 2004;

Que la apoderada de CEDELCA S.A. E.S.P. solicitó mediante documento Radicado E-2004-000835 el aplazamiento de la Audiencia de Conciliación, la cual se aceptó, y la diligencia se realizó el día 26 de febrero de 2004;

Que a dicha diligencia comparecieron las partes con sus respectivos apoderados, y en su desarrollo, se declaró fallido el intento de conciliación;

Que el representante legal de CEDELCA S.A. E.S.P. presentó a la Dirección Ejecutiva, antes de dar inicio a la Audiencia, documento con Radicación E-2004-001536 que contiene "*consideraciones jurídicas, fácticas y técnicas por las cuales la empresa que represento no accede a conciliación alguna...*";

Que por mutuo acuerdo de las partes, según manifestación libre y espontánea de las mismas, según consta en el expediente, el 26 de febrero de 2004 se dio

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

inicio a la audiencia de "Instalación del Tribunal de Arbitramento y la Primera de Trámite", en la que se declaró lo siguiente:

- Existencia en el contrato de suministro No. 100/2003 de una cláusula compromisoria entre las partes para que la CREG conozca del conflicto.
- Competencia de la CREG como Tribunal de Arbitramento.

Que en la Audiencia de Instalación del Tribunal y la Primera de Trámite, la Dirección Ejecutiva de la CREG precisó el alcance de las competencias de esta Comisión frente al conocimiento del conflicto, según lo establecido en el Artículo 9° de la Resolución CREG 067 de 1998, bajo las siguientes consideraciones:

"Los conflictos que se sometan a definición mediante arbitraje, deberán estar exclusivamente encaminados a conseguir que la Comisión defina las controversias entre los diferentes agentes económicos que participen en las actividades del sector, en cuanto a interpretación de los acuerdos operativos y comerciales y no a obtener decisiones de naturaleza constitutiva o de condena." Subrayado fuera del texto original.

Que la Dirección Ejecutiva reconoció el valor de pruebas a los documentos allegados por las partes y decretó la práctica de las pruebas testimoniales solicitadas por CEDELCA S.A. E.S.P., los cuales reposan en el acta de diligencia de testimonios y las que de oficio se consideraron procedentes con el auto del 26 de febrero de 2002;

Que en la Primera y Segunda Audiencia de Trámite no se presentó recurso alguno, ni sobre el contenido del auto de pruebas, ni sobre las declaraciones de terceros;

II. CONFLICTO CONTRACTUAL.

En el mes de septiembre del 2002, CEDELCA S.A. E.S.P. realizó una Invitación Pública, identificada con el No. 006 de 2002, con el objeto de comprar energía destinada atender su mercado regulado para el periodo entre octubre 2002 y el 31 de diciembre de 2003 y del 1 de enero al 31 de diciembre de 2004.

ENERGÉTICOS S.A. E.S.P. presentó propuestas tendientes a lograr la adjudicación de parte de la convocatoria, situación que se materializó mediante la celebración del Contrato 100 de 2003, en donde CEDELCA S.A. E.S.P. contrató con ENERGÉTICOS S.A. E.S.P. la compra de energía a partir del 1 de diciembre de 2002 al 31 de diciembre de 2003.

El Contrato No. 100 de 2003 en su Cláusula Primera señala:

"CLÁUSULA PRIMERA.- Objeto. Por el presente contrato EL SUMINISTRADOR, se obliga a suministrar y entregar AL COMPRADOR y este a adquirir y/o recibir de aquel, las cantidades de energía eléctrica determinadas en el anexo de cantidades y precio según las condiciones y términos y demás estipulaciones establecidas en los términos de

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

referencia de la Convocatoria Pública No. 006 de 2002, los adendos y las establecidas en el presente contrato."

Adicionalmente, la Cláusula Tercera del Contrato No. 100 de 2003 indica como **Valor del contrato** "...El valor del presente contrato es de cuantía indeterminada pero determinable, el valor del contrato será la resultante de multiplicar el precio unitario en Pesos por Megavatio-hora, por las cantidades determinadas en la propuesta y asignadas en la adjudicación con la fórmula de actualización fijada en los pliegos."

Por su parte, la Cláusula Décima del Contrato No. 100 de 2003 establece en la parte final que: "...Para aplicar la tarifa final de liquidación mensual del contrato, ésta se determinará de acuerdo con las tarifas contenidas en los anexos y parámetros de valores, de cantidades adjudicadas y de precios que forman parte del contrato y con la respectiva actualización de IPP..."

Dentro de los anexos del contrato se encuentran los términos de referencia de la Invitación Pública No. 006 de 2002, a de la cual se estable como **"Información sobre precios y cantidades"**, lo siguiente:

"El proponente deberá establecer en los formatos establecidos los precios del suministro, tipo de variación (Precio único ó porcentaje de Mm). Se entiende que:

La energía se ofrecerá en la modalidad pague lo demandado.

En la modalidad de pague lo demandado.

En la modalidad de variación se puede ofertar como:

- *Precio único(Su precio final de liquidación es el ofertado).*
- *Variable dependiendo del valor mensual del Mm. (El precio final de liquidación se moverá dentro de una franja de más o menos 10 %, lo indica que si el valor mensual del Mm está por debajo del 10% del precio ofertado, el precio de liquidación será el ofertado multiplicado por un 90%, si el valor mensual del Mm está por encima de un 10% del precio ofertado, el precio de liquidación será el ofertado multiplicado por un 110%, si el valor mensual del Mm está dentro del rango del más o menos 10% del precio ofertado, el precio de liquidación será el ofertado. El precio final de liquidación tiene como base el Mm del mes publicado por el ASIC).*

..."

ENERGÉTICOS S.A. E.S.P. en su calidad de suministrador de la energía emitió las facturas causadas en virtud del contrato, aplicando al precio la "Variable dependiendo del valor mensual del Mm."

CEDELCA S.A. E.S.P., por su parte, manifestó su inconformidad en el cálculo de la tarifa por tener una interpretación diferente a la de ENERGÉTICOS S.A. E.S.P. respecto a cómo influye el Mm en la liquidación.

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

El argumento que presenta CEDELCA S.A. E.S.P. es que el valor del M_m que debe aplicarse corresponde al indicado en el punto 2.1 del anexo 1 de la Resolución 031 de 1997:

"2.1 Costos de compra de energía.

Los costos máximos de compra de energía están dados por la fórmula:

$$G_{m,t} = \beta \left[\alpha_{m,t} P_m + (1 - \alpha_{m,t}) M_m \right] + (1 - \beta) P_{m-1}$$

Con,

$$P_m = \frac{\sum_{i=1}^{12} \left(P_{m-i} \frac{IPP_{m-1}}{IPP_{m-i}} \right)}{12}$$

$$M_m = \frac{\sum_{i=1}^{12} \left(M_{m-i} \frac{IPP_{m-1}}{IPP_{m-i}} \right)}{12}$$

donde:

P_m : Costo promedio mensual (\$/kWh) de las transacciones propias en el mercado mayorista con destino al mercado regulado, considerando tanto contratos como bolsa de energía, para el mes m .

P_{m-i} : Costo del mes correspondiente a i meses anteriores al mes m , (\$/kWh) de las transacciones propias en el mercado mayorista con destino al mercado regulado, considerando tanto contratos como bolsa de energía.

M_m : Costo Promedio Mensual (\$/kWh) de todas las transacciones en el mercado mayorista, considerando tanto contratos como bolsa de energía, para el mes m .

M_{m-i} : Costo del mes correspondiente a i meses anteriores al mes m , (\$/kWh) de todas las transacciones en el mercado mayorista.

IPP_{m-i} : Índice de Precios al Productor Total Nacional del mes correspondiente a i meses anteriores al mes m .

β : Factor de ponderación definido por la CREG e igual a 0.9.

$\alpha_{m,t}$: Factor de ponderación de P_m , para el mes m y para el año t , dado por la expresión:

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

$$\alpha_{m,t} = 1 - \left(\frac{C_{m,t}(1 - PR_{I,t})}{P_{t-1} \frac{IPP_{m-1,t}}{IPP_{6,t-1}}} \right) \quad \text{con, } 0 \leq \alpha_{m,t} \leq 1$$

donde:

$C_{m,t}$: Costo de Comercialización (\$/kWh) correspondiente al mes m del año t , de acuerdo con lo establecido en el numeral 2.6 de este Anexo.

$PR_{I,t}$: Porcentaje de pérdidas acumuladas hasta el nivel de tensión uno, reconocidas al comercializador, correspondiente al año t .

P_{t-1} : Costo promedio de las compras propias con destino al mercado regulado, correspondiente al año anterior a t .

$IPP_{6,t-1}$: Índice de Precios al Productor Total Nacional de junio del año anterior a t .

En caso que en el mes $m-i$ el comercializador no hubiere efectuado ninguna transacción propia, el valor P_{m-i} deberá ser sustituido por M_{m-i} .

CEDELCA S.A. E.S.P. considera que el valor por tomar es el publicado por ISA en sus boletines ISACOM, en los cuales se muestran las componentes M_{m-i} indexadas y el valor resultante M_m al final.

CEDELCA S.A. E.S.P. expuso en la solicitud conjunta presentada a la CREG una ilustración sobre su interpretación de la aplicación del M_m , contenido en el documento de solicitud del trámite (Radicado E-2003-010112):

"Para su ilustración, en el mes de Enero de 2003 CEDELCA, interpreta que el valor por utilizar de M_m debe ser \$68.9956/Kwh, teniendo en cuenta la fórmula expresada en la resolución 031/97 y que es del mes, puesto que es calculado uno para cada mes individual del año; además se entiende que es el valor coherente por tomar, pues es el que es aplicado en la fórmula tarifaria como valor que influye en el costo transferible a la tarifa final."

Por su parte, ENERGÉTICOS S.A. E.S.P., haciendo uso de la misma ilustración, expone como argumento que "...el valor a utilizar para la facturación del mes de Enero de 2003, debería ser \$74,46063/Kwh., que corresponde de acuerdo con lo establecido en el numeral 2.1. de la Resolución 031 de 1997 al "Costo promedio mensual (\$/Kwh) de todas las transacciones en el mercado mayorista, considerando tanto contratos como bolsa de energía, para el mes m ." en este caso el mes de Diciembre / 02 como valor M_m del mes, interpretando lo expresado en los pliegos de la licitación 06-2002 arriba transcrito, en cuanto a que es el valor del mes, en este caso enero, el que debe tomarse como promedio de las transacciones realizadas solamente en el mes de enero."

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

Adicionalmente, ENERGÉTICOS S.A. E.S.P. trae como sustento de su argumento, la Resolución 013092 de octubre 30 de 2002, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante la cual se establece el formato único de información de las empresas prestadoras de servicios públicos.

En términos más sencillos, la discrepancia se presenta respecto a cómo se debe tomar el factor Mm para efectos de calcular el valor del suministro eléctrico:

- Según CEDELCA S.A. E.S.P., se debe tomar como valor del Mm el que contiene todas las transacciones que se generen en el mercado Mayorista realizadas en el mes anterior al mes en el cual se publica este valor, por ejemplo si se va a calcular la energía correspondiente al mes de enero del 2003, se debe utilizar el Mm que represente el valor del mes que reconozca todas las transacciones causadas en el hasta el mes de diciembre de 2002.
- Según ENERGÉTICOS S.A. E.S.P. se debe utilizar el Mm que recoge las transacciones surtidas en el mes para el cual se está realizando la liquidación, por ejemplo: para el mes de enero de 2003 como valor Mm se debe tomar como promedio de las transacciones realizadas el valor correspondiente al mes de enero de 2003.

Visto lo anterior, y teniendo en cuenta las precisiones ya expuestas en cuanto al alcance de las competencias arbitrales adjudicadas por la ley a esta Comisión, corresponde a la CREG definir la interpretación que se le debe dar a las estipulaciones contractuales objeto de discrepancia.

III. PRUEBAS PRACTICADAS.

La Dirección Ejecutiva de la CREG profirió el 26 de febrero de 2004 el auto mediante el cual se decretaron pruebas. En dicho auto reconoció el valor probatorio de los documentos allegados por las partes, se decretó la práctica de prueba testimonial de los Ing. Nelson Franco Ospina, Darío Rubio Jiménez y José Julio Campos Galicia, y de manera oficiosa se solicitó a ISA E.S.P., en su condición de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales, se informe por escrito el Mm. (Costo Promedio Mensual \$/kWh) de todas las transacciones en el Mercado Mayorista, considerando tanto contratos como bolsa de energía, para el mes m (Resolución CREG-031 de 1997, Anexo único), que ha utilizado para liquidar el contrato 100/2003 suscrito entre las empresas CEDELCA S.A E.S.P. y ENERGÉTICOS S.A. E.S.P.

En la Audiencia de Trámite del 17 de marzo de 2004 se recibieron la totalidad de los testimonios decretados, como consta en el Acta respectiva.

La solicitud de oficio decretada fue contestada por el ASIC mediante comunicación con Radicación E-2004-002146 del 12 de marzo de 2004, en donde el ASIC informa lo siguiente:

Handwritten signature/initials

Handwritten mark

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

"...le informamos que el Mm (Costo Promedio Mensual en \$/kWh) de las transacciones en el Mercado Mayorista, considerando tanto contratos como bolsa de energía, (Resolución CREG 031 de 1997, Anexo único), que se utilizó para liquidar el contrato 100/2003 suscrito entre las empresas CEDELCA S.A. E.S.P. y ENERGÉTICOS S.A. E.S.P.:

| Mes Liquidado | Mm utilizado | \$/KWh |
|----------------------|---------------------|---------------|
| 01/01/03 | Dic-02 | 66.53994 |
| 01/02/03 | Ene-02 | 67.45194 |
| 01/03/03 | Feb-03 | 68.99856 |
| 01/04/03 | Mar-03 | 70.24376 |

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Concluida la instrucción del proceso, la Dirección Ejecutiva de la CREG profirió auto del 19 de abril de 2004 para oír las alegaciones de las partes según lo dispuesto por el Artículo 154 del Decreto 1818 de 1998.

Las partes presentaron en comunicaciones radicadas ante la CREG las alegaciones pertinentes, Radicados 2004-003494 por parte de CEDELCA S.A. E.S.P. y E-2004-003495 por parte de ENERGÉTICOS S.A. E.S.P. Las partes relevantes de las intervenciones y de los documentos allegados, pueden resumirse así:

A. CONCLUSIONES DE CEDELCA S.A. E.S.P.

- Que CEDELCA S.A. E.S.P. destaca la claridad y precisión de los lineamientos dados dentro de las relaciones jurídicas precontractuales y contractuales, especialmente sobre la información de precios y cantidades, establecida en la Invitación Pública y reiterada en la Cláusula Primera del Contrato 100 de 2003.
- Que CEDELCA S.A. E.S.P. señala que la manera en que se efectuó la liquidación del Contrato 100 de 2003 coincide con la información expedida por el Mercado Mayorista de Energía, según la comunicación 2620-42-005141-3 de marzo 12 de 2004 que reposa en el expediente.
- Que sobre los testimonios practicados en el proceso, CEDELCA S.A. E.S.P. consideró relevante insertar en su documento de alegato de conclusión, las siguientes anotaciones:

"...

1. *Que CEDELCA S.A. E.S.P., se basó para el cálculo de la tarifa final del contrato de suministro 100 de 2003, en la Resolución CREG 031 de 1997, considerando lo establecido en la fórmula del anexo 1 de dicha Resolución, donde se establece que el costo de generación contiene el valor del Mm, definido como el costo promedio móvil de*

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

las transacciones de energía en el Mercado Mayorista de Energía, el cual es publicado mensualmente por el SIC.

- 2. Que en los términos de referencia de la invitación pública No. 006 de 2002, se estableció, que las ofertas podrían contener dos alternativas, la primera, un costo fijo actualizable con el IPP y la segunda variable, dependiendo del costo Mm indicado en la Resolución CREG 031 de 1997, condición ésta, que fue aceptada por Energéticos S.A. E.S.P. en su oferta de precios, lo que las tarifas corrobora en el formato FT1, que contenía la aclaración de que las tarifas ofrecidas eran variables con el Mm, tal y como quedó establecido en el contrato. Por lo tanto la tarifa final se determinaba actualizando la tarifa propuesta con el IPP y su liquidación se movía dentro de una franja de más o menos 10% según el comportamiento del componente Mm de la Resolución CREG, en comento.*
- 3. Que el ítem 1.3 "Interpretación, aclaración y modificación de los documentos del pliego de condiciones" dispone que el proponente debe examinar todas las instrucciones, formularios, condiciones, especificaciones y anexos del presente pliego para la preparación de la oferta. En caso de duda, el proponente no debe asumir interpretaciones de los documentos del pliego, si no que debe solicitar aclaración mediante comunicación escrita. Para el caso que nos ocupa Energéticos S.A. E.S.P., no solicitó ningún tipo de aclaración al respecto, además, en la presentación de la oferta respectiva, fechada en septiembre 18 de 2002, acepta ejecutar el contrato por los precios, en los plazos y con los términos establecidos en el pliego de condiciones y la propuesta de suministro.*
- 4. Que Energéticos S.A. E.S.P., al presentar las facturas por concepto de la liquidación de los consumos transferidos en virtud del Contrato No. 100/2002, aplicó una tarifa diferente, que no correspondía al Mm publicado por el SIC, tal y como se había pactado entre las partes.*
- 5. Que para la liquidación del contrato de suministro de energía 100 de 2003, no es dable la aplicación del Mmi, primero porque el Mmi, está definido como el costo del mes i ($4/kWh$) de todas las transacciones del mercado mayorista, siendo entonces, una componente para el cálculo del Mm, cuya definición está dada por la regulación, como el costo promedio mensual ($\$/kWh$) de todas las transacciones en el mercado mayorista de los Mmi de doce (12) meses anteriores, considerando tanto contratos como bolsa de energía; y en cuanto a lo segundo, porque fue voluntad de las partes, según lo acordado en el contrato suscrito, y de conformidad con lo establecido en todos y cada uno de los documentos que forman parte de la relación contractual dada entre Central Eléctricas del Cauca S.A. Empresas de Servicios Públicos y la Comercializadora de Energía, Gas e Hidrocarburos S.A. E.S.P."*

Quica

8

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

- *Se plantea que ENERGÉTICOS S.A. E.S.P., según el contenido de la Resolución 013092 de octubre de 2002, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no precisó cual de las definiciones es la que se debe aplicar.*
- *Que la Resolución 013092 de octubre de 2002, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, tiene efectos, finalidades y consecuencias disímiles al caso concreto.*

...

B. CONCLUSIONES DE ENERGÉTICOS S.A. E.S.P..

- ENERGÉTICOS S.A. E.S.P. señala que la interpretación hecha al Pliego de Condiciones de la Licitación 006 - 2002 fue de buena fe, entendiendo como Mm la definición expresada en la Resolución CREG No. 031 del 4 de abril de 1997 en su Anexo No. 1, por lo que el valor que se utiliza para la facturación de acuerdo a la transcripción anterior corresponde taxativamente al Mm del mes a cobrar.
- Que constituye un asunto diferente la interpretación que ISA hace del Mm.
- Que ante la aparente confrontación de definiciones prima la Resolución CREG 031 de 1997 frente a las definiciones de ISA.
- Que es la CREG quien puede definir la apreciación e interpretación del Mm.

IV. CONSIDERACIONES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS.

A. COMPETENCIA DE LA CREG.

Conforme a lo señalado en la Primera Audiencia de trámite, la competencia de la Comisión de Regulación de Energía y Gas se limita a interpretar la manera como se debe liquidar el contrato suscrito entre las partes. Este pronunciamiento de ninguna manera se debe entender como una decisión de naturaleza constitutiva o de condena.

B. HECHOS RELEVANTES POR LOS QUE SE PROCEDE EN ESTE ARBITRAMIENTO.

- Que ENERGÉTICOS S.A. E.S.P. y CEDELCA S.A. E.S.P. celebraron un contrato de suministro de energía, en atención a la Invitación Pública realizada por este último.
- Que entre las partes contratantes se suscribió una cláusula compromisoria para que la CREG resuelva mediante arbitramento las diferencias empresariales.

Cauca

4

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

- Que mediante escrito radicado ante la Comisión de Regulación de Energía y Gas, con el No. E-2003-0010112, ENERGÉTICOS S.A. E.S.P. y CEDELCA S.A. E.S.P. formularon una solicitud conjunta de arbitramento con el fin de dirimir la diferencia presentada en la interpretación del Mm. para la aplicación en el cálculo de la tarifa en el Contrato No. 100 de 2003.
- Que la solicitud cumple con los requisitos formales y sustanciales para que la CREG se pronuncie sobre el conflicto.
- Que la solicitud fue dada a conocer a terceros e interesados sin que hiciera parte ningún tercero con interés en el resultado del proceso.
- Que la Dirección Ejecutiva de la CREG citó a las partes para que se surtiera una diligencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por no existir ánimo para llegar a un acuerdo.
- Que las pruebas solicitadas se allegaron oportunamente al proceso, se conocieron por las partes, fueron susceptibles de controvertir por las mismas y por lo tanto se tienen en cuenta al momento de expedir el presente laudo.
- Que en el proceso arbitral se observó la normatividad procedente con el propósito de surtir un trámite en debida forma y de esta manera se respetaron las garantías procesales de las partes.

C. DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Dentro del trámite arbitral se ordenó mediante auto del 26 de febrero de 2004, la práctica de la diligencia de declaración de terceros de los señores Nelson Franco Ospina, Darío Rubio Jiménez y José Luis Campos Galicia, quienes se hicieron presente en la fecha y hora fijada en el auto de señalamiento de audiencia proferido el 8 de marzo de 2004. Considera la CREG pertinente en este punto hacer unas observaciones particulares al respecto.

- Declaración de terceros o testimonio

La Declaración de parte en los procedimientos judiciales en nuestro país constituye un elemento probatorio, lo que hace que el juzgador tenga que analizar la prueba con prudencia y bajo el seguimiento de los requisitos exigidos para su práctica. La declaración de terceros se encuentra desarrollada en el artículo 213 hasta el 232 del Código de Procedimiento Civil, y se entiende como una declaración de un tercero ajeno al trámite, con el fin de que ilustre con su conocimiento fáctico, los hechos referentes al proceso, y así dar certeza al juez sobre la existencia y forma de ocurrencia de los hechos.

Partiendo de lo señalado por el Código de Procedimiento Civil cada persona natural a la que se le solicita rendir testimonio debe cumplirlo, salvo que se encuentre en una causal de inhabilidad, habido cumplido los formalismos del decreto de la prueba, citación de testigos y puntualidades del interrogatorio.

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

Para el caso en cuestión se decretó la recepción de los testimonios de los Ing. Nelson Franco Ospina, Darío Rubio Jiménez y José Julio Campos Galicia, prueba solicitada por CEDELCA S.A. E.S.P., quienes se hicieron presente en la fecha y hora fijada en el auto de señalamiento de fecha para diligencia del 8 de marzo de 2004.

Cumplido los términos procesales se pasa apreciar la prueba testimonial practicada dentro del trámite arbitral, de conformidad con el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, bajo las reglas de la sana crítica y observando el cumplimiento de las formalidades que para la práctica de dicha prueba se exige.

Dentro del caso particular se considera que un criterio imperante para la valoración de la prueba testimonial corresponde a la fuente de conocimiento que tiene el testigo sobre los hechos motivos del conflicto.

Se observa que los señores Nelson Franco Ospina, Darío Rubio Jiménez y José Julio Campos Galicia, se desempeñan como trabajadores de CEDELCA S.A. E.S.P. en el área comercial, de planeamiento y mercadeo respectivamente.

De sus declaraciones se tiene que tuvieron conocimiento de la celebración del contrato No. 100 de 2003, con ocasión de las labores desempeñadas por ellos, lo cual se apoya en la documentación que hace parte del contrato, tal como lo indica la Cláusula décima novena del mismo, lo que prueba el conocimiento directo de los hechos y no por referencias, rumores o intuición. Igualmente, manifestaron los testigos las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las que tuvieron conocimiento de los hechos.

Sin embargo, para la valoración de la prueba se tienen en cuenta los hechos que suscitaron el objeto del conflicto. El conflicto contractual del presente arbitramento no radica sobre las causas que antecedieron la celebración del contrato, ni tampoco sobre la falta de claridad en el clausulado del mismo. Por el contrario versa sobre la interpretación aplicable a una cláusula del contrato pactada de mutuo acuerdo por las partes, lo cual se puede extraer del contrato mismo y sus documentos anexos. Los testigos manifestaron los hechos que conocían en relación con la celebración del contrato y su cláusula, apreciaciones que no sobran dentro del acervo probatorio, pero que no apuntan a esclarecer el fondo del litigio.

Adicionalmente, para la valoración de esta prueba se observa que la cláusula y los términos de la invitación pública tienen un sentido claro, por lo que según los presupuestos del Código Civil, no se debe desatender su tenor literal, y más bien los testimonios se encaminaron en el sentido de darle mayor claridad a lo pactado por las partes y no se enfocaron directamente en el conflicto suscitado entre las partes.

Bajo ese escenario la CREG considera que, para el caso concreto, los testimonios rendidos en el proceso arbitral no representan mayor utilidad para la resolución del conflicto, es decir no constituye la prueba idónea para la definición de la controversia, puesto que, como se mencionó, lo declarado por

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

los testigos se observa directamente en el contenido de los documentos allegados al trámite, tales como el contrato y sus anexos.

D. LA REGULACIÓN DE LA CREG.

Como se ha expresado, el conflicto contractual que fue sometido a decisión de la CREG versa sobre el valor del mes del M_m que se debe utilizar al momento de liquidar la energía eléctrica suministrada, por lo que se procede a analizar la regulación existente sobre la particular.

En primer lugar, se debe anotar que las partes en este proceso, unánimemente, dieron por entendido que el M_m pactado corresponde al definido en la Resolución CREG 031 de 1997, y no uno distinto.

En segundo lugar, encuentra la Comisión que dado que las partes convinieron en adoptar el M_m definido en la Resolución CREG 031 de 1997 para efecto de las liquidaciones, se resolverá el conflicto teniendo en cuenta lo establecido en dicha Resolución.

La Resolución CREG 031 de 1997, en su Anexo Único, Numeral 2.1, dispone que los costos máximos de compra de energía, que se utilizan en el cálculo del costo unitario de prestación del servicio, están dados por la fórmula:

“ ...

$$G_{m,t} = \beta \left[\alpha_{m,t} P_m + (1 - \alpha_{m,t}) M_m \right] + (1 - \beta) P_{m-1}$$

Con,

$$P_m = \frac{\sum_{i=1}^{12} \left(P_{m-i} \frac{IPP_{m-1}}{IPP_{m-i}} \right)}{12}$$

$$M_m = \frac{\sum_{i=1}^{12} \left(M_{m-i} \frac{IPP_{m-1}}{IPP_{m-i}} \right)}{12}$$

donde:

P_m : Costo promedio mensual (\$/kWh) de las transacciones propias en el mercado mayorista con destino al mercado regulado, considerando tanto contratos como bolsa de energía, para el mes m .

P_{m-i} : Costo del mes correspondiente a i meses anteriores al mes m , (\$/kWh) de las transacciones propias en el mercado mayorista con

Cauca

5

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

destino al mercado regulado, considerando tanto contratos como bolsa de energía.

M_m: Costo Promedio Mensual (\$/kWh) de todas las transacciones en el mercado mayorista, considerando tanto contratos como bolsa de energía, para el mes m.

M_{m-i}: Costo del mes correspondiente a i meses anteriores al mes m, (\$/kWh) de todas las transacciones en el mercado mayorista.

IPP_{m-i}: Índice de Precios al Productor Total Nacional del mes correspondiente a i meses anteriores al mes m.

β: Factor de ponderación definido por la CREG e igual a 0.9.

α_{m,t}: Factor de ponderación de P_m, para el mes m y para el año t, dado por la expresión:

$$\alpha_{m,t} = 1 - \left(\frac{C_{m,t}(1 - PR_{I,t})}{P_{t-1} \frac{IPP_{m-1,t}}{IPP_{6,t-1}}} \right) \text{ con, } 0 \leq \alpha_{m,t} \leq 1$$

donde:

C_{m,t}: Costo de Comercialización (\$/kWh) correspondiente al mes m del año t, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2.6 de este Anexo.

PR_{I,t}: Porcentaje de pérdidas acumuladas hasta el nivel de tensión uno, reconocidas al comercializador, correspondiente al año t.

P_{t-1}: Costo promedio de las compras propias con destino al mercado regulado, correspondiente al año anterior a t.

IPP_{6,t-1}: Índice de Precios al Productor Total Nacional de junio del año anterior a t.

En caso que en el mes m-i el comercializador no hubiere efectuado ninguna transacción propia, el valor P_{m-i} deberá ser sustituido por M_{m-i}."

La anterior expresión, en el aparte pertinente, define que el M_m es el Costo Promedio Mensual (\$/kWh) de todas las transacciones en el mercado mayorista para el mes m, considerando tanto contratos como bolsa de energía, que a su vez es función o depende del M_{m-i}: que se define como el Costo del mes correspondiente a i meses anteriores al mes m, (\$/kWh) de todas las transacciones en el mercado mayorista.

De conformidad con los documentos allegados se concluye que el M_m es el factor que las partes estipularon como uno de los elementos necesarios para

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

liquidar las transacciones de energía, puesto que pactaron que la liquidación de las facturas generadas se sujetan a la Resolución expedida por la CREG.

Para el caso concreto no se considera necesario adentrarnos en una descripción detallada del funcionamiento del Mercado de Energía Mayorista, ni de las reglas que los agentes distribuidores y/o comercializadores deben observar en sus operaciones comerciales con los generadores, que tienen por objeto abastecerse de energía y potencia para atender su mercado, ni los trámites que ello implica.

Basta con señalar que la modalidad contractual a largo plazo es un mecanismo ajustado a la regulación y que presume esta Comisión, que los agentes en la suscripción del contrato especificado acataron la normatividad legal y regulatoria aplicable.

En este sentido, se precisa que para la expedición de la presente decisión no es necesario desarrollar un control de legalidad sobre las cláusulas no sujetas a controversia, en razón a que: i) la CREG no tiene competencia para ello, ii) la función específica de la Comisión para la presente litis, tiene como único propósito emitir un criterio de interpretación, independientemente de la legalidad del contrato, sin que entienda que con el presente laudo se avalan las demás cláusulas contractuales.

La CREG al regular, el registro y contenido de los contratos dispuso lo siguiente:

En la Resolución CREG 024 de 1995:

"ARTICULO 1o. REGISTRO DE CONTRATOS DE ENERGÍA. Todos los contratos de energía a largo plazo que se celebren entre comercializadores y generadores y se liquiden en la bolsa de energía se registrarán ante el Administrador del SIC. Las partes contratantes deberán estar registrados ante el Administrador del SIC y otorgar las garantías definidas en esta resolución. El procedimiento para registrar contratos se establece en el Anexo D de la presente resolución.

PARAGRAFO. Copia de estos contratos se remitirán, simultáneamente al registro, a la Comisión para efectos de su ejercicio regulatorio.

ARTICULO 2o. CONTENIDO DE LOS CONTRATOS. La forma, contenido y condiciones establecidas en los contratos de energía podrán pactarse libremente entre las partes. Sin embargo, 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". Negrilla fuera del texto original.

Las anteriores disposiciones fueron reafirmadas por la Resolución CREG 03 de 1998:

"ARTÍCULO 1º: Los contratos de compraventa de energía deberán registrarse ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales en un plazo no inferior a cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha de su ejecución comercial, ya sea que se trate de un nuevo contrato o de la modificación de uno existente.

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

PARÁGRAFO 1°: Es requisito indispensable para el registro de un contrato, que el respectivo contrato contenga reglas claras para determinar hora a hora, para el periodo de duración del contrato, las cantidades de energía exigibles bajo el contrato, y el precio respectivo. En caso de que el despacho del contrato dependa de variables no contenidas en el mismo contrato o no disponibles dentro de los procedimientos normales de administración del Sistema de Intercambios Comerciales, los agentes involucrados en el contrato deberán suministrar un procedimiento claro y expedito para el despacho del respectivo contrato".Negrilla fuera del texto original.

De los apartes regulatorios transcritos se observa que la modalidad contractual a largo plazo, pactada por las partes, es ajustada a la regulación, y también lo es pactar que el Mm calculado y publicado por el ASIC, sea uno de los elementos que permiten calcular las transacciones que se desarrollan.

Igualmente, se evidencia que los agentes deben tener en cuenta que dentro de las cláusulas de los contratos mercantiles es necesario establecer el periodo de duración, las cantidades de energía contratadas, el precio convenido y estas estipulaciones deben permitir liquidar hora a hora la energía transada.

Estos requerimientos se cumplieron cuando las partes pactaron el Mm, como una variable para determinar el precio con el que se liquida la energía suministrada, según lo que se observa en documentos allegados al proceso arbitral.

Ahora bien, se precisa que las partes cuando acordaron este factor se remitieron al Mm definido en la Resolución CREG 031 de 1997, y por lo tanto asumen como parte integrante del acuerdo, el procedimiento que la regulación ha diseñado para obtenerlo.

Adicionalmente, en relación con el Mm, la Resolución CREG 05 de 2002 , que en su Artículo 2 dispone:

"El Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) deberá suministrar la información del Costo Promedio Mensual (\$/kWh) de todas las transacciones en el mercado mayorista, considerando tanto las correspondientes a contratos de largo plazo como las de la Bolsa de energía, denominado M_m , a más tardar el quinto día hábil del mes siguiente al consumo, con la información que tenga disponible".

Nótese que la norma impone al ASIC la obligación de informar el Mm a más tardar el quinto día hábil siguiente al consumo basado en la información que tenga disponible. Por tal razón, no se puede concluir como se pretende afirmar que cuando se pacta un Mm regulado por la CREG, el cual se calcula según el procedimiento dispuesto también por la CREG, este factor incluya necesariamente el consumo del mes en el cual se publica por el ASIC, siendo que en ese momento no se tiene la información de lo causado en ese mismo mes. En otras palabras, el valor disponible de Mm para un determinado mes incluye las transacciones del Mercado Mayorista de los últimos 12 meses anteriores.

gula

✓

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

Es lógico entender entonces, que lo pactado debe entenderse única y exclusivamente bajo los términos dispuestos por la regulación.

E. DISPOSICIONES LEGALES QUE RIGEN A LOS CONTRATOS.

Es procedente recordar algunas disposiciones legales que rigen para los contratos con el objeto de interpretar la intención de las partes.

1. VIGENCIA DE LAS NORMAS FRENTE AL CONTRATO. ARTÍCULO 38 DE LA LEY 153 DE 1887.

Este criterio señala que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración, y a pesar de que en el presente caso no se discute la aplicación de una norma vigente, ni la discrepancia se refiere a una norma de orden legal, se invoca esta norma con el objeto de referenciar que las normas se aplican de manera íntegra y sobre la vigencia de la misma.

Cuando las partes incorporaron el Mm como una estipulación contractual, sin presentar ninguna salvedad relacionada con su cálculo, debe entenderse que acogen este factor de manera pura y simple, incluyendo el procedimiento que la regulación ha definido tanto para su cálculo, como para su publicación.

También se observa que en las negociaciones precontractuales, las partes conocían el procedimiento que se agota en el cálculo y publicación del Mm, y sujetaron el cálculo de su tarifa a este factor, conociendo las implicaciones que ello producía. No se observa que en alguna parte de los documentos allegados se alegue que el Mm antes del contrato se calculaba de una manera diferente a como se hace en la actualidad, eso guarda consistencia con el argumento de que hasta la fecha ha existido un único procedimiento para calcularlo y por lo tanto éste no era un hecho desconocido para las partes.

2. EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES. ARTÍCULO 1602 DEL CÓDIGO CIVIL.

El artículo en cuestión consagra que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Como es bien conocido en materia de derecho civil *"los contratos se celebran para cumplirse"* y, en consecuencia, el deudor debe estar dispuesto a ejecutarlos, de manera íntegra, efectiva y oportunamente.

El cumplimiento impone la necesidad de ejecutar la obligación según lo pactado. Las partes acordaron que como anexos del contrato se tenían los términos de referencia de la Invitación Pública realizada por el comprador, términos que consagran información sobre precios y cantidades. En este caso, se pactó como procedimiento de cálculo del Mm el previsto en la Regulación de la CREG, el cual no se puede modificar otorgándole un sentido diferente o creando un procedimiento nuevo que permita calcular un Mm con supuestos diferentes a los ya establecidos por la regulación, retomados en el contenido de los términos de referencia de la invitación que hacen parte integral del contrato celebrado por las partes.

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

3. INTERPRETACIÓN LITERAL. ARTÍCULO 27 DEL CÓDIGO CIVIL.

Dispone la norma que cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Lo cual refuerza el análisis presentado sobre la utilidad de los testimonios rendidos en el trámite arbitral.

Entendido que el contrato es ley para las partes y que el tanto texto de los términos de referencia de la invitación pública como las cláusulas del contrato son claros, en cuanto a la intención de los contratantes de pactar la aplicación del Mm en la liquidación de los consumos, una interpretación razonable debe partir del análisis literal del contenido de la misma.

En efecto, las partes suscribieron que uno de los elementos necesarios para liquidar los contratos es un Mm regulado por la CREG, y hasta el momento la Comisión solo ha regulado un Mm y un solo procedimiento para su publicación, así las cosas no es posible que se interprete que las partes pactaron un Mm diferente, o que para su cálculo se debe observar una información diferente a la causada en los doce meses anteriores al mes para el cual se publica.

4. INTERPRETACIÓN LÓGICA. ARTÍCULO 1620 DEL CÓDIGO CIVIL.

Este artículo prevé que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

Es claro para la CREG, que no es posible, de conformidad con los términos pactados, que pueda entenderse que el cálculo del Mm regulado incluya necesariamente todas las transacciones surtidas en el mes inmediatamente anterior al que se liquidan los contratos, en razón a que el ASIC solo publica el Mm dentro de los primeros cinco días de cada mes, y teniendo en cuenta la disposición legal y la regulación procedente ya explicada, los contratos deben contener reglas que permitan su liquidación hora a hora, en consecuencia solo es posible que el Mm produzca el efecto pactado si se interpreta que en el mes que se liquidan los contratos se utiliza el Mm informado por el ASIC en el mes anterior al que se realizará la respectiva liquidación.

5. EJECUCIÓN DE BUENA FE DE LOS CONTRATOS. ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL.

El Código Civil señala que *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, si no a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación...”*

Entendido que las partes convinieron como elemento para la liquidación del suministro de electricidad, la aplicación del Mm regulado por la CREG mediante su Resolución 031 de 1997, asumieron por dicho acuerdo la aplicación del procedimiento que el regulador determinó para la publicación de dicho Mm, en tanto no manifestaron algo diferente frente a este procedimiento.

muu

g

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

6. LIBERTAD CONTRACTUAL.

En el contrato objeto de la presente controversia se presume operó la libre autonomía de la voluntad de las partes supeditada a la normatividad pública, en este sentido a los contratantes les era posible escoger discrecionalmente las condiciones que permitieran liquidar los contratos de energía a largo plazo, y con mayor razón cuando la regulación ha dispuesto en el Parágrafo Primero del Artículo Primero de la Resolución CREG 03 de 1998:

“Es requisito indispensable para el registro de un contrato, que el respectivo contrato contenga reglas claras para determinar hora a hora, para el período de duración del contrato, las cantidades de energía exigibles bajo el contrato, y el precio respectivo. En caso de que el despacho del contrato dependa de variables no contenidas en el mismo contrato o no disponibles dentro de los procedimientos normales de administración del Sistema de Intercambios Comerciales, los agentes involucrados en el contrato deberán suministrar un procedimiento claro y expedito para el despacho del respectivo”.

Nótese como la regulación, en la parte resaltada, permite que los contratantes puedan acordar procedimientos diferentes a los normalmente utilizados para generar un despacho. Así las cosas, la interpretación tendiente a que al liquidar un contrato se tenga en cuenta un Costo Promedio Mensual (\$/MWh) que incluya las transacciones surtidas en el mes inmediatamente anterior, en principio puede llegar a ser válido, si las partes desarrollan un mecanismo con ese propósito y lo elevan a estipulación contractual, o también puede ser válida cualquier otra variable que cumpla los requisitos legales y regulatorios. Sin embargo se pactó un Mm regulado por la CREG y bajo este punto necesariamente se interpreta que se debe acatar el procedimiento regulado para obtenerlo.

Adicionalmente, el Artículo 1621 del Código Civil dispone que en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Bajo este presupuesto se entiende que las partes pactaron las estipulaciones contractuales con total libertad, lo que incluye la posibilidad de acordar salvedades particulares o aclaraciones especiales, lo cual debe hacer de manera clara y expresa.

Sin embargo, las partes pactaron en la Cláusula Primera del Contrato No. 100 de 2003 que las cantidades de energía eléctrica serían suministradas según las determinadas en el anexo que contiene los términos de referencia de la Convocatoria Pública No. 006 de 2002 sobre información de cantidades y precios, los adendos y las establecidas en el contrato.

Adicionalmente, acordaron en la Cláusula Tercera del mismo Contrato que el valor del contrato es de cuantía indeterminable pero determinable, el valor del contrato o de las obligaciones que se generen de él, será la resultante de multiplicar el precio unitario en Pesos por Megavatio-hora, por la cantidades

Handwritten signature/initials

Handwritten mark

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

determinadas en la propuesta y asignadas en la adjudicación con la fórmula de actualización fijada en los pliegos.

Por su parte, la Cláusula Décima del Contrato No. 100 de 2003 establece en la parte final que: *"...Para aplicar la tarifa final de liquidación mensual del contrato, ésta se determinará de acuerdo con las tarifas contenidas en los anexos y parámetros de valores, de cantidades adjudicadas y de precios que forman parte del contrato y con la respectiva actualización de IPP..."*.

Dentro de los anexos del contrato se encuentran los términos de referencia de la Invitación Pública No. 006 de 2002 dentro de la cual se establece como **"Información sobre precios y cantidades"**, lo siguiente:

"El proponente deberá establecer en los formatos establecidos los precios del suministro, tipo de variación (Precio único ó porcentaje de Mm). Se entiende que:

La energía se ofrecerá en la modalidad pague lo demandado.

En la modalidad de pague lo demandado.

En la modalidad de variación se puede ofertar como:

- *Precio único(Su precio final de liquidación es el ofertado).*
- *Variable dependiendo del valor mensual del Mm. (El precio final de liquidación se moverá dentro de una franja de más o menos 10 %, lo indica que si el valor mensual del Mm está por debajo del 10% del precio ofertado, el precio de liquidación será el ofertado multiplicado por un 90%, si el valor mensual del Mm está por encima de un 10% del precio ofertado, el precio de liquidación será el ofertado multiplicado por un 110%, si el valor mensual del Mm está dentro del rango del más o menos 10% del precio ofertado, el precio de liquidación será el ofertado. El precio final de liquidación tiene como base el Mm del mes publicado por el ASIC)."*

Finalmente, no se observa que se particularice un procedimiento para liquidar las transacciones de energía eléctrica o se salve alguna disposición relacionada con el cálculo del Mm que la CREG ha definido; Igualmente se observa que la propuesta de ENERGÉTICOS S.A. E.S.P. tiene como mecanismo de liquidación de dichas transacciones la variable dependiendo del valor mensual del Mm, como lo citan los términos de referencia de la Convocatoria Pública realizada por CEDELCA S.A. E.S.P., entonces es menester concluir que se pactó bajo la intención de asumir todo el procedimiento que la Comisión ha definido para el tema y bajo esta interpretación se colige que los contratos son liquidables y se cumple con el objetivo de las obligaciones suscritas.

F. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EXPUESTOS POR LAS PARTES.

1. CEDELCA S.A. E.S.P.

Manifiesta CEDELCA S.A. E.S.P. que ENERGÉTICOS S.A. E.S.P. no precisó cual de las definiciones contenida en la Resolución 013092 de octubre de 2002, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, es la que se debe aplicar en el caso en cuestión y añade que esa resolución tiene efectos, finalidades y consecuencias disímiles al caso concreto.

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

Sobre lo anterior, la CREG considera:

La CREG para la expedición de este laudo no tiene en cuenta las definiciones e interpretaciones realizadas por otros organismos administrativos respecto a lo señalado en la Resolución CREG 031 de 1997. Por lo que la decisión de fondo, para efectos arbitrales, es tomada bajo los presupuestos existentes en la regulación, las argumentaciones de las partes y las pruebas practicadas oportunamente en el procedimiento arbitral.

2. ENERGÉTICOS S.A. E.S.P.

Por su parte ENERGÉTICOS S.A. E.S.P. señala en sus alegaciones que la interpretación que hace ISA del Mm es un asunto particular de esa empresa ajeno al conflicto actual. Adicionalmente, que ante la aparente confrontación de definiciones prima la Resolución CREG 031 de 1997 frente a las definiciones de ISA.

Sobre lo anterior, la CREG considera:

En igual sentido la CREG tiene en cuenta, al proferir el presente laudo, el acervo probatorio del proceso y las argumentaciones de las partes y sobre todo los postulados regulatorios existentes, y trae su propia interpretación aplicable al caso en particular. En relación con la posible dualidad de interpretaciones y definiciones del concepto del Mm aplicado al contrato 100 de 2003, celebrado entre las partes, consideramos necesario reiterar que la competencia de la CREG, en materia arbitral, es interpretativa de las normas regulatorias. Por lo anterior, la CREG no considera que la prueba oficiada a ISA tenga el carácter concluyente de la interpretación, sino que a todas luces contiene datos relacionados con la variables que compone el Mm. Por lo anterior, se observa que la prueba decretada de oficio tiene un valor secundario dentro del trámite arbitral.

Tampoco considera esta Comisión que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios mediante la Resolución 013092 de 2002 este dando su interpretación al concepto Mm, puesto que mediante dicho acto administrativo se establece un formato único de información de las empresas prestadoras de servicios públicos, dentro del cual se encuentra un acápite para el servicio público domiciliario de electricidad y el Mm se toma como una variable para ser reportado, al sistema único de información, por las empresas registradas ante el Mercado Mayorista, lo cual no se puede darle un alcance de interpretación. En todo caso, la interpretación, que en su momento presente la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no compromete la interpretación que para su efecto haga la CREG de su regulación.

Adicionalmente, se considera que tal como presenta ENERGÉTICOS su alegación, consideró como pretensión de su solicitud arbitral establecer la validez de las definiciones sobre el parámetro Mm traídas al trámite por su contraparte, para lo cual dentro de las oportunidades procesales para pedir el decreto de pruebas pudo solicitar aquellas que considerará conducentes para desvirtuar tales definiciones, lo cual no se observa dentro del acervo probatorio.

[Handwritten signature]

[Handwritten number 8]

Por la cual se profiere laudo arbitral que resuelve el conflicto suscitado entre Centrales Eléctricas del Cauca S.A. E.S.P. y Energéticos S.A. E.S.P, en cuanto a la interpretación de un contrato de suministro de energía

Y en todo caso, se observa de la solicitud que el conflicto no versa, como equivocadamente lo trae ENERGÉTICOS, sobre la validez de definiciones sobre el parámetro Mm, sino en la interpretación del Mm para efectos de las liquidaciones generadas por obligaciones contractuales de las partes.

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas en su sesión No. 241 del día 30 de septiembre de 2004, acordó expedir la presente Resolución;

RESUELVE:

ARTÍCULO 1o. Definir el conflicto presentado entre CEDELCA S.A. E.S.P y ENERGÉTICOS S.A. E.S.P en cuanto a la interpretación del Contrato de suministro de energía eléctrica No. 100 de 2003, en el sentido de que el Mm que se debe utilizar para efectos de liquidar el suministro de energía mensual es el vigente al primer día del mes que se está liquidando, publicado por el ASIC, que corresponde al Costo Promedio Mensual (\$/kWh) de todas las transacciones en el mercado mayorista, considerando tanto contratos como bolsa de energía, para el mes m. Por ejemplo: para calcular el valor del suministro realizado en el mes de enero del 2002, se debe utilizar el Mm que el ASIC publicó en el mes de diciembre de 2001, de conformidad con lo dispuesto por la regulación.

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 Bogotá, D.C. 30 SET. 2004



MANUEL MAIGUASHCA OLANO
Viceministro de Minas y Energía
Encargado de las funciones del
Despacho del Ministro de Minas y
Energía
Presidente



SANDRA STELLA FONSECA ARENAS
Directora Ejecutiva

