

Bogotá, D. C., 4 de marzo de 2010

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS - CREG
Dirección Ejecutiva

Asunto: Solicitud de solución de conflictos presentada por XM – Compañía de Expertos en Mercados S.A. ESP, por diferencia en interpretación de la regulación con EMGESA S.A. ESP, respecto de la suspensión del despacho del contrato EMG-OM-004-07.
Exp.2010-0007.

SE CONSIDERA:

La sociedad XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. ESP, actuando a través de apoderado, mediante comunicación escrita radicada con el número E-2009-012176, solicitó a la Comisión con fundamento en el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994:

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

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

El citado artículo 73.8 de la ley 142 de 1994, atribuye a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, la función de dirimir conflictos entre empresas, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 73. FUNCIONES Y FACULTADES GENERALES. *Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:*

(...)

73.8. 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. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad”.

Según los elementos fácticos expuestos en la solicitud, en síntesis, los siguientes hechos suscitaron el conflicto sometido a decisión de la CREG:

- a) Previo los respectivos trámites de pre-registro y de registro, el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales - ASIC, a solicitud de EMGESA, registró el contrato EMG-OM-004-07, mediante el cual esta sociedad se obligó a suministrar energía “para respaldar contratos de AREMARI S.A. E.S.P.”, registro que fue confirmado por el ASIC a las partes el día 19 de diciembre de 2007.
- b) El 11 de diciembre de 2009, EMGESA solicitó al ASIC *“la suspensión del despacho del contrato EMG-OM-004-07”*, con fundamento en el Anexo de la respectiva oferta mercantil.
- c) El 15 de diciembre siguiente, el ASIC respondió a EMGESA que, con fundamento, entre otras, en las resoluciones CREG 06 de 2003 y 024 de 1995, *“no es posible atender la solicitud de suspensión hasta tanto se presente comunicación suscrita por ambas partes, en la cual se informe al ASIC de la suspensión de la relación contractual, o decisión judicial o arbitral que establezca la terminación de la relación contractual por incumplimiento de alguna de las partes...”*.
- d) Después de conversaciones entre EMGESA y XM, en las que la primera mantuvo su solicitud y la segunda su negativa, esta última informó a AREMARI de dicha solicitud y le pidió indicar “su posición al respecto”, quien respondió, en esencia, que *“en virtud de la regulación se requería autorización de las dos partes del contrato”* y que estaba analizando jurídicamente el tema.
- e) Con posterioridad, EMGESA ha reiterado su solicitud, oponiéndose tanto a las razones con que el ASIC negó la suspensión del despacho del contrato, como a la expuesta por AREMARI.

Según se entiende de la solicitud, el conflicto se centra en las siguientes posiciones enfrentadas que han sostenido las partes:

- i) XM S.A. E.S.P, entiende que, de acuerdo con las normas del Reglamento de Operación que rigen el funcionamiento del Mercado de Energía Mayorista, expedido por la CREG, la suspensión del despacho de un contrato implica la terminación del mismo, la cual solamente puede producir efectos si es solicitada de común acuerdo por las partes, posición que posteriormente también expuso AREMARI.

- ii) EMGESA reitera que, conforme a lo pactado en el contrato registrado, le asiste el derecho a solicitar unilateralmente tal suspensión y que “no le es dable a XM exigir una comunicación suscrita por los contratantes” dado que éstos, al celebrar el contrato, aceptaron mutuamente la suspensión de la relación contractual por incumplimiento de la otra parte.

Analizada la solicitud se encuentra que, por una parte, entre XM y EMGESA existe un contrato de mandato, celebrado en los términos del Reglamento de Operación que rige el funcionamiento del Mercado de Energía Mayorista, contrato que igualmente celebró XM con AREMARI; y, por otra parte, que el contrato celebrado entre EMGESA y AREMARI y registrado ante el ASIC, conforme a este Reglamento, debe ser despachado en el mercado a través del ASIC.

Por razón del despacho de este último contrato y de las labores que le corresponde cumplir a XM en su calidad de ASIC, se han presentado diferencias que esta sociedad ha puesto en el campo de la interpretación y aplicación de las normas del Reglamento de Operación del Mercado de Energía Mayorista, expedidas por la CREG.

Con el propósito de decidir la solicitud, previo el análisis de sus fundamentos de hecho y de derecho, y para garantizar el derecho de defensa de los interesados, se debe agotar el trámite previsto en los Artículos 106 y ss. de la Ley 142 de 1994 y en lo no previsto en ellos, aplicará las normas de la parte primera del Código Contencioso Administrativo que sean compatibles.

Los Artículos 107 y 108 de la Ley 142 de 1994 establecen que previo al correspondiente decreto de pruebas, si es que hay lugar a él, debe oírse a los interesados.

RESUELVE:

PRIMERO. Admitir para trámite y adelantar la respectiva actuación administrativa con el propósito de decidir la solicitud de XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P., contenida en la comunicación radicada en la CREG con el número E-2009-012176, previo análisis de sus fundamentos de hecho y de derecho.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Código Contencioso Administrativo, cítese a la sociedad EMGESA S.A. E.S.P, como parte involucrada en el conflicto sometido a decisión por parte de XM S.A. E.S.P, para que pueda hacerse parte y hacer valer sus derechos. Para el efecto se dará aplicación a lo dispuesto en el Artículo 107 de la Ley 142 de 1994.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Código Contencioso Administrativo, cítese a la sociedad AREMARI S.A. E.S.P, como parte interesada en las resultas de la decisión, para que pueda hacerse parte y hacer valer sus derechos. Para el efecto se dará aplicación a lo dispuesto en el Artículo 107 de la Ley 142 de 1994.

CUARTO. Abrir el respectivo expediente, que se llevará en la forma dispuesta por el artículo 29 del Código Contencioso Administrativo.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

JAVIER AUGUSTO DÍAZ VELASCO
Director Ejecutivo