

Bogotá D.C. 7 de mayo de 2020

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

Dirección Ejecutiva

AUTO

Ref. : **EXPEDIENTE 2019 – 220**
Solicitud de solución de conflicto presentada por GESTIÓN ENERGÉTICA S.A. E.S.P. contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

El Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Resolución CREG 066 de 1996, y en el artículo 37 de la Resolución 039 de 2017, procede a decidir sobre el recurso de reposición mediante el cual se rechazó la solicitud de solución de conflicto presentada por GENSA, radicado E-2020-000640, con fundamento en las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1. La solicitud

En escrito con radicado E-2019-013090, GESTIÓN ENERGÉTICA S.A. E.S.P., en adelante GENSA, solicitó a la CREG que resuelva el conflicto suscitado con EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., en adelante EPM, por la liquidación y facturación de cargos de distribución de SDL de la energía liquidada en la frontera comercial FRT10952 CAUCHERAS.

En su comunicación, después de narrar los hechos y demás elementos que consideró relevantes, GENSA en el escrito plantea el siguiente conflicto:

“El conflicto que se solicita resolver es el que se deriva del Contrato existente entre GENSA Y EPM, bajo el cual EPM presta a GENSA servicios de distribución local, y esta última entidad le cancela a la primera unos cargos por uso por dicha prestación.

Particularmente, se solicita que se resuelva la diferencia que existe entre EPM y GENSA respecto de la facturación de los cargos por uso del SDL que se liquidan

por las energías de la FRT 10952-CAUCHERAS. Esta diferencia consiste en que GENSA considera que la mencionada liquidación se debe incluir en el ADD, mientras que EPM considera que dicha operación se debe realizar por fuera del ADD, y en consciencia, aplicar directamente una metodología de la Resolución CREG 097 de 2008.”

Como fundamento de la competencia de la CREG para resolver el conflicto, la solicitante manifiesta que hay una relación contractual entre EPM y GENSA, en tanto que las dos empresas, en virtud de lo dispuesto por la Ley 142 de 1994, se rigen por el derecho privado, y que hay un acuerdo de voluntades, por cuanto GENSA voluntariamente solicitó la conexión a EADE (EPM), y esta voluntariamente aceptó la conexión, por lo que hay una relación jurídica patrimonial “de contenido obligacional” que se mantiene actualmente, en razón de la cual EPM factura los cargos y GENSA paga dichos cargos.

2. El auto recurrido

En Auto I-2020-00517, notificado a la solicitante el 21 de enero de 2020, esta dirección se pronunció sobre la competencia de la CREG para solucionar el conflicto, rechazando la solicitud por considerar que no cumplía con el “requisito básico previsto por la ley para que la Comisión pueda ejercer la función de solución de conflictos y es que la diferencia existente entre los agentes se derive de un contrato existente entre ellos” y, por tanto, la Comisión no puede acceder a la solicitud formulada por GENSA.

3. El recurso de reposición

Mediante comunicación con radicado E-2020-000640, la representante legal de GENSA interpuso recurso de reposición contra el auto antes referido, solicitando a la Comisión asumir competencia sobre el conflicto planteada. La empresa fundamenta su solicitud en los argumentos que se resumen a continuación:

Sobre el contrato existente entre GENSA y EPM:

El conflicto cuya solución se solicita a la Comisión sí surge de un contrato existente que es “el que tiene por objeto la prestación del servicio de distribución local por parte de EPM y GENSA, a cambio de que esta le pague a aquella unos cargos por uso por dicha prestación.” Indica expresamente que la solicitud no se basa en el contrato de conexión suscrito por EPM y GENSA, bajo el cual se regula la conexión entre las partes.

3 / 7

Señala que, en tanto que las partes se rigen por el derecho privado, bajo el principio de libertad dispositiva, su consentimiento puede expresarse en forma verbal, escrita, por gestos o por conducta concluyente. *“El comportamiento de las partes que versa sobre elementos esenciales de un negocio jurídico (por un lado, permitir el uso de la red para conducir energía eléctrica, y por otro, el pago por permitir ese uso) implica la manifestación del querer dispositivo a través de comportamiento, lo que conlleva la existencia de un contrato, a menos que la Ley establezca una tradición o solemnidad para su perfeccionamiento, solemnidad que puede ser por ejemplo un documento escrito.”*

Manifiesta el recurso que el contrato entre GENSA y EPM no es solemne, y se rige por la regla general de libertad probatoria, por lo que se puede demostrar el consentimiento de las partes, el contrato existente entre ellas, con indicios o principios de pruebas por escrito o cualquier otro medio probatorio. Señala que al expediente se allegaron las facturas que EPM emite a GENSA, correos electrónicos, comunicaciones, pagos, todas pruebas de la aplicación práctica de un contrato entre las partes. Argumenta que el contrato tiene efectos en el patrimonio de las partes, con lo que se conforma una relación jurídica patrimonial que nace por el acuerdo entre EPM y GENSA, la cual las partes no han manifestado interés o asumido conductas para terminarla. Existe entonces un contrato entre EPM y GENSA en los términos del artículo 864 del Código de Comercio.

Señala que no se conoce que haya solemnidad para suscribir un contrato para la prestación del servicio de distribución. Tampoco se ha demostrado que el contrato carezca de los elementos esenciales, por el contrario, estos se encuentran demostrados, por una parte, porque se permite el uso de la red, y por la otra, porque se paga por permitir ese uso. Adicionalmente el contrato *“cuenta con los presupuestos de capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita a los que se refiere el artículo 1502 del Código Civil.”* EPM y GENSA son dos personas jurídicas con capacidad de obligarse, que han dado su consentimiento tácito para ejecutar prestaciones con objeto y causa lícitas.

Sobre la integración de la regulación al contrato existente entre EPM y GENSA:

En el recurso se argumenta que, conforme a lo señalado en el artículo 1603 del Código Civil, *“En el caso del Contrato para la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica existente entre GENSA y EPM, se tiene que la Ley en sentido material, que incluye la regulación de la CREG, establece que las cosas principales que pertenecen a las obligaciones de dichas empresas. En efecto, las diferentes resoluciones de la CREG se encargan de establecer las condiciones de la prestación del servicio de distribución, su precio y periodicidad.”* En este contexto, afirma que el contrato es altamente regulado, dejando un mínimo margen a las partes para la definición de obligaciones.

4 / 7

Afirma además que *“es importante mencionar que la decisión de EPM de prestar el servicio de distribución, y la de GENSA de pagar una remuneración por dicho servicio, es una decisión autónoma de dichas empresas. Efectivamente dicha decisión no tiene como causa ni la ley, ni una decisión judicial, ni ningún otro mecanismo de establecimiento de obligaciones, sino el mero interés, por una parte de brindar un servicio, y por la otra, de recibirlo para llevar el servicio de energía eléctrica a unos Usuarios finales.”*

Solicitud:

Con fundamento en los argumentos resumidos, GENSA solicita que *“se reponga el Auto por el cual se rechazó una petición de solución de controversias de mi representada, con fecha 17 de enero de 2020 (notificado a mi representada el 21 de enero de la misma anualidad) y en consecuencia, que la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG, asuma la competencia frente a la controversia planteada en al petición radicada por mi representada bajo el número E-2019-013090.”*

4. Consideraciones

En el recurso se manifiesta que, por tratarse de empresas que se rigen por el derecho privado, la manifestación del consentimiento de las partes puede darse de diversas formas, incluidos los gestos y la conducta concluyente, verificarse por cualquier medio probatorio, y que, además, no hay una solemnidad para suscribir el contrato para el servicio de distribución. En esta línea argumenta que el consentimiento de las partes se evidencia en el hecho de que una de las partes ha permitido la conexión a la red, y el otro ha pagado por hacer uso de la misma.

El argumento parte de que esta dirección reconozca la existencia de un contrato, que ella misma manifiesta no se suscribió ni acordó expresamente, ni escrita ni verbalmente por las partes, pero que en su opinión, se evidencia tácitamente en las conductas de ambas partes consistentes en haber permitido la conexión a la red de EPM, y en el pago que por cargos por uso hace GENSA.

Se observa entonces que, para resolver el conflicto existente entre la peticionaria y EPM, tendría que hacerse primero, por parte de esta dirección, una declaratoria de la existencia de un contrato, el cual, según el recurso, se encontraría probado en correos, facturas, pagos y la conexión de GENSA a las redes de EPM. No se parte entonces de un hecho cierto e inequívoco, la existencia de un contrato, sino de la expectativa que tiene GENSA de que el vínculo que pueda existir con EPM tenga naturaleza contractual, para que, con

5 / 7

base en dicho vínculo, la Comisión se pronuncie sobre la diferencia que existe entre las partes.

Sobre este aspecto se observa que es un requisito del ejercicio de la función de solución de conflictos definida en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994 el que la diferencia entre las partes se derive de la interpretación de un contrato. Se entiende entonces que el contrato debe ser cierto y conocido, para que la Comisión pueda ejercer su función, y no puede entonces extenderse la facultad de solucionar el conflicto a determinar si existe o no el contrato, como se requeriría en este caso. No puede la Comisión, y mucho menos lo podría esta dirección, entrar a valorar las pruebas que pretende hacer valer la peticionaria para declarar que entre las partes existe un contrato de distribución, y con base en ello asumir el conocimiento del conflicto suscitado y resolverlo.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la existencia de contraprestaciones entre las partes no tiene que tener como origen necesariamente una relación contractual, tal y como lo pretende la recurrente, al referirse a la conexión que EPM permitió a sus redes y al pago que hace GENSA por el uso que hace de ellas.

En cuanto a la conexión a las redes de EPM se observa, en primer lugar, que la Ley 143 de 1994 ordena a los propietarios de redes permitir el acceso de otras empresas y usuarios. Al respecto señala el artículo 30:

ARTÍCULO 30. Las empresas propietarias de redes de interconexión, transmisión y distribución permitirán la conexión y acceso de las empresas eléctricas, de otros agentes generadores y de los usuarios que lo soliciten, previo el cumplimiento de las normas que rijan el servicio y el pago de las retribuciones que correspondan.

Estas empresas podrán prestar el servicio de servidumbre para telecomunicaciones. (Destacado fuera del texto)

En cuanto al pago de cargos por el uso de las redes, el artículo citado ordena el pago “de las retribuciones que correspondan”. Estos cargos, además, se definen tal y como lo señale la regulación en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 de la misma ley:

ARTÍCULO 23. Para el cumplimiento del objetivo definido en el artículo 20 de la presente ley, la Comisión de Regulación de Energía y Gas con relación al servicio de electricidad tendrá las siguientes funciones generales:

...

c) Definir la metodología para el cálculo de las tarifas por el acceso y uso de las redes eléctricas, y los cargos por los servicios de despacho y coordinación

6 / 7

prestados por los centros regionales de despacho y el centro nacional de despacho;

d) Aprobar las tarifas que deban sufragarse por el acceso y uso de las redes eléctricas y los cargos por los servicios de despacho y coordinación prestados por los centros regionales de despacho y Centro Nacional de Despacho;

La facultad de la Comisión sobre la definición de los cargos y los elementos que debe tener en cuenta en su ejercicio, se reiteran en los artículos 39 a 41 de la Ley 143 de 1994. El artículo 41 es específico en señalar que la Comisión define además el procedimiento que permita hacer efectivo el pago de los mencionados cargos.

Como se observa, la ley ordena, en primer lugar, a EPM a que permita el acceso a sus redes, que en este caso se materializa en la conexión de GENSA, y, en segundo lugar, obliga a pagar cargos por usar las redes, en este caso a esta última a pagar a EPM por usar sus redes. Estas obligaciones se reiteran en los diversos desarrollos regulatorios contenidos en las Resolución CREG 070 de 1998, en las metodologías de distribución, resoluciones 097 de 2011 y 015 de 2018, y demás disposiciones aplicables sobre liquidación y pago de los cargos por uso de STR y SDL. No puede entonces asegurarse, como lo pretende la empresa recurrente, que el cumplimiento de estas obligaciones por parte de EPM y GENSA tenga como única explicación la existencia de un contrato.

Se evidencia entonces que no es cierta la manifestación que se hace en el recurso en cuanto a que la decisión de EPM de prestar el servicio de distribución, y de GENSA de pagar los cargos, son decisiones autónomas de las empresas que no tiene origen en la ley ni en decisión judicial. La decisión de los agentes de acometer las actividades propias de los prestadores de servicios públicos domiciliarios es libre y autónoma, pero el desarrollo de estas actividades está sujeto a las leyes y a la regulación adoptada por esta Comisión. Como ya se vio, la Ley 143 de 1994 ordena el libre acceso a las redes de prestación del servicio de energía, principio que se desarrolla en la regulación y, por tanto, todo agente prestador, usuario o agente generador se puede conectar a las redes de distribución o de transmisión, siempre que técnicamente ello sea posible. Como contraprestación, también ordenada por la ley y por la regulación, quienes hacen uso de las redes para atender a sus usuarios finales, deben pagar por ese uso los cargos que define la regulación. Aún sin la existencia de un contrato entre EPM y GENSA, las dos partes están obligadas al cumplimiento de estas obligaciones por virtud de la ley y la regulación.

Adicionalmente, se observa que, tal y como se reconoce en el recurso, las partes suscribieron un contrato de conexión, que regula las condiciones de la conexión existente a las redes de EPM de los activos de GENSA. Es decir, la conexión a la red de EPM se

7/7

dio como resultado del cumplimiento de la obligación de libre acceso ya mencionada, y sus condiciones se materializaron en el contrato de conexión suscrito entre las partes.

En este contexto se reitera que la facultad de la CREG para resolver los conflictos que se presenten entre empresas se circunscribe a los casos previstos en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, numerales 8 y 9, los cuales se recogen en la Resolución CREG 066 de 1998. En este caso, se solicita la solución del conflicto con base en un contrato cuya existencia no es cierta y conocida, sino que tendría que entrar la Comisión a determinarla, para luego poder resolver la diferencia que tienen las partes, lo cual excede la competencia del artículo 73, y no cumple con el supuesto básico para su ejercicio.

Por las razones expuestas,

SE DISPONE:

Primero: No reponer el auto con radicado I-2020-000517, confirmando lo decidido en él, y en consecuencia, rechazar la solicitud de solución de conflicto presentada por GESTIÓN ENERGÉTICA S.A. E.S.P.

Segundo: La presente decisión deberá notificarse a GENSA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JORGE ALBERTO VALENCIA MARÍN
Director Ejecutivo

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG)

23/04/2020 17:49:12

No. RADICACION I-2020-002108

No. REFERENCIA E-2020-000640

No. FOLIOS ANEXOS

Para Respuesta o Adicionales Cite No. de Radicación

