



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 015 DE 2014

(07 FEB. 2014)

Por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución CREG 071 de 2013.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

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

CONSIDERANDO QUE:

I. ANTECEDENTES.

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

Mediante sentencia C-1120 de 2005 la Honorable Corte Constitucional avaló la función administrativa de resolución de conflictos entre las empresas de servicios públicos domiciliarios que el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994 atribuye a las Comisiones de Regulación.

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

La solicitud hecha por XM se dirige a fin de que se declare la improcedencia de una solicitud unilateral de registro de suspensión de un contrato que se encuentra debidamente registrado ante el ASIC por las partes contratantes, en cumplimiento de la regulación vigente aplicable, e igualmente que no es procedente tramitar soluciones unilaterales de registro, ni que dentro de las funciones del ASIC se encuentra la de determinar el cumplimiento o no de normas contractuales.

Por cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución CREG 071 de 2013.

Luego de surtirse la actuación administrativa pertinente, dicho conflicto fue resuelto mediante Resolución CREG 071 de 2013, en donde la Comisión mediante este acto administrativo dispuso lo siguiente:

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

Conforme a lo establecido en las Resoluciones CREG 024 de 1995, 006 de 2003 y 038 de 2010, con posterioridad al 8 de marzo de 2010, es procedente pactar por parte de los agentes del Mercado de Energía Mayorista-MEM, y solicitar ante el ASIC, la terminación unilateral de los contratos de energía a largo plazo.

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

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

II. EL RECURSO DE REPOSICIÓN

A. Solicitudes

Mediante comunicación E-2013-008383 la empresa Aremari a través de su representante legal presentó recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 071 de 2013 en el cual realiza las siguientes solicitudes:

“De conformidad con lo aquí expuesto solicito a la CREG reformar su decisión y reconocer que no es procedente la terminación unilateral de los contratos, por cuanto esta no es el ejercicio de una facultad exorbitante y en caso de serlo explicar el procedimiento previo que se debe adoptar como garantía del debido proceso y el derecho de defensa y en consecuencia reconocer que este tipo de solicitudes solo tiene el efecto de suspender el despacho de la energía de los contratos que el administra por expreso acuerdo celebrado válidamente entre las partes, el cual es válido, por el principio de la autonomía de la voluntad, y ante la ausencia de objeto ilícito o causa ilícita, incluso antes de la expedición de la Resolución CREG 038 de 2010”.

B. Argumentos que sustentan el recurso

Los argumentos que sustentan esta petición hacen referencia a lo siguiente:

“IMPROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTROS DE ENERGÍA.

Con todo respeto debemos recordarle a la comisión que en los contratos celebrados entre los particulares, cometidos al derecho privado, las partes se encuentran en igualdad de condiciones y en este sentido, no es procedente la terminación unilateral de los contratos, por cuanto esta es una prerrogativa exorbitante propia y exclusiva de las autoridades cuando celebran contratos estatales regidos por la Ley 80 de 1993.

Por cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución CREG 071 de 2013.

El anterior régimen de derecho privado es extensivo a las empresas oficiales, en los términos del artículo 76 de la Ley 143 de 1994, que establece que los actos y los contratos, salvo los que se refieren a contratos de empréstito, celebrados por las sociedades por acciones en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social, sin atención a la cuantía que dicha participación represente, se registrarán por el derecho privado.

Nótese que el inciso 2do del artículo 3º de la resolución CREG establece unas consecuencias para aquellos contratos en los cuales se hubiere pactado la terminación unilateral. El pacto de la terminación unilateral a nuestro entendimiento, no se ha hecho obligatoria por parte de la CREG en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, por lo cual, esta cláusula no es una facultad exorbitante, y por lo tanto, la terminación del contrato, en el evento de incumplimiento de una de las partes, en los términos de ley, solo procede por decisión judicial, en los términos del artículo 870 del Código de Comercio.

MANDATO CON REPRESENTACIÓN DE XM-S.A.

No se puede desconocer las funciones que 'XM Compañía de Expertos en Mercado S.A. E.S.P.', realiza en el LAC y en el ASIC, tiene como fuente de las obligaciones el cumplimiento del contrato de mandato celebrado con los agentes del MEM, la cual a su vez nace del mandato legal, que le impone el deber de administrar el sistema de intercambios y comercialización de energía eléctrica en los términos del artículo 167, parágrafo 1, de la Ley 142 de 1994.

Así las cosas, cuando un agente solicita al ASIC la suspensión del despacho de un contrato de energía, por el incumplimiento de otra parte, no le está solicitando la terminación del contrato sino que deje de considerar el suministro de lo pactado, lo cual puede tener fundamento en el acuerdo de voluntades celebrado entre las partes y el cual registra y administra XM en virtud del contrato de mandato con representación que le fue conferido por los agentes y en la misma ley, por cuanto el código de comercio, para el contrato de suministro, permite y autoriza la terminación del suministro por el incumplimiento grave de una de las partes.

Así las cosas, antes de la expedición de la resolución CREG No 038, no existía la norma que limitara o prohibiera el pacto en los contratos que conllevara la suspensión del suministro por el incumplimiento de las partes y mucho menos de la regulación, que impidiera o prohibiera a XM ejecutar las solicitudes que en este sentido le presentara una de las partes en cumplimiento de los (sic) pactado en los contratos de suministro de energía.

XM, como mandatario con representación de los agentes está obligado, entre otras cosas a ejecutar las obligaciones del mandante, no solo las relacionadas con el despacho del suministro, sino las solicitudes relacionadas con la suspensión o interrupción del mismo."

III. LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

La Resolución CREG 071 del 5 de julio de 2013 fue notificada personalmente a la recurrente mediante diligencia registrada a través del oficio I-2013-003618 del 12 de septiembre de 2013. El recurso de reposición fue interpuesto mediante el oficio E-2013-008333 de 18 de septiembre de 2013, razón por la cual se establece que dicho recurso fue radicado dentro del término previsto en el numeral 2 de la parte resolutive del acto administrativo impugnado.



Por cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución CREG 071 de 2013.

En virtud de lo anterior y una vez verificado el cumplimiento de los requisitos a los que hace referencia el artículo 77¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la Comisión a pronunciarse en relación con los argumentos en que se sustenta la impugnación.

IV. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA RESOLUCIÓN CREG 071 DE 2013.

Un análisis de los argumentos en que se sustenta el recurso de reposición presentado por Aremari y en particular la precisión que esta realiza permiten establecer inicialmente que los mismos desconocen el alcance de la facultad de resolver conflictos por parte de la Comisión en virtud de lo dispuesto en el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994, de acuerdo con los hechos que se suscitan en el caso concreto.

Tal como se expuso en la Resolución CREG 071 de 2013, el alcance del pronunciamiento de la Comisión para el caso concreto se limita a lo siguiente:

"(...) la facultad para dirimir el presente conflicto se limita a precisar el alcance de la aplicación de las disposiciones regulatorias aplicables² al momento de la controversia, relacionadas con el Mercado de Energía Mayorista, en cuanto a las operaciones, contenido, terminación y cumplimiento de las obligaciones de los contratos de energía, delimitando su aplicación, respecto de aquellas disposiciones que rigen la relación que existe entre los agentes del Mercado Mayorista de Energía con el ASIC, precisando las funciones que a este le han sido asignadas respecto de las operaciones del Mercado Mayorista de Energía MEM.

Lo anterior, con el fin de establecer si estas disposiciones en aquel momento permitían solicitar al ASIC en virtud del contrato de mandato dar aplicación a la terminación o suspensión unilateral de los contratos de energía por parte de los Agentes del Mercado de Energía Mayorista".

Ahora, se debe considerar que los argumentos que se presentan dentro del recurso están dirigidos a rebatir la consideración hecha dentro del acto administrativo impugnado que hace referencia a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad dentro de las relaciones de los agentes dentro del Mercado de Energía Mayorista. Lo anterior, toda vez que en la Resolución CREG 071 de 2013 se precisó que:

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

¹ **Artículo 77. Requisitos.** Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos.

Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.
2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.
3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.
4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio. (...)"

² Artículos 7, 14, 15 16 y 18 de la Resolución CREG 024 de 1995, Artículo 5 de la Resolución CREG 006 de 2003.

Por cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución CREG 071 de 2013.

Es así que de acuerdo con dichos argumentos, la recurrente plantea de forma general que la aplicación del derecho privado se ha de considerar prevalente dentro de las relaciones que existen entre los agentes dentro del Mercado de Energía Mayorista y para el caso concreto, sin tener en cuenta los efectos que estas estipulaciones pueden tener dentro de la aplicación de la regulación y el buen funcionamiento del mercado.

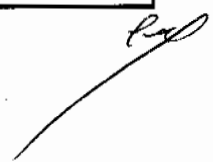
Esta premisa no es de recibo para efectos de lo expuesto a la hora de resolver el presente conflicto, ya que contrario a lo que plantea la recurrente en su impugnación, como parte de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, se ha expuesto por parte de la Comisión que las partes pueden pactar libremente sus obligaciones y estipulaciones contractuales mientras estas sean compatibles y no contravengan lo dispuesto en la regulación, en este caso, respecto del Reglamento de Operación y de las operaciones de energía a largo plazo.

Es así que con sujeción a los hechos de los que se deriva el presente conflicto, la regulación con posterioridad a la vigencia del artículo 3 de la Resolución CREG 038 del año 2010 ha consagrado la posibilidad de dar aplicación a la terminación unilateral del contrato e informar al ASIC esta circunstancia, de acuerdo con la causal o circunstancia que genera la terminación.

Con anterioridad a la vigencia de dicho artículo, la regulación imposibilitaba que se pudiese dar la terminación unilateral de los contratos y que los efectos de esta medida se dieran por parte de XM en su calidad de mandatario de los agentes, ya que esta medida ante las circunstancias y hechos que se presentaban hasta ese momento, requerían de una modificación de la regulación en este aspecto, desde su aplicación. Por lo tanto, esta disposición implica que la ineficacia de esta disposición del contrato de energía a largo plazo se genera por una cláusula o elemento accidental pactado entre los agentes y el mecanismo de aplicación se realizara a través de una disposición regulatoria.

Es así que justificar la prevalencia del derecho privado dentro del presente conflicto como argumento central de la recurrente en su recurso, permitiría que los agentes, ya sea en los contratos a largo plazo, o en los contratos de mandato que suscriben con XM en ejercicio de funciones de CND, ASIC y LAC, puedan incorporar obligaciones y atribuciones que se encuentran por fuera de aquellas que la Ley 143 de 1994 y la regulación le han establecido, o que vayan más allá del ejercicio de estas funciones, lo cual puede generar que su aplicación conlleve a la afectación y el buen funcionamiento del mercado.

Así mismo, se debe precisar que para efectos del presente conflicto lo que ha precisado la Comisión es que la regulación a partir del 8 de marzo de 2010 a consagrado la posibilidad de dar aplicación a la terminación unilateral del contrato e informar al ASIC esta circunstancia, de acuerdo con la causal o circunstancia que genera la terminación.



Por cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución CREG 071 de 2013.

Por lo tanto, no es válido para efectos de la resolución del presente conflicto la discusión relativa a la existencia a una *"improcedencia de la terminación unilateral de los contratos de suministro de energía"* bajo la consideración que en el marco del derecho privado esta obedece al ejercicio de una facultad exorbitante, la cual solo puede ser declarada por un juez y no a través de las partes, por lo que no puede ser aplicada dentro del Mercado de Energía Mayorista, como lo expone la recurrente entre otros argumentos cuando afirma:

"Nótese que el inciso 2do del artículo 3º de la resolución CREG establece unas consecuencias para aquellos contratos en los cuales se hubiere pactado la terminación unilateral. El pacto de la terminación unilateral a nuestro entendimiento, no se ha hecho obligatoria por parte de la CREG en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, por lo cual, esta cláusula no es una facultad exorbitante, y por lo tanto, la terminación del contrato, en el evento de incumplimiento de una de las partes, en los términos de ley, solo procede por decisión judicial, en los términos del artículo 870 del Código de Comercio"

Contrario a lo que afirma la recurrente, la aplicación de esta disposición de la Resolución CREG 038 de 2010 hace parte de la armonización de la regulación, las funciones del ASIC y el principio de la autonomía de la voluntad de los agentes plasmada en sus contratos, a fin de que no llegue a verse afectado el buen funcionamiento del Mercado de Energía Mayorista. La posibilidad de ejecutar la terminación unilateral se enmarca dentro del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los agentes, toda vez que estos los que pactan la aplicación de esta medida, por lo que esta no corresponde a la imposición de una medida regulatoria, ni pretende ir en contra de la aplicación del derecho privado en concordancia con lo previsto en la regulación. Sobre este punto exponen los considerandos de la Resolución CREG 038 de 2010:

"Así mismo, se requiere hacer expresa la posibilidad de que, cuando los agentes en sus contratos prevean causales de terminación unilateral, una de las partes pueda informar al ASIC de la terminación del contrato".

De acuerdo con esto, no es procedente la solicitud que realiza la recurrente dentro de su impugnación, ya que la misma así como el argumento que esta expone en relación con la improcedencia de que dentro de la regulación se prevea la posibilidad de aplicar la terminación unilateral de los contratos a largo plazo como parte del principio de la autonomía de la voluntad, no hacen parte, ni corresponden a las consideraciones a las cuales se sujeta la facultad de la Comisión para resolver el presente conflicto que se ha sometido a su consideración.

Igualmente, no es válido el argumento de la recurrente en tratar de justificar que XM en marco del contrato de mandato que celebra con los agentes puede realizar cualquier tipo de actuaciones en su calidad de ASIC y LAC a efecto de no realizar el suministro de la energía pactada en los contratos cuando afirma:

*"Así las cosas, antes de la expedición de la resolución CREG No 038, no existía la norma que limitara o prohibiera el pacto en los contratos que conllevara la suspensión del suministro por el incumplimiento de las partes y mucho menos de la regulación, **que impidiera o prohibiera a XM ejecutar las solicitudes que en este sentido le***

Por cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución CREG 071 de 2013.

presentara una de las partes en cumplimiento de los (sic) pactado en los contratos de suministro de energía.

XM, como mandatario con representación de los agentes está obligado, entre otras cosas a ejecutar las obligaciones del mandante, no solo las relacionadas con el despacho del suministro, sino las solicitudes relacionadas con la suspensión o interrupción del mismo. (Resaltado fuera de texto)

Contrario a esto, la Comisión ha precisado que con base en la premisa relativa a que los agentes al establecer el contenido de los contratos en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden establecer disposiciones y obligaciones para las partes siempre que estas sean compatibles y no vayan en contra de la regulación. Lo anterior, teniendo en cuenta que agentes dentro de sus contratos, incluyendo el mandato que suscriben con XM, podrían incorporar obligaciones y atribuciones que tendría que ejecutar el ASIC, las cuales se encuentran por fuera de la Ley y la regulación, lo cual podría conllevar a la afectación del buen funcionamiento del mercado como ocurriría en el caso concreto.

En concordancia con lo anterior y tal como lo precisó la Comisión en el acto administrativo impugnado:

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

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

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, los argumentos expuestos por la recurrente no son de recibo a efectos de revocar la decisión adoptada mediante la Resolución CREG 071 de 2013, ya que los mismos están dirigidos a dar prevalencia a la aplicación del derecho privado en el caso concreto, desconociendo el alcance de las funciones y el límite al cual se sujetan las actuaciones que desarrolla XM en ejercicio de sus funciones de CND, ASIC y LAC, razón por la cual, la aplicación del derecho privado y en particular el desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad entre los contratos que celebran los agentes, así como del mandato que ejecuta XM dentro del Mercado de Energía Mayorista deben ser compatibles con lo previsto en la regulación y no lleve a la afectación del buen funcionamiento del mercado.

ff

AS

Per

Por cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución CREG 071 de 2013.

Es por esto que la Comisión refirma la conclusión expuesta dentro de la Resolución CREG 071 de 2013 en virtud de las consideraciones allí expuestas en las cuales se expuso:

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

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

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión No. 591 del 7 de febrero de 2014, acordó expedir la presente Resolución mediante la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución CREG 071 de 2013;

RESUELVE:

Artículo 1º. No Reponer la Resolución CREG 071 de 2013 "Por la cual se resuelve una petición presentada por XM -S.A. E.S.P. en su condición de Entidad encargada de la administración del sistema de intercambios comerciales - ASIC-, para la resolución de un conflicto ocasionado por diferencia de interpretación de la regulación con EMGESA S.A. E.S.P., respecto del contrato EMG-OM-004-07, suscrito por esta empresa y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P".

Artículo 2º. La presente Resolución deberá notificarse a las empresas XM Expertos en Mercados S.A. E.S.P., EMGESA S.A. E.S.P. y Asociados de Recursos Mercantiles AREMARI S.A. E.S.P. Contra lo dispuesto en este acto no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. a los

07 FEB. 2014

ORLANDO CABRALES SEGOVIA

Viceministro de Energía

Delegado del Ministro de Minas y

Energía

Presidente

GERMÁN CASTRO FERREIRA

Director Ejecutivo