



Ministerio de Minas y Energía

RESOLUCION NUMERO **060** DE 19

(16 NOV 1999)

Por la cual se decide la solicitud de resolución de conflictos presentada por la Sociedad CODENSA S.A. E.S.P., en relación con el cumplimiento del Contrato CODENSA 7120 de 1996, celebrado con la Electrificadora de Santander 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 la Ley 142 de 1994, artículo 73.8 y 73.9, y

CONSIDERANDO:

Que CODENSA S.A. E.S.P., mediante comunicación No. 0116384, radicada internamente bajo el No. CREG-2266 de 1999, presentó a la CREG, con fundamento en la Resolución CREG-066 de 1998, una petición en interés particular “a fin de resolver la situación que se presenta con ocasión de la facturación del contrato No. 7120 celebrado entre la ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P. y la EEB S.A. ESF (cedido a CODENSA S.A. ESP) ..”

Como fundamento de su solicitud, la empresa manifestó:

Que en Octubre de 1996 los representantes legales de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. y de la Electrificadora de Santander S.A. - E.S.P. celebraron el Contrato de Compraventa de energía número 7120, en sus calidades de contratante y contratista, respectivamente.

Que en la cláusula primera se estableció como objeto del contrato “el suministro periódico de energía eléctrica por parte del CONTRATISTA a favor de la EMPRESA [CODENSA], en la modalidad de pague lo contratado, a cambio de una contraprestación a que esta última se obliga a pagar al CONTRATISTA (...).” Expresa el peticionario en su solicitud:

- “
1. *El contrato No. 7120 tiene por objeto el suministro periódico de energía eléctrica por parte de la Electrificadora de Santander S.A. ESP (en adelante ESSA) a favor de CODENSA S.A. ESP (en adelante CODENSA), en la modalidad de pague lo contratado durante el período comprendido entre el 1 de enero de 1999 al 31 de diciembre del año 2010.*
 2. Dentro de la facturación mensual, la ESSA pretende cobrar el cargo “Estampilla Pro-electrificación Rural”, según Ordenanzas No. 15 de 1987 y 18 de 1988 expedidas por la Asamblea Departamental de Santander. Vale mencionar que en el contrato no se estableció el pago de la estampilla por parte de CODENSA.

[Handwritten signature]

[Handwritten mark]

Por la cual se decide la solicitud de resolución de conflictos presentada por la Sociedad CODENSA S.A. E.S.P., en relación con el cumplimiento del Contrato CODENSA 7120 de 1996, celebrado con la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.

3. CODENSA mediante comunicación 0105996 del 24 de marzo de 1999, manifestó a ESSA su desacuerdo en la inclusión del valor por concepto de "Estampilla Pro-electrificación Rural" por considerar que la ley 142 de 1994 señaló la competencia de los municipios, departamentos y la nación en forma puntual y precisa en los artículos 5º, 7º y 8º, limitándolo a labores de apoyo, coordinación y colaboración y que por tanto el ente regulador de ésta materia es la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible como lo determinó la mencionada Ley
4. Mediante comunicación 140417 del 9 de abril de 1999, la ESSA manifestó a CODENSA que con su facturación tan sólo está dando cumplimiento a las ordenanzas, revestidas de la presunción de legalidad por lo cual Codensa debe cancelar el valor de la factura, desagregando, si así lo juzga prudente, el valor del impuesto cuya legalidad se cuestiona, asumiendo las consecuencias de ésta decisión.
5. CODENSA no considera viable el pago por concepto de estampilla Pro-electrificación rural por las siguientes razones:
 - 5.1 A partir de la vigencia de la Ley 142 de 1994 será la ley la que defina la organización y operación del servicio público en cada departamento o municipio del país, tanto en cobertura, calidad, financiación, régimen tarifario, como en la participación de otras autoridades, incluidos los cuerpos de elección popular, quedando así las asambleas departamentales y los concejos municipales solo con la posibilidad de ejercer reglamentación en materia de servicios públicos con la expresa autorización legal.
 - 5.2 La ley señaló la competencia de los municipios, los departamentos y la nación, en relación con los servicios públicos en forma puntual y precisa en los artículos 5º, 7º y 84, limitándolo a labores de apoyo, coordinación y colaboración.
 - 5.3 Los acuerdos, decretos municipales y las ordenanzas, no son aplicables en materia de servicios públicos sino en lo expresamente señalado en la Ley 142, pues el ente regulador de ésta materia es la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible como lo determinó la ley. Pretender la aplicación de estas ordenanzas generaría una colisión de competencias entre estos entes mencionados.
 - 5.4 La Ley 142 prevalece sobre cualquier normatividad y en caso de conflicto con otras normas sobre tales servicios, como ocurre en el presente caso, se debe preferir ésta, tal como lo señala el artículo 186 ibidem.
 - 5.5 ESSA al pretender la aplicación de dicho cobro, rompe además la igualdad de reglas frente a otras entidades prestadoras de servicios públicos.
6. Por las razones anteriores comedidamente solicitamos dirimir la presente controversia, con el fin de que el valor por concepto de Estampillas Pro-electrificación Rural sea glosada de la facturación y en su lugar éste valor sea asumido por ESSA. (...)."

Que la empresa peticionaria allegó con su solicitud, el Contrato de Compraventa No. 7120, dos comunicaciones con números 0105996 y 140417, así como las Ordenanzas Departamentales No. 15 y 16º proferidas por la Asamblea del Departamento de Santander.

8K

Por la cual se decide la solicitud de resolución de conflictos presentada por la Sociedad CODENSA S.A. E.S.P., en relación con el cumplimiento del Contrato CODENSA 7120 de 1996, celebrado con la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.

Que el 28 de mayo de 1999 se notificó al representante legal de la ESSA S.A. del auto admisorio de la petición en interés particular, y mediante comunicación con número de radicación interna CREG-3153 de 1999 se dio respuesta a la misma de la siguiente forma:

"Me refiero a cada uno de los numerales de la siguiente forma:

Al primero: Es cierto

Al segundo: Es cierto. Pero conviene aclarar que la Electrificadora de Santander S.A. ESP, está cumpliendo con los términos de una ordenanza en virtud de la cual obra como recaudador de un impuesto creado mediante actos de carácter general (ordenanza No. 15 del 1.987 y No. 18 de 1.988) y autorización legal (Ley 23 de 1.986), cuyo conocimiento por los destinatarios se presume.

Al tercero: Es cierto que CODENSA S.A ESP efectuó la comunicación en cita. Sin embargo, creemos que olvidó deslindar la actividad regulatoria del servicio público, del ejercicio de la facultad impositiva de las Asambleas Departamentales cuando se hallan debidamente autorizadas por la Ley para el efecto.

Al cuarto: Es cierto. La Electrificadora de Santander S.A ESP entiende que el desacuerdo que manifiesta CODENSA en materia de legalidad con relación a las ordenanzas que fijaron el tributo Pro-electrificación rural, por si solo no le resta obligatoriedad a las mismas, conforme lo indica el artículo 66 del código Contencioso Administrativo.

Al quinto: Se trata de apreciaciones jurídicas que a nuestro modo de ver no son pertinentes, por cuanto si bien es cierto que la competencia regulatoria del servicio público se le atribuye al Presidente de la República y por delegación expresa de este a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, y que a las Asambleas Departamentales solo les es atribuida una competencia reglamentaria de la legislación de 1º. y 24 grado, también lo es, que estas competencias son diferentes de las competencias impositivas. Por otra parte, si las ordenanzas en cuestión, a juicio de CODENSA, son ilegales, deberían ser objeto de demanda a través del Contencioso Administrativo, pues de los argumentos expuestos por CODENSA no aflora la notoriedad de la ilegalidad necesaria para derivarla por vía de excepción, todo lo cual es consecuencia de la presunción de legalidad del acto Administrativo.

Al sexto: Con relación a la pretensión de que da cuenta al punto 6 del escrito introductorio, nos oponemos a ella por cuanto la encontramos incongruente, en la medida en que la pretendida ilegalidad del tributo, del cual tan solo es una recaudadora la Electrificadora de Santander S.A ESP, mal puede generar como consecuencia la asunción del tributo cuestionado por nuestra parte. Estimamos, como oportunamente se advirtió a CODENSA, que lo procedente, en caso de persistir sus certezas sobre la ilegalidad del impuesto, es la abstención de pago del mismo y el consiguiente ejercicio de la acción de nulidad ante la jurisdicción competente para dirimir este tipo de controversias, todo lo anterior sin perjuicio del cumplimiento de nuestra parte de la obligación derivada de la ordenanza, de cobrar el respectivo impuesto."

Que el 15 de Julio de 1999 se citó a los representantes de las empresas para que comparecieran a la sede de la Comisión, para dar inicio al trámite que permitiera resolver su petición.

Que a la citación asistieron, debidamente facultados por los representantes legales de las dos empresas, los doctores Alvaro Francisco Camacho Borrero, como representante de

Por la cual se decide la solicitud de resolución de conflictos presentada por la Sociedad CODENSA S.A. E.S.P., en relación con el cumplimiento del Contrato CODENSA 7120 de 1996, celebrado con la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.

CODENSA y el doctor José Gabriel Serrano Prados, como representante de Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.

Que a los representantes de las empresas citadas se les instó para que precisaran el conflicto relacionado con la interpretación del Contrato de Compraventa No.7120 celebrado en octubre de 1996, expusieran sus argumentos y posiciones sobre el mismo.

Que los representantes de CODENSA y de la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. sostuvieron verbalmente sus argumentos al atender la citación, ratificando lo expuesto tanto en la petición en interés particular como en la contestación a la misma. En memoriales presentados dentro de la audiencia ratificaron las posiciones asumidas por cada empresa en cuanto a la interpretación del contrato:

1. Posición de CODENSA:

"CODENSA S.A. ESP NO ESTA OBLIGADA A PAGAR LA ESTAMPILLA. SI ESTA DEBE PAGARSE LO DEBE HACER ESSA.

CODENSA ES CONTRATANTE - ESSA ES CONTRATISTA

ARGUMENTO No. 1

El articulo 4 de la Ley 23 de 1986 autorizó a las Asambleas departamentales para disponer la emisión de la estampilla Pro-electrificación rural.

El articulo 3 de la ordenanza No. 15 de 1987 de la Asamblea de Santander menciona dentro de los hechos generadores de la obligación de adquirir la estampilla, a todo contrato que celebre ESSA. No precisa que los contratantes de ESSA sean quienes deban pagar.

Es más lógico suponer que sean los contratistas quienes deban pagar. Aunque la Ordenanza no precisa que son los contratos en los que ESSA sea contratante, es lógico suponer que así sea, porque el espíritu de la ley 23 de 1986 y de la Ordenanza 15 de 1987, era que quienes recibían dinero de la entidad territorial aportaran parte de ese dinero para la electrificación rural. No que quienes le aportaran dinero a la entidad tuvieran que pagar. Lo usual es que los contratistas paguen la estampilla, no que el contratante.

ARGUMENTO No.2

Al no precisarse ni en la oferta de ESSA, ni en el contrato, que la EEB, hoy CODENSA S.A. ESP, debía pagar esta estampilla, siendo un hecho conocido por ESSA, mal puede imputarse este pago a CODENSA. CODENSA tiene la obligación de conocer que impuestos a nivel nacional tiene que pagar, pero no los locales. Al no precisarse en la Ordenanza quién debe pagar la estampilla, ni en el contrato, esta obligación debe entenderse a cargo de ESSA. No obstante lo anterior si se hubiese precisado en la Ordenanza que la obligación era del contratante persistiría el argumento de la omisión a cargo de ESSA, lo que la llevaría a responderle al departamento por el pago de la estampilla. La EEB hoy CODENSA S.A. ESP no tuvo en cuenta dentro de sus cálculos del precio esa estampilla, por ser un hecho desconocido que escondió por error ESSA.

ARGUMENTO No.3

La ley 142 de 1994, en su articulo 24.1 establece que "los departamentos y los municipios podrán gravar a las empresas de servicios públicos con tasas, contribuciones o impuestos que sean aplicables a los demás contribuyentes que cumplan funciones industriales o comerciales" La ordenanza solo grava a los

Por la cual se decide la solicitud de resolución de conflictos presentada por la Sociedad CODENSA S.A. E.S.P., en relación con el cumplimiento del Contrato CODENSA 7120 de 1996, celebrado con la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.

contratos de ESSA, luego fue derogada por la ley 142 de 1994 y por lo tanto no se puede aplicar

No existe obligación fiscal o tributaria en la que no se precise el sujeto pasivo. La obligación se hace inexistente."

2. Posición de la ESSA:

"De manera respetuosa me permito presentar a su consideración, a manera de alegatos de conclusión, los siguientes planteamientos, con el propósito que sean tenidos en cuenta al momento de decidir de fondo sobre la petición en interés particular presentada por la Empresa CODENSA S.A ESP, en contra de mi asistida, relacionada con el contrato de suministro de energía No. 7120 de 1.996.

Los argumentos expuestos por CODENSA en la audiencia de alegaciones deben ser, objeto de una reclamación ante el Departamento de Santander, en principio de manera directa a través de una solicitud basada en el derecho de petición, y ante su negativa mediante el ejercicio de la acción de nulidad ante la jurisdicción competente para dirimir este tipo de controversias, pues de ellos puede inferirse un reproche contra la legalidad del acto administrativo, acto que se encuentra amparado por la presunción de legalidad y que tiene fuerza ejecutoria hasta tanto sea derogado por la Asamblea Departamental ó suspendido ó anulado por la jurisdicción administrativa.

Conviene destacar si, una vez más, que la Electrificadora de Santander S.A ESP, está cumpliendo con los términos de una ordenanza en virtud de la cual obra como recaudador de un impuesto creado mediante actos de carácter general y autorización legal, cuyo conocimiento por los destinatarios se presume.

Ahora bien, arguir que por lógica contractual o vacío legal esta obligación debe entenderse a cargo de la Electrificadora de Santander nos parece incongruente, en la medida en que la pretendida ilegalidad de/ tributo, ó la costumbre contractual, mal pueden generar como consecuencia la asunción de/ impuesto cuestionado por nuestra parte.

Reiteramos que lo procedente en caso de persistir en la certeza sobre la ilegalidad del impuesto, es la abstención de pago de/ mismo y el consiguiente ejercicio del derecho de petición ó el ejercicio de la acción de nulidad ante la jurisdicción competente, todo ello sin perjuicio de/ cumplimiento de nuestra parte de la obligación derivada de la ordenanza de cobrar el respectivo impuesto.

Dejo a su consideración en los anteriores términos los planteamientos de conclusión, con el propósito que sean tenidos en cuenta al momento de decidir de fondo sobre la controversia propuesta."

Que mediante Acta CREG No. 1 del 15 de Julio de 1999, se dejó constancia de la falta de acuerdo de las partes que permitiera dar por terminado el proceso de manera anticipada.

Que mediante comunicación MMECREG-1537 del 9 de septiembre de 1999, se solicitó al Gerente General de CODENSA allegar copia de la convocatoria pública hecha por la empresa, y de la oferta presentada por la Electrificadora de Santander que dieron lugar a la suscripción del contrato.

Que mediante comunicación de fecha 17 de septiembre de 1999 con número de radicación CREG 5580, la empresa CODENSA remitió copia de la convocatoria pública GC-96-002 y copia de la propuesta presentada por la ESSA.

Por la cual se decide la solicitud de resolución de conflictos presentada por la Sociedad CODENSA S.A. E.S.P., en relación con el cumplimiento del Contrato CODENSA 7120 de 1996, celebrado con la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.

Que de acuerdo con lo establecido en la Ley 142 de 1994, artículo 73, numeral 73.8 y en la Resolución CREG 066 de 1998, corresponde a la CREG resolver, a petición de cualquiera de las partes, 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.

CONSIDERACIONES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En el caso que nos ocupa, se considera necesario analizar los términos en que se adelantó, por parte de la Empresa contratante, la convocatoria que dio origen a la suscripción del contrato cuyo conflicto fue sometido a decisión de la CREG; la propuesta presentada por la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P; las normas a las cuales estaba sujeta tanto la empresa contratante, como la proponente; y finalmente se hará un análisis particular del caso concreto.

1. Sobre la convocatoria que dio origen al contrato CODENSA – ESSA 7120 de 1996

Según consta en el referido contrato celebrado entre CODENSA y ESSA, éste se celebró como resultado de la Convocatoria pública GC-96-002, realizada por la Empresa de Energía de Bogotá, con el objeto de “*contratar un bloque de energía y potencia equivalente a: -un 30% de su demanda proyectada para el año 7999 y un 10% de su demanda proyectada para los años 2000 a 2010, con el fin de garantizar el suministro de energía a sus usuarios*”:

De acuerdo con los términos, y las aclaraciones al mismo, la convocatoria se abrió el día 15 de abril de 1996 y se cerró el 26 de julio de 1996.

Para los efectos del caso bajo análisis, cabe destacar los siguientes apartes de la convocatoria:

“1.2. REGIMEN JURIDICO:

(...) La presentación de la propuesta implica la aceptación por el proponente de las reglas contenidas en el presente pliego, incluida la minuta del contrato contenido en el mismo, así como /as previstas en el Estatuto General de Contratación de la Empresa, (...)

1.12.1. Criterios para la adjudicación.

La Empresa, de acuerdo con los principios señalados en las Leyes 142 y 143 de 1994 y Resoluciones de la CREG, efectuará los estudios del caso y el análisis comparativo para asegurar la selección objetiva de la(s) propuesta(s) más favorable(s) para la Empresa y para el logro de sus fines. Las propuestas Serán evaluadas y calificadas con la metodología señalada en la sección V.
(...)

4.4.4. Liquidación.

La liquidación de la compra se hará con base en las cifras pactadas en la minuta de/ contrato.

[Firma]

[Firma]

Por la cual se decide la solicitud de resolución de conflictos presentada por la Sociedad CODENSA S.A. E.S.P., en relación con el cumplimiento del Contrato CODENSA 7120 de 1996, celebrado con la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.

(...)

5. METODOLOGIA DE EVALUACION.

5.7. CRITERIOS PARA EVALUACIÓN DE PROPUESTAS.

La empresa efectuará los estudios del caso y el análisis comparativo de las propuestas, para adjudicar el proponente cuya propuesta sea la más favorable para la Empresa y esté ajustada a los requisitos exigidos en este pliego de condiciones.

5.2. PARAMETROS DE EVALUACION.

La(s) propuesta(s) elegible(s) para adjudicación será(n) aquella(s) que obtenga(n) el más alto puntaje en la evaluación económica. Si esta(s) propuesta(s) no alcanza(n) a satisfacer todos los requerimientos de energía de la Empresa, se adjudicarán las cantidades de energía faltantes a las siguientes propuestas con mejor puntaje hasta completar lo deseado.

La evaluación económica estará basada en la comparación de los precios de la energía hora-hora suministrada para un periodo determinado de tiempo de las propuestas presentadas por los proponentes.

Para efectos de la calificación, se le otorgará el mayor puntaje a la Propuesta que obtenga el menor valor de la tarifa de energía medida para períodos y tipos de cotizaciones equivalentes”

(...) (Subrayas fuera del texto).

6. FORMULARIOS DE LA PROPUESTA.

De igual forma se deben diligenciar los formatos denominados formularios de la propuesta según índice de esta sección.

Dichos formularios contiene datos esenciales sobre cantidades y precio que permitan establecer claramente las características resumidas de las propuestas a efectos de asegurar una evaluación transparente; la información resumida debe concordar con la consignada en los documentos de la propuesta. (Subrayamos)

2. Sobre la propuesta presentada por la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P

Mediante comunicación de agosto 9 de 1996, el Gerente General de la Electrificadora de Santander, presentó la “Propuesta 0045”, de la cual se resaltan los siguientes aspectos:

- El precio ofertado fue de 30,360 \$/MWh para todo el contrato.
- El proponente declaró expresamente:

“3. He estudiado cuidadosamente los documentos de/ pliego de condiciones y renuncio a cualquier reclamación por desconocimiento o errónea interpretación de los mismos.

4. He revisado detenidamente la propuesta adjunta y declaro que ésta no contiene ningún error u omisión’.. (Subrayamos).

Rey

gn

Por la cual se decide la solicitud de resolución de conflictos presentada por la Sociedad CODENSA S.A. E.S.P., en relación con el cumplimiento del Contrato CODENSA 7120 de 1996, celebrado con la Electricadora de Santander S.A. E.S.P.

3. Las normas a las cuales estaban sujetas las Empresas contratantes y las oferentes

De acuerdo con los términos de la convocatoria, la selección del proponente se haría con aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994 y Resoluciones de la CREG.

Las Leyes 142 y 143 de 1994 otorgan a la Comisión de Regulación de Energía y Gas la competencia para promover la competencia entre los prestadores de los servicios públicos sujetos a su regulación, con el fin de que sus actuaciones se enmarquen dentro de los criterios de eficiencia, calidad y mínimo costo para el usuario final señalados en las mismas normas.

En ejercicio de esta facultad, la CREG expidió la Resolución 020 de 1996, en donde se establecen normas con el fin de promover la libre competencia en las compras de energía eléctrica en el mercado mayorista. Allí se establece que para la compra de energía con destino al mercado regulado, es obligación de las empresas comercializadoras y distribuidoras - comercializadoras realizar todas las compras de electricidad destinadas a cubrir la demanda de su mercado mediante procedimientos que aseguraran la libre competencia de oferentes.

Con el propósito de hacer efectiva la competencia, la norma establece que las empresas que desarrollen en forma combinada la actividad de generación con la de comercialización o distribución - comercialización, deben hacer convocatoria pública y que estas convocatorias deben asignarse en función del precio.

Especificamente, en relación con las compras de electricidad, por parte de las Empresas para atender a sus usuarios, las Leyes 142 y 143 de 1994 dispusieron:

Ley 143 de 1994, Artículo 42:

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

Ley 142 de 1994, Artículo 35:

'ARTICULO 35. Deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas. Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes".

A partir del 1º de marzo de 1996, entró en vigencia la resolución CREG-020 de 1996, que dispuso:

RA

Por la cual se decide la solicitud de resolución de conflictos presentada por la Sociedad CODENSA S.A. E.S.P., en relación con el cumplimiento del Contrato CODENSA 7120 de 1996, celebrado con la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.

"ARTICULO 20. Compras de energía por parte de usuarios no regulados. El usuario no regulado, cualquiera sea la cantidad de energía que demande, tiene libertad de comprarla a cualquier proveedor, sin estar sujeto a determinada clase de procedimientos.

ARTICULO 40. Condiciones para la compra de energía con destino al mercado regulado. Las empresas comercializadoras y distribuidoras - comercializadoras, realicen o no una de tales actividades en forma combinada con la de generación, cualquiera de ellas sea la actividad principal, deberán realizar todas las compras de electricidad destinadas a cubrir la demanda de su mercado regulado, mediante procedimientos que aseguren la libre competencia de oferentes.

Con el propósito de hacer efectiva la competencia deberán solicitar y dar oportunidad, en igualdad de condiciones, a las empresas comercializadoras y generadoras actuales y a otros agentes interesados en desarrollar nuevos proyectos de generación, para que presenten ofertas las cuales deberán ser evaluadas con base en el precio. (Subrayamos)

Adicionalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 50 de la citada Resolución CREG-020 de 1996, las compras o suministro de electricidad para el mercado regulado deben ser adjudicadas a los proponentes que ofertaron el precio más bajo.

4. Análisis del caso concreto

En razón de lo anteriormente expuesto, para efectos de adquirir electricidad para el mercado regulado, la Empresa de Energía de Bogotá debía, por mandato legal, adjudicar el contrato objeto de la convocatoria GC-96-002, a la Empresa o Empresas que le ofrecieran el menor precio. Y adicionalmente, estaba obligada a lo mismo, en virtud de los términos de la convocatoria, independientemente de la clase de usuario a la que destinara su electricidad.

Para el caso específico del conflicto por resolver, y como consta en la sección I. de la Convocatoria Pública GC 96-002, las empresas oferentes aceptaron que la presentación de la propuesta implicaba la aceptación de las reglas contenidas dentro del pliego, dentro de las que se encuentra, como principal, la del precio. En la misma sección del pliego se otorgaba al proponente la posibilidad de presentar propuestas alternativas a los requerimientos técnicos y generales del pliego y era claro en el sentido de que si el proponente no se pronunciaba expresamente al respecto, la empresa las entendía como rechazadas.

En cuanto a los requisitos comerciales, el mismo pliego (numeral 1.115) definía que los precios y la forma de pago debían estar de acuerdo con lo estipulado en la sección II del pliego de condiciones y en la minuta del contrato.

El criterio fundamental para otorgar un contrato dentro del proceso de convocatoria pública establecido en la Resolución 020 de 1996 es el precio. Para el caso concreto, la convocatoria que dio lugar a la adjudicación del contrato cuyo conflicto se analiza, condicionaba la adjudicación a la propuesta más favorable para la empresa, lo cual, de acuerdo con lo enunciado en el numeral 5.2. del mismo pliego, dependía de la comparación de los precios de la energía hora-hora suministrada para un período de tiempo determinado por los proponentes.

De acuerdo con lo anterior, legalmente se presumía conocido, tanto para la Empresa que abrió la convocatoria, como para los potenciales oferentes, que el elemento determinante para adjudicar el o los contrato(s) era el menor precio ofertado.

Por la cual se decide la solicitud de resolución de conflictos presentada por la Sociedad CODENSA S.A. E.S.P., en relación con el cumplimiento del Contrato CODENSA 7120 de 1996, celebrado con la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.

Desde ese punto de vista, no puede aceptarse que si bajo esos supuestos, tanto legales como contractuales, los proponentes competían por la adjudicación de un contrato en virtud del precio ofertado, la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., haya omitido incluir un impuesto, que como ella dice, era de obligatorio cumplimiento por encontrarse revestido por la presunción de legalidad, o hacer mención de esa situación en el contrato. Y no puede aceptarse, por que el impuesto, de existir como lo afirma esta Empresa, constituiría un sobreprecio a la energía que ofertó, y que por tanto, legalmente debía incluir en el precio ofertado, o hacer explícita en su oferta presentada en Santa Fe de Bogotá, la existencia de dicho gravamen de carácter regional aplicable en el Departamento de Santander y no en todo el País.

De otra parte, como se trataba de ofertas que competían por el precio, si la empresa no lo incluyó, ése era un riesgo que debía asumir la empresa oferente y no la contratante.

Desde el punto de vista puramente contractual, debe tenerse en cuenta que la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., a través de su gerente general manifestó expresamente, que después de haber revisado detenidamente la propuesta, esta no contenía "ningún error u omisión". Tal manifestación lleva a concluir que la Electrificadora de Santander no incurrió en error u omisión al ofertar su precio y, que por tanto, no omitió en el precio ofertado la consideración sobre el pago de la "Estampilla Proelectrificación Rural".

Existen algunos aspectos planteados por las partes en el curso de la presente actuación, sobre los cuales la Comisión de Regulación de Energía y Gas debe abstenérse de pronunciarse, por cuanto corresponde a las respectivas autoridades competentes en materia de tributos decidir sobre los mismos, estos son:

- La aplicación de una "Estampilla" de carácter departamental a un contrato cuya convocatoria y celebración se efectuó en la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C.;
- La ausencia de determinación del sujeto pasivo del mismo en los términos que ordena la Constitución (Artículo 338);
- La aplicación de una "Estampilla" a las facturas emitidas por la ejecución de un contrato de suministro a una empresa distribuidora, cuando las ordenanzas prevén que se aplica es a las facturas por "consumo";
- Que mediante la Ley 23 de 1986 se autorizó "la emisión de la estampilla de proelectrificación rural y se estableció su destinación", para cuya aplicación el artículo 230 del Decreto 1333 de 1986, *exige "previa autorización de las asambleas departamentales, (...) los concejos podrán hacer obligatorio en los actos municipales el uso de la estampilla "Pro-electrificación rural", creada por la Ley 23 de 1986"*, en relación con lo cual, no se tiene conocimiento del respectivo acuerdo municipal que hubiera hecho obligatorio el cobro de dicho impuesto, tal como lo establece la ley.

En consideración a lo anterior, la Comisión de Regulación de Energía y Gas,

RESUELVE:

ARTICULO I. Resolver la solicitud presentada por la Sociedad CODENSA S.A. E.S.P. en relación con el cumplimiento del Contrato CODENSA 7120 de 1996, en el sentido que dentro de la propuesta presentada por la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P., la Empresa declaró que esta no contenía ningún error u omisión, y por tanto no procede reclamación alguna frente a CODENSA S.A. E.S.P. en torno al cobro de la Estampilla.

AA

Por la cual se decide la solicitud de resolución de conflictos presentada por la Sociedad CODENSA S.A. E.S.P., en relación con el cumplimiento del Contrato CODENSA 7120 de 1996, celebrado con la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P.

ARTICULO 20. La presente resolución deberá notificarse a CODENSA S.A. E.S.P, y a la ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P., y hacérseles saber que contra la misma procede el recurso de reposición, el cual podrán interponer en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo, ante el Director Ejecutivo de la CREG.

ARTÍCULO 30. Vigencia. La presente resolución rige a partir de la fecha en que se encuentre en firme.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Santafé de Bogotá, el día

6 NOV 1999



LUIS CARLOS VALENZUELA D.

Ministro de Minas y Energía
Presidente



JOSE CAMILO MANZUR J.

Director Ejecutivo