

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

ECOPETROL S.A.

CONTRA

TERMOEMCALI I S.A. E.S.P.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil catorce (2014)

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso, previas las siguientes consideraciones:

1º. ANTECEDENTES

1. PARTES

Son partes de este proceso arbitral:

1.1. Parte Convocante

El extremo **convocante** es la sociedad **ECOPETROL S.A.**, empresa industrial y comercial del Estado, con domicilio principal en Bogotá D.C., representado en este proceso por su apoderado general **DONALDO CÉSAR ARIZA**, según poder general otorgado mediante escritura pública No. 2725 de 30 julio de 2007, otorgada en la Notaría 21 del Circulo de Bogotá D.C, obrante a folios 10 a 12 del cuaderno principal No. 1.

El extremo convocante actúa en el presente proceso a través de su apoderado judicial, de acuerdo con el poder especial otorgado que obra a folio 9 del cuaderno principal No. 1, a quien oportunamente se le reconoció personería para actuar en el presente proceso.

1.2. Parte Convocada

La parte **convocada** es la sociedad anónima de economía mixta **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P.**, cuyo domicilio principal se encuentra en la ciudad en Bogotá D.C., representada

legalmente por **NICOLÁS JARAMILLO ARANGO**, según se acredita en el Certificado de Existencia y Representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., obrante a folios 36 a 39 del cuaderno principal No. 1.

En este arbitraje actúa mediante apoderado judicial, a quien de forma oportuna se le reconoció personería para actuar en el proceso con fundamento en el poder obrante a folio 240 del cuaderno principal No. 1.

2. PACTO ARBITRAL

Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria en la Vigésima Cuarta- Resolución de Controversias-, del Contrato de No. DIJ 987 celebrado el 26 de marzo de 1996, cuyo texto dispone:

“Los desacuerdos de carácter jurídico entre las partes y en general todos aquellos que no sean considerados de carácter técnico o contable, serán resueltos por un Tribunal de Arbitramento. Los desacuerdos de carácter técnico o contable se someterán a la decisión de peritos. En el caso de desacuerdo entre las Partes sobre la calificación del carácter de la disputa (controversia técnica o contable o si es controversia legal), dicha disputa será resuelta por un Tribunal de Arbitramento.

24.1. Arbitramento: Todos los desacuerdos de carácter jurídico con motivo de la celebración, interpretación, aplicación, ejecución y liquidación del contrato y, en general todos aquellos que no sean considerados de carácter técnico o contable, serán sometidos a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, con sede en Santafé de Bogotá D.C., compuesto por tres árbitros nombrados de común acuerdo entre las Partes. Si dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes al surgimiento de la controversia, las Partes no hubieren logrado un acuerdo sobre los tres (3) árbitros, éstos serán designados por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá D.C. y, en su defecto, conforme a la ley. El fallo será en derecho.”

3. TRÁMITE ARBITRAL

3.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria, **ECOPETROL S.A.** presentó el 16 de agosto de 2013 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud de convocatoria y demanda arbitral frente a la **TERMOEMCALI I. S.A. E.S.P.**¹

3.2. El 12 de septiembre de 2013, las partes, de común acuerdo, designaron los tres árbitros, quienes, previa notificación de su designación, aceptaron.²

3.3. En audiencia del 6 de noviembre de 2013 -Acta No. 1-, se declaró legalmente instalado el Tribunal de Arbitraje, designó Presidente y Secretario, admitió la demanda

¹ Cuaderno Principal, folios 1 a 8.

² Cuaderno Principal, folio 95.

arbitral, ordenó notificar el auto admisorio y correr traslado por el término de legal a la Parte Convocada³.

3.4. En esa misma audiencia se notificó personalmente el auto admisorio a la Parte Convocada cuyo apoderado la contestó oportunamente el 28 de noviembre de 2013 con oposición a las pretensiones, objeción al juramento estimatorio e interposición de excepciones perentorias.⁴ En su oportunidad, la Convocante contestó la objeción al juramento estimatorio.⁵

3.5. El 23 de enero de 2014- Acta No. 3-, en la audiencia de conciliación las partes no conciliaron las diferencias, y en consecuencia, se fijaron los costos legales del arbitraje, consignados en los plazos legales.⁶

3.6. El 18 de febrero de 2014, durante la primera audiencia de trámite, el Tribunal de Arbitraje por auto No 4, confirmado al decidir la reposición formulada por la Convocada, declaró y reiteró que es competente para conocer y decidir en derecho las controversias planteadas en la demanda arbitral presentada, su contestación y excepciones interpuestas.⁷

3.7. En la misma audiencia se profirió auto que decretó la totalidad de las pruebas solicitadas por las partes en sus debidas oportunidades procesales y ordenó su práctica, a saber:

3.7.1. Documentales, se incorporaron al expediente los documentos aportados por las partes con sus escritos.⁸

3.7.2. Interrogatorio de parte del Representante legal de la Convocada. Se aceptó el desistimiento del interrogatorio de parte de la Convocada.⁹

3.7.3. Testimonios. Se ordenaron y recibieron los testimonios de Fabio Meneses Góngora y Eduardo Afanador Iriarte, practicados el 4 de marzo de 2014, de cuyas transcripciones surtió su traslado.¹⁰

³ A la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el Centro de Arbitraje comunicó el 21 de agosto de 2013 la iniciación del trámite. Cuaderno Principal, folios 58 a 60.

⁴ Cuaderno Principal, folios 246 a 257.

⁵ Cuaderno Principal, folios 268 y 269.

⁶ Cuaderno Principal, folios 270 a 275.

⁷ Cuaderno Principal, folios 292 a 298.

⁸ Cuaderno de Pruebas, folios 1 a 67.

⁹ Cuaderno Principal, folios 313 a 318.

¹⁰ Cuaderno Principal, folios 313 a 318.

3.7.4. Dictamen pericial. Se decretó el dictamen pericial rendido por la Contadora Pública Gloria Zady Correa Palacio el 25 de abril de 2014¹¹, aclarado y complementado el 20 de junio de 2014 a solicitud de las partes.¹²

3.8. Practicada la totalidad de las pruebas, las cuales fueron puestas en conocimiento de las partes dentro del proceso, se declaró cerrado el debate probatorio y citó a los apoderados para la audiencia de alegatos de conclusión.

3.9. El 24 de julio de 2014 tuvo lugar la audiencia de alegatos de conclusión. Los apoderados de las dos partes expusieron oralmente y en forma resumida sus alegaciones y entregaron sus respectivas versiones escritas. El señor Agente del Ministerio Público, en término, emitió su concepto.

3.10. Mediante auto del 31 de julio de 2014, el Tribunal decretó oficiosamente la práctica de los testimonios de Silvia Marcela Chaparro y de Jaime Alejandro Zapata Uribe¹³, los cuales fueron recibidos en audiencia celebrada el 14 de agosto de 2014.¹⁴

3.11. El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo.¹⁵

4. LA DEMANDA ARBITRAL Y CONTESTACIÓN

Se resumen las demandas arbitrales, sus respuestas y excepciones perentorias como fueron presentadas por las partes:

4.1 Demanda arbitral¹⁶

La Convocante, en síntesis, pretende el incumplimiento de la Convocada al Contrato de Suministro No. DIJ-987 celebrado el 26 de marzo de 1996, ordenarle pagar la suma de \$4.376.043.423 o la probada en proceso con sus intereses moratorios a la tasa máxima legal desde la exigibilidad de la obligación hasta la fecha del pago y condenarla en costas (Pretensiones Primera a Cuarta).

Sustenta el petitum, en la celebración el 26 de mayo de 1996 de un contrato cuyo objeto consiste en “el suministro en venta de gas natural por parte del vendedor al comprador de conformidad con los términos del presente contrato” (Cláusula Segunda).

¹¹ Cuaderno de Pruebas, folios 152 a 191.

¹² Cuaderno de Pruebas, folios 216 a 232.

¹³ Cuaderno Principal, folios 390 y 391.

¹⁴ Cuaderno Principal, folios 481 a 485.

¹⁵ Cuaderno Principal, folios 484 y 485.

¹⁶ Cuaderno Principal, folios 1 a 8.

Acordaron en caso de imposibilidad del suministro de gas o cuando se requiriera la operación de la planta con gas y diesel, el vendedor utilizaría los medios a su alcance para procurar la disponibilidad y entrega del diesel en las condiciones y conforme al procedimiento convenido, hipótesis en la cual, “[e]l precio de venta del Diesel así como el margen para el Distribuidor mayorista será el que indique el Ministerio de Minas y Energía en las respectivas Resoluciones de Precio...”.

El Ministerio de Minas y Energía con Resolución No. 18 1654 del 29 de septiembre de 2009 declaró la iniciación de un racionamiento programado de gas natural, y conforme al orden señalado en el artículo 2º del Decreto 880 de 2007, fijó el orden de atención entre los agentes que tengan el mismo nivel de prioridad. El artículo 2º de la Resolución No. 18 1686 del 2 de octubre de 2009, modificado por el artículo 1º de la Resolución No. 18 1846 de octubre 19 de 2009, expedidas por el Ministerio de Minas y Energía, dispuso que los Productores-Comercializadores de gas natural “darán cumplimiento a los Contratos que Garantizan Firmeza de suministro con las plantas termoeléctricas, entregando gas natural, o sustituyendo éste por combustibles líquidos, en los casos en que las plantas sean duales y dicha sustitución sea factible” al mismo precio pactado en los contratos de suministro de gas natural, pero como el costo del combustible es mayor al del gas, la diferencia debe pagarse a quien lo suministra en sustitución.

ECOPETROL S.A. suministró a **TERMOEMCALI** Diesel en cantidad de 16.000 MBTU a un costo de \$42.304.140.492 de los cuales trasladó y cobró a sus clientes y le pagó \$37.938.137.723,00, por lo que consideró que existe un saldo a su favor y a cargo de la convocada, de \$4.376.043.423, que plasmó en la factura de venta 9.000366402 de 30 de julio de 2012.

4.2 La contestación a la demanda arbitral¹⁷

La Convocada se opuso a las pretensiones de la demanda principal, negó la mayoría de los hechos, indicando que el Contrato DIJ-987 es para el suministro de GAS. Para el de DIESEL tiene celebrado un contrato distinto con un proveedor diferente. ECOPETROL, no suministró combustibles líquidos en desarrollo de la Cláusula Cuarta del Contrato, la controversia y el cobro nada tiene que ver con éste. Su génesis concierne a decisiones u órdenes unilaterales adoptadas por actos administrativos de las autoridades del sector energético en ejercicio del poder público de intervención en la prestación de los servicios públicos domiciliarios y uso del gas natural. Lo reclamado deriva de la sustitución de gas por combustibles líquidos ordenada en la Resolución 18 1686 de 2 de octubre de 2009, cuyo artículo 3º, modificado por el artículo 2º de la Resolución 18 1846 del 19 de octubre de 2009, asignó a la CREG definir los mecanismos para compensar a los productores-

¹⁷ Cuaderno Principal, folios 246 a 257.

comercializadores de gas como ECOPETROL el costo de su sustitución por combustibles líquidos y recobrarlo de los usuarios (remitentes) beneficiados con la misma al no interrumpirse el suministro de gas, lo cual hizo con las Resoluciones CREG 136 de 2009 y 041 de 2010. Estas Resoluciones, establecieron que los productores-comercializadores de gas como ECOPETROL recobrarán el costo de la sustitución de la demanda, y no que los agentes termoeléctricos debían asumirlo. Tampoco ordenaron a TERMOEMCALI trasladar y cobrar a sus clientes el valor de sustitución de combustibles. XM S.A. E.SP. Administrador del CND y del ASIG determinó el valor de los costos y la forma de trasladarlos a la demanda y el monto liquidado por XM se recibió directamente por ECOPETROL. TERMOEMCALI, no recibió esos valores ni dejó de pagar o transferir a ECOPETROL lo liquidado por XM.

La factura 9.000366402 de 30 de julio de 2012 se rechazó por TERMOEMCALI, y no menciona el Contrato de Suministro, sino “Saldo pendiente por entrega de Diesel según Resolución CREG 165 de 2010.”

El suministro de combustible líquido por ECOPETROL se hizo no en virtud del Contrato sino de las resoluciones del Ministerio de Minas y Energía y las Resoluciones CREG 136 de 2009, 041 de 2010 y 165 de 2010, disciplinaron el procedimiento para trasladar el mayor valor de sustitución (diferencia entre el precio del gas y el de combustible líquido o diesel) a la demanda de gas beneficiada (usuarios del servicio).

Interpuso las excepciones denominadas de “Contrato cumplido”, “Ausencia de causa contractual”, “Inexistencia de la obligación”, “Cobro de lo no debido”, “Falta de legitimidad pasiva de Ecopetrol”, “Falta de legitimidad pasiva de Termoemcali”, “Actos de autoridad”, “Excepción de legalidad”, “Falta de competencia”, “Fuerza mayor”, “Actos de terceros”, “Actos propios y culpa exclusiva de Ecopetrol”, “Caducidad”, “Falta de integración del contradictor”, “Compensación” y “Excepción genérica”.

5. ALEGATOS CONCLUSIVOS

En forma sintética se presentan los aspectos tratados:

5.1 Alegato de la Convocante¹⁸

Luego de sintetizar el litigio, se inicia el alegato señalando que la convocada ha fincado su renuencia a pagar con los pagos a que está obligada, bajo el entendido que dichos pagos no tienen su fundamento en la cláusula cuarta del contrato materia de este proceso, por lo que cualquier discrepancia al respecto debe ser solucionada entre la

¹⁸ Cuaderno Principal, folios 387 a 389.

entidad pública y XM, argumentación que, a su juicio, no tiene sustento alguno para lo cual basta leer el contenido de la misma estipulación y del Anexo B del contrato, en donde se dice que las especificaciones del diesel que se utilizará como sustituto del gas natural o como combustible para la operación gas – diesel de la turbogas, serán las establecidas en la norma técnica colombiana, con lo cual es claro que los pagos requeridos sí hacen parte del negocio jurídico objeto de esta controversia.

A continuación se hace en el alegato una amplia explicación del racionamiento de gas ordenado por el Ministerio de Minas y Energía, sus antecedentes y sus consecuencias jurídicas de cara a las relaciones entre las partes, para concluir que “las sustituciones de combustible líquido solo eran posibles para dar cumplimiento a contratos legalmente celebrados y en el caso que no ocupa del DIJ 987 y en esas condiciones resulta también clarísimo que la obligación por parte de Termoemcali de reconocer el mayor valor ocasionado por la sustitución de gas tiene su fuente en el contrato mencionado”, a lo cual debe agregarse que las comunicaciones cruzadas entre las partes son muestra inequívoca que las partes entendieron que los despachos de diesel hechos para sustituir el gas hacían parte del contrato.

Realizado el recuento de la correspondencia sostenida entre las partes, aborda el convocante el papel de XM en la presente controversia, indicando que dicha empresa de servicios públicos procedió a recaudar para Termoemcali el mayor valor de la sustitución del gas por combustible líquido y ésta última le solicitó que en vez de trasladarlos a una de sus cuentas corrientes, lo mantuviera en una de las suyas propias hasta tanto Termoemcali determinara el destino de los mismos, a lo cual se agrega que “Termoemcali a su vez recibió la facturación de Ecopetrol y procedió a ordenarle a XM que por su cuenta (de Termoemcali) las pagara. Ecopetrol jamás le facturó a XM nada porque por supuesto esta última no era su deudor ni mi mandante su acreedor. Es más, tan lo era Termoemcali, que inclusive en una oportunidad esta se dio el lujo de discutir algunas cuantías de las facturas que ECOPETROL le formuló y solo procedió a autorizar su cancelación cuando tuvo certeza acerca de su realidad. Mi mandante, a su vez, por supuesto que recibió el pago que de las facturas que le pasaba a Termoemcali y le hiciera XM atendiendo lo dispuesto por el artículo 1630 del Código Civil (...). Y que no se diga que es que el hecho de recibir el pago de parte de XM significó una tácita aceptación de una sustitución de deudor, porque el cambio del sujeto pasivo de las obligaciones tiene que ser expreso y por otra parte el hecho de que se continuara facturando a Termoemcali significó claramente que Ecopetrol siguió considerando a aquella como su deudora y la orden que a su vez esta le daba a XM de que pagara también demostraba a las claras que Termoemcali se consideraba deudora”.

En lo que toca con la cuantía, aduce la convocante que aquella se encuentra demostrada con el dictamen pericial y que respecto de ella se debe ordenar el pago de intereses de

mora desde la fecha en que se presentaron las facturas que fueron rechazadas por Termoemcali.

Finaliza sus alegaciones el extremo convocante haciendo un pronunciamiento respecto de las excepciones de mérito para solicitar que las mismas sean denegadas.

5.2 Alegato de la Convocada¹⁹

La convocada inició su exposición final indicando que “La suma que está cobrando Ecopetrol S.A. en el presente proceso arbitral no la debe Termoemcali ni bajo el Contrato de Suministro de Gas Natural No. DIJ 987 suscrito el 26 de marzo de 1996, ni bajo ninguna otra fuente obligacional. El suministro sustitutivo de diesel por gas que origina el cobro que está efectuando Ecopetrol en este proceso, no se hizo en desarrollo de lo estipulado en el Contrato No. DIJ 987 sino en cumplimiento de los actos administrativos de intervención que expidió el Gobierno Nacional -al margen de las estipulaciones del Contrato- para conjurar el racionamiento de gas natural que se presentó a finales del año 2009”.

Luego de hacer un planteamiento general de su posición jurídica en este proceso, la convocada indica que la demanda con que se dio origen al proceso apunta a que se declare la responsabilidad contractual de Termoemcali, por lo cual, es en el marco de dicha responsabilidad que debe resolverse esta controversia en atención a las reglas de congruencia que rigen la actividad procesal, afirmándose que “No existe una sola prueba en el proceso que demuestre que el suministro sustitutivo de combustibles al cual Ecopetrol le trata de acomodar el cobro de \$4.376.043.023, hubiese sido realizado en desarrollo de lo pactado en el Contrato No. DIJ 987, de manera que pueda condenarse a Termoemcali a pagar dicha suma a título de incumplimiento de dicho contrato, según lo solicita Ecopetrol”.

Al respecto, luego de hacer un recuento de las distintas comunicaciones que las partes se remitieron, se señala en el alegato que ellas entendieron que el suministro de diesel en sustitución del gas, no tenía nada que ver con lo estipulado en el contrato sobre la entrega de diesel, sino en cumplimiento de los actos de intervención dictados por el Gobierno Nacional en razón del racionamiento de gas decretado a finales de 2009. En este sentido, se agrega que las condiciones del suministro de diesel por gas efectuado por Ecopetrol a Termoemcali no corresponden a las estipuladas en el contrato objeto de este proceso, para lo cual basta leer las estipulaciones incorporadas en el mismo que en el alegato se transcriben y analizan por la convocada.

¹⁹ Cuaderno Principal, folios 352 a 386.

Se aduce igualmente que en este proceso, además de haberse acreditado que el suministro de diesel por gas se hizo en cumplimiento de los actos de intervención del Gobierno, a Ecopetrol sí se le pagó todo lo ordenado por dichos actos, para lo cual, además de analizar lo previsto en las distintas resoluciones que obran en el proceso, se pone de presente lo que sobre el particular indicaron los testigos Meneses y Afanador.

Se concluye al respecto en el alegato señalándose que “en consecuencia, el cobro que por valor de \$4.386.026.704 pretende efectuar en este proceso Ecopetrol al amparo del Contrato No. DIJ 987 carece por completo de asidero, toda vez que no corresponde a lo que debía pagar Termoemcali por la sustitución de combustibles ordenada por el Gobierno Nacional. Termoemcali, de acuerdo con lo dispuesto por el Ministerio de Minas y Energía, debía pagar a precio de gas el diésel que le fue suministrado en sustitución del gas contratado, y Termoemcali, cumpliendo lo anterior, le pagó a Ecopetrol ese predio de gas, tal como lo estableció la señora perito contable y lo acepta la propia Ecopetrol. Tampoco corresponde a lo que XM determinó que tenía derecho Ecopetrol para compensarle el mayor costo del diesel respecto del gas. Efectuados los ajustes ordenados en la Resolución CREG 165 de 2010, XM determinó que Ecopetrol tenía derecho a la suma de \$37.928.137.721 (\$40.778.141.261 actualizada), la recaudó de la demanda de energía eléctrica, y se la pagó directamente a Ecopetrol en su totalidad. Por consiguiente, no existe ningún saldo pendiente por pagar de lo que liquidó XM por concepto de lo ordenado en la Resolución CREG 165 de 2010.”

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO²⁰

El señor Procurador 135 Judicial II Administrativo, recapitula la demanda arbitral, sus pretensiones, fundamentos fácticos y normativos, su contestación y las excepciones perentorias interpuestas, el trámite procesal, las pruebas decretadas y practicadas, alegatos de conclusión de las partes, para analizar los tipos de contratos, la naturaleza y exigencias de la acción contractual, ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato, la teoría de la imprevisión, las distintas resoluciones proferidas por el Ministerio de Minas y Energía declarando el racionamiento programado de gas, de la Comisión de Regulación de Energía y Gas- CREG-, la cláusula compromisoria acordada en el acápite 24.1. del Contrato DIJ-987 del 26 de mayo de 1996, referida a “los desacuerdos que entre las partes ocurrieran con ocasión del contrato mismo respecto de su celebración, interpretación, aplicación y ejecución y liquidación”, la intervención del Ministerio de Minas y energía en el suministro y sustitución del gas por diesel respecto de aquellas plantas consideradas como duales, cuyos costos reguló de manera particular la CREG en las Resoluciones 136 de 2009 y 041 de 2010 “serían trasladados a la demanda, esto es, a los usuarios del servicio, mediante las formulas que allí se incorporaran”, actos

²⁰ Cuaderno Principal, folios 406 a 472

administrativos dotados de la presunción de legalidad mientras no se declaren nulos por la jurisdicción contencioso administrativo, y según las comunicaciones cruzadas entre TERMOEMCALI y ECOPETROL, en especial, las del 4 y 10 de octubre de 2009, el suministro de líquidos no se sujetaría al contrato sino a las resoluciones 181654 y 181739, por lo cual, no pertenece a la órbita del contrato DIJ 987 del 26 de mayo de 1996, sino al cumplimiento de prestaciones derivadas de acto de autoridad con capacidad de modificar su entorno, y que por eso están por fuera del proceso arbitral y del contrato mismo.

Termina el Señor Procurador, solicitando al Tribunal, “denegar por lo expuesto de forma precedente las pretensiones incoadas en la presente demanda arbitral”.

7. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite “*al cual se adicionarán los días de suspensión*”- e “*interrupción por causas legales*”- , sin exceder la solicitada de consuno por las partes de un “*tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días*”.

En el *sub-lite*, la primera audiencia de trámite, inició y culminó el 18 de febrero de 2014, el proceso se suspendió a petición conjunta de las partes formulada en audiencia, entre el 5 de marzo y el 2 de mayo de 2014, por un término sumado de 56 días.

El término inicial de seis meses (que vencería el 18 de agosto de 2014) debe calcularse tomando en consideración los 56 días de suspensión del proceso; por consiguiente, el término de vencimiento es el 16 de octubre de 2014. En este orden de ideas, el laudo se profiere en forma oportuna, dentro del plazo establecido por la ley.

2º CONSIDERACIONES

Para decidir, el Tribunal, tratará los siguientes asuntos:

- I. Los presupuestos procesales
- II. La excepción de falta de competencia
- III. La tacha de sospecha
- IV. Las pretensiones
- V. Las costas

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Los “presupuestos procesales”²¹ concurren a plenitud en el proceso.

En efecto, las partes, son plenamente capaces (i), sus apoderados cuentan con poder suficiente para comparecer al proceso (ii); y la competencia del Tribunal está claramente determinada por el pacto arbitral, es competente para juzgar en derecho las diferencias contenidas en la demanda principal, su replicación y excepciones, por concernir a asuntos litigiosos, dudosos e inciertos, susceptibles de disposición, transacción y *stricto sensu* de naturaleza patrimonial, derivados de la celebración y ejecución del Contrato de Suministro No. DIJ-987-, estando plenamente autorizadas en desarrollo del derecho fundamental de acceso a la justicia y su libertad contractual o de contratación, *rectius*, autonomía privada dispositiva, para acudir al arbitraje en procura de la solución de sus controversias contractuales y acordar pacto arbitral en los contratos estatales²² (artículos 116 de la Constitución Política; 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996; 3º de la Ley 1285 de 2009; 3º y 111 de la Ley 446 de 1998, 70 de la Ley 80 de 1993).²³

En idéntico sentido, el Tribunal, juez natural del contrato por expresa disposición constitucional y específica habilitación de las partes, se instaló legalmente, asumió competencia, decretó y practicó pruebas, garantizó en igualdad de condiciones el debido proceso, no observa causa de nulidad en la actuación y el laudo en derecho es oportuno.²⁴

II. LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE COMPETENCIA

Por ineludibles razones, se debe analizar y decidir prioritariamente la excepción de falta de competencia, porque de configurarse, sobrarían otras consideraciones frente a las pretensiones y las restantes excepciones, sin que el examen previo realizado al admitirse la demanda en la audiencia de instalación, ni la reiteración de su competencia en la

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de Agosto de 1954.

²² Corte Constitucional, Sentencias C-059 de 1993; C-544 de 1993, T-538 de 1994; Sentencia T-04 de 1995, C-037 de 1996; T-268 de 1996; C-215 de 1999; C-163 de 1999; SU-091 de 2000, y C-330 de 2000.

²³ Los arts.70 a 72 de la Ley 80 de 1993, 111 a 132 de la Ley 446 de 1998, 111 a 231 del Decreto 1818 de 1988, entre otros, fueron derogados por la Ley 1563 de 2012, art. 118, aplicable sólo “a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia”, el 12 de octubre de 2012, y no a los “en curso... que seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores” (art. 119, *eiusdem*).

²⁴ Presentada la demanda arbitral el 16 de agosto de 2013, el presente trámite se regula por la Ley 1563 de 2012 del 12 de julio de 2012, vigente desde el 12 de octubre de 2012, según su “ARTÍCULO 119. VIGENCIA. “Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia. Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores.”

primera audiencia de trámite, constituyan obstáculo alguno, tanto más cuanto carácter preliminar y preventivo no impide al juzgador volver sobre el tema en su decisión final.

En la audiencia del 18 de febrero de 2014, primera de trámite, se expuso la siguiente, argumentación que mantiene toda su vigencia, porque en las etapas posteriores de la actuación no se presentó circunstancia alguna que pudiera conducir a lo contrario.

“1.- Si se considera que la parte convocada asistió a esa audiencia y se notificó del auto admisorio la demanda sin expresar reparo alguno frente a la competencia del Tribunal, precluyó la oportunidad para discutir la competencia del Tribunal, ante la ejecutoria del auto admisorio.

“2.- Empero, el Estatuto Arbitral previendo la posibilidad, por cierto extraña, de que entre la audiencia de instalación y la primera de trámite, se pudiera dar alguna circunstancia que pusiera de presente la falta de jurisdicción o competencia del Tribunal, prescribe en el artículo 30 que “Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición. Si decidiere que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvención, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos.”

“3.- En atención a lo anterior y no obstante que en este evento no se dan ninguna de las posibilidades advertidas para efectos de reexaminar la competencia del Tribunal, para decidir la petición de la parte convocada y sin comportar pronunciamiento sobre la excepción denominada “Falta de Competencia” interpuesta por ésta en su contestación a la demanda arbitral, el Tribunal reitera que es competente para decidir de fondo el litigio.

“4.- Ciertamente, es evidente la competencia del Tribunal para analizar y decidir el litigio inherente al cumplimiento o incumplimiento del Contrato suscrito por las partes, para determinar si las cantidades discutidas que se suministraron en su ejecución son parte de éste o, en virtud de actos impuestos son extrañas al pacto, bajo la perspectiva de un suministro forzado por acto de autoridad legítima y ajeno al Contrato Suministro No. DIJ 987 del 26 de marzo de 1996, asuntos que son todos propios del fondo del litigio y que ameritan la pertinente decisión en el laudo arbitral.

“5.- Evidencia ostensible de lo anterior lo constituye el segundo escrito presentado por la parte convocada, cuya argumentación es propia del fondo del asunto, como que en buena parte concierne con la sustentación de las excepciones perentorias que presentó oportunamente y dentro de las que, en especial la segunda, tercera y sexta atañen directamente con las circunstancias en que basa la pretendida declaración de incompetencia.

“6.- En conclusión lo que se quiere de la petición a decidir comporta un pronunciamiento de fondo que únicamente es pertinente hacerlo en el laudo, de ahí que se niega la solicitud.

“7.- Por demás, el Tribunal, no se ocupará de la legalidad de acto administrativo alguno, sino de la controversia concreta planteada en torno al contrato de suministro suscrito por las partes.”

En adición a lo anterior, de por sí suficiente para negar la excepción de falta de competencia, se considera lo siguiente:

1.- En particular, se invoca la “*falta de competencia*”, por cuanto, “*solo las materias susceptibles de transacción pueden ser sometidas al conocimiento de un tribunal. La presente controversia no versa sobre asuntos transigibles*”, por obedecer a un suministro sustitutivo del Contrato cuya cláusula compromisoria no habilita a los árbitros para conocer de la controversia planteada en torno al mismo, en la medida que se impuso por actos de autoridad plasmados en actos administrativos del Ministerio de Minas y Energía, la CREG y XM dotados de la presunción de legalidad e impugnables en forma exclusiva ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, los cuales definieron el responsable de pagar el mayor valor de la sustitución ordenada, la forma de liquidar ese mayor valor y la liquidación realizada, la autoridad designada para establecerlo y el pago realizado.

2.- La demanda arbitral pretende que se declare el incumplimiento de la demandada del contrato de Suministro No. DIJ 987 del 26 de marzo de 1996 y, en consecuencia, que se le ordene cumplirlo, a pagar la suma de \$4.386.025.704 o la probada en proceso, con intereses moratorios a la tasa máxima legal y las costas del proceso, en síntesis porque incumplió el pacto.

3.- En este contexto, juzgar si las cantidades suministradas y sumas insolutas reclamadas son parte de la ejecución del Contrato de Suministro No. DIJ 987 del 26 de marzo de 1996, o ajenas al mismo por obedecer a una contratación impuesta o forzada por acto administrativo, y en general, el pronunciamiento a propósito del *petitum* y excepciones interpuestas, es precisamente la cuestión controvertida, por lo cual, la competencia para conocer del fondo del asunto es incontrovertible, pues el cumplimiento o incumplimiento del Contrato y prestaciones consecuenciales, se comprende en el pacto arbitral, versa sobre un asunto patrimonial transigible y es susceptible de disposición.

4.- El Tribunal, como se expresó desde la primera audiencia de trámite, no juzga ni asumió competencia para conocer sobre la legalidad de acto administrativo alguno, aspecto que ciertamente a partir de la Sentencia C-1436 de 2000 pronunciada por la Corte Constitucional, la jurisprudencia del Consejo de Estado, y la Ley 1563 de 2012, está sustraído del pacto arbitral. No acontece así respecto de sus efectos o consecuencias patrimoniales. Por consiguiente, el Tribunal, se ocupa única y exclusivamente de la controversia planteada en torno al contrato de suministro suscrito por las partes, y en particular, de precisar si los actos administrativos o de autoridad que establecieron la sustitución del gas natural por combustible líquido se incorporan al contenido del contrato celebrado entre las partes, son aplicables a éste y gobiernan el cumplimiento de las prestaciones reguladas, y en esa medida determinar, el cumplimiento o incumplimiento pretendido.

Por lo expuesto, no prospera la excepción de falta de competencia cuya declaración se niega y, en tal orden de ideas, es necesario proseguir con el esquema adoptado para desarrollar este laudo arbitral.

III. LA TACHA DE SOSPECHA

La Convocante tachó de sospechosa la declaración rendida por el testigo Eduardo Afanador Iriarte en la audiencia del 4 de marzo de 2014, específicamente por manifestar “que fue en una época consultor de Termoemcali, entonces por esa razón yo tacho de sospechoso el testimonio en ese contexto”.

Disciplina el ordenamiento jurídico la sospecha de testigos cuando en concepto del juez, estén en circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad por parentesco, dependencia, sentimientos o interés con las partes, apoderados, antecedentes personales u otras causas (art. 217 C. de P.C.).

Empece los motivos de sospecha, el testimonio debe apreciarse por el juez de manera más estricta con las demás pruebas y el marco de circunstancias concreto (art. 218 C. de P.C.)²⁵ por cuanto, “la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha”,²⁶ y ésta, “no descalifica de antemano —pues ahora se escucha al sospechoso—, sino que simplemente se mira con cierta aprehensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha, haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después —acaso lo más prominente— halla respaldo en el conjunto probatorio”, de donde, es menester demostrar que “la propia versión testifical no permite concederle, por ningún motivo, credibilidad; en una palabra, demostrar, con la labor crítica inherente, que lo declarado por el testigo, antes que enervar la desconfianza con que se lo mira de comienzo, acabó confirmándolo. Porque, insístase, lo sospechoso no descarta lo veraz”²⁷.

Bajo estas premisas, el juzgador debe recibir las declaraciones, considerar las causas en que se funda la tacha, determinar el grado de convicción del testimonio y, en general,

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Civil, Sentencias de 11 de Febrero de 1979, 30 de Noviembre de 1999. G.J. t. CCLXI. Vol. II, pág. 1231, 19 de Agosto de 1981 y 22 de Febrero de 1984.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Civil, Sentencias de 19 de Septiembre de 2001, Exp. 6624; 26 de Octubre de 2004, Exp 9505 y 28 de Julio de 2005, Exp. 6320.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de Febrero de 1980.

apreciarlo “*de acuerdo con las circunstancias de cada caso*” (Artículo 218 C. de P. C), para precisar si la ocurrencia de alguna de las razones disciplinadas en el ordenamiento, *verbi gratia*, el parentesco, la dependencia, el interés y relaciones con las partes o sus apoderados, afectan la credibilidad o veracidad del testigo.

Debe advertirse la necesidad de apreciar el marco de circunstancias específico, sin que por si mismas la simple presencia de alguna de las causas normativas en el declarante comporte desestimar su credibilidad, siendo preciso que su dicho no corresponda a la verdad de lo declarado, sea por ser contrario a la realidad, sea porque, se expone en forma segada, parcial o carente de objetividad para provocar un yerro en el juzgador.

No encuentra el Tribunal que las relaciones entre el declarante tachado por sospecha, con la parte convocante, de suyo, desestimen el valor de su testimonio, el cual será analizado, valorado y apreciado conforme a las circunstancias concretas con los restantes elementos probatorios decretados y practicados en proceso.

Por lo tanto, se declarará infundada la sospecha.

IV. LAS PRETENSIONES

Las controversias sometidas al Tribunal según la demanda arbitral derivan del Contrato de Suministro DIJ-987 del 26 de marzo de 1997, respecto del cual la parte Convocante pretende se declare el incumplimiento de la Convocada al Contrato de Suministro No. DIJ-987 celebrado el 26 de marzo de 1996, y se le ordene pagar la suma de \$4.376.043.423 o la probada en proceso con sus intereses moratorios a la tasa máxima legal desde la exigibilidad de la obligación hasta la fecha del pago y las costas del proceso (Pretensiones Primera a Cuarta).

En su sentir, la parte demandada incumplió el Contrato de Suministro al dejar de pagar la factura de venta 9.000366402 expedida durante su ejecución el 30 de julio de 2012, la parte convocada que se opone, alega entre otros motivos, el hecho de tratarse de asunto ajeno al Contrato, y por lo tanto, extracontractual, y además el no haberlo incumplido y no deber la suma expresada.

1.1. El Contrato celebrado y su disciplina normativa

Consta en el expediente copia del Contrato DIJ-987, suscrito el 26 de marzo de 1996, entre la EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS y TERMOEMCALI I S.A, la cual “comprará, recibirá y pagará el gas natural con la finalidad de operar una planta termoeléctrica, de aproximadamente 220 MEGAVATIOS netos de capacidad”.

Igualmente el Adicional DIJ-987-AD del 2 mayo de 2001 y los Otrosíes Nos 2 del 10 de diciembre de 2004 y 3 de 309 de junio de 2006, que modifican el contrato.

De sus estipulaciones, se destaca:

- El Contrato se nomina “SUMINISTRO DE GAS NATURAL PARA LA GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN TERMOEMCALI”, y, por su virtud, ECOPETROL S.A., se obligó a suministrar a TERMOEMCALI I, a título de venta gas natural “de conformidad con los términos del presente contrato” y ésta “a comprar, recibir y pagar el gas natural, de conformidad con los términos del presente contrato”. (Cláusula Segunda, Objeto).
- Cuando haya una “imposibilidad en el suministro de gas o cuando se requiera la operación de la planta utilizando simultáneamente gas y diesel, el VENDEDOR utilizará los medios que estén a su alcance para procurar la disponibilidad y entrega del Diesel, en las condiciones establecidas en la Cláusula Cuarta” (Cláusula Segunda, Objeto), en cuyo caso, el COMPRADOR lo solicitará y el VENDEDOR procurará su disponibilidad y las entregas al Distribuidor mayorista seleccionado por aquél en Buenaventura o Yumbo, sujeto a la disponibilidad del bien y medios de transporte, en los volúmenes solicitados para la operación de la planta. El suministro del Diesel se hará mediante contrato de compraventa que celebrará el COMPRADOR con el Distribuidor Mayorista que seleccione, el precio será el fijado por el Ministerio de Minas y Energía en las respectivas resoluciones de Precio, o en su defecto se acordará, siguiendo el procedimiento acordado (Cláusula Cuarta). El anexo B del, describe “LAS ESPECIFICACIONES PARA COMBUSTIBLE DIESEL” como sustituto en los casos de imposibilidad para suministrar gas natural o como combustible para la operación simultánea de gas-diesel de la turbogás.
- ECOPETROL garantizó la disponibilidad de suministro de gas para la venta en el punto de entrega, en las “cantidades diarias de gas en firme” pactadas (Cláusulas Tercera -modificada con Otrosí No.2 del 10 dediciembre de 2004- y Décima Quinta). TERMOEMCALI, consumir y pagar la Cantidad Diaria Mínima estipulada (Cláusula Sexta).
- El plazo se acordó en 16 años a partir de la iniciación que se hará constar en Acta firmada por ambas partes (Cláusula Décima Segunda).
- El contrato, regula puntos de entrega y transferencia de la propiedad, riesgos de pérdida y deterioro (Cláusula Quinta), “Compra Mínima, *Take or Pay*” (Cláusula Sexta), incumplimiento del Vendedor – “*Deliver or Pay*”- (Cláusula Séptima),

Medición y Muestreo (Cláusula Octava), Calidad (Cláusula Novena), Precio (Cláusula Décima), Facturación y Pagos (Cláusula Décima Primera), Garantías (Cláusulas Décima Quinta y Décima Octava), Terminación Anticipada (Cláusula Décima Novena), Ley aplicable (Cláusula Vigésima Tercera), Resolución de Controversias (Cláusula Vigésima Cuarta) y Liquidación (Cláusula Trigésima Primera).

- La Cláusula Vigésima Tercera, Ley Aplicable, remite a la “Ley de la República de Colombia” y dispone que “se regirá, aplicará e interpretará por las partes, árbitros y autoridades judiciales o administrativas, considerando los siguientes criterios y prioridades: (1) La legislación vigente en cuanto aplique a la actividad complementaria de comercialización de gas, interpretada conforme a las cláusulas e intención de las partes en este contrato y (2) las condiciones contenidas en este contrato, a las cuales se dará la mayor aplicación y efecto posible en todos los casos”.

Como se consigna en el Contrato DIJ-987, para la época de su celebración, **TERMOEMCALI I. S.A. E.S.P.** era una sociedad anónima de economía mixta, domiciliada en Cali, regida por las leyes 142 y 143 de 1994 y el derecho privado en materia de contratación. A su vez, **ECOPETROL**, era una Empresa Industrial y Comercial del Estado²⁸, entidad estatal conforme a los artículos 1º y 2º de la Ley 80 de 1983²⁹, a la cual, al tenor del artículo 76 del mismo Estatuto, le serían aplicables sus

²⁸ ECOPEOTROL S.A, es actualmente una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, organizada como sociedad anónima (art. 1º, Ley 1118 del 27 de diciembre de 2006), y “[t]odos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de ECOPEOTROL S.A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa” (art. 6º, ibídem). Sus estatutos sociales se contienen en Escritura Pública 5314 otorgada el 14 de diciembre de 2007 en la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Bogotá, y en sus modificaciones posteriores.

²⁹ Art. 1º. – La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”. “ART. 2º—DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley: 1. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles, y (...)”. . Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 31 de marzo de 2011, Radicación 68001-23-15-000-1997-00942-01(16246), Ponente, Hernán ANDRADE RINCÓN. El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece: “De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación” y, de igual manera, el aparte segundo del artículo 40, estatuye: “Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.” Corte Constitucional, Sentencias C-449 de 1992, C-189 de 1994, C-318 de 1994, C-374 de 1994, C-414 de 1994, C-230 de 1995; C-154 de 1996 C-178 de 1996, C-563 de 1998, C-633 de 1996, C-772 de 1998; C-040 de 2000, C-949 de septiembre 5 de 2001, En

disposiciones en aquellos convenios que no tuvieran como propósito la exploración o explotación de recursos naturales no renovables, o el ejercicio de las actividades industriales o comerciales propias de su objeto.³⁰

Con arreglo al artículo 968 del Código de Comercio, “[e]l suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de la otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”.

Este negocio jurídico, tiene elementos esenciales, la autonomía e independencia de las partes; la pluralidad prestacional sobre cosas o servicios; la periodicidad o continuidad de las prestaciones; y la contraprestación a favor del suministrante o proveedor y a cargo del suministrado o consumidor. De suyo, se caracteriza por la certidumbre de provisión y disponibilidad de bienes o servicios en términos duraderos y estables, sin concernir a una prestación única o aislada, sino a una pluralidad prestacional prolongada en el tiempo, y no se confunde con los contratos de desarrollo y ejecución, como la compraventa o compraventas sucesivas, aisladas o al menudeo.³¹

De conformidad con el artículo 978 del Código de Comercio, “[c]uando la prestación que es objeto del suministro esté regulada por el Gobierno, el precio y las condiciones del contrato se sujetarán a los respectivos reglamentos”, es decir, en este evento la legislación relativa a las prestaciones reguladas se incorpora al contenido del Contrato.

A este propósito, a la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, CREG, corresponde la regulación de las actividades de los sectores de energía y gas combustible en procura de la disponibilidad de una oferta energética eficiente, la libre competencia, la prevención de abusos de posición dominante, la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia y, específicamente, adoptar “reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado”,

el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1293 de diciembre 14 de 2000, Consejero Ponente, Luis Camilo Osorio Isaza, Radicación N° 1.293.

³⁰ La jurisprudencia ha precisado que no es empresa prestadora de servicios públicos porque su objeto social no consiste en su prestación al consumidor ni en el desarrollo de las actividades previstas en la Ley 142 de 1994 como complementarias. Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de 14 de junio de 1995, Ponente, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Expediente No. S-403; Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos de 31 de julio de 1997, Ponente, Javier Henao Hidrón, Rad. 959 y de 16 de diciembre de 1997, Ponente, Augusto Trejos Jaramillo, Rad. 1613.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de abril de 1993, exp.3395: “No resulta exacto que ante un cúmulo de prestaciones y contraprestaciones que se prolongaron en el tiempo, miradas retrospectivamente, se deba concluir, de manera ineludible, en la existencia de un contrato de suministro, pues tampoco cabe perder de vista que el citado artículo 968 califica al suministro como CONTRATO, lo que directamente lleva a la definición general, no solo por la faceta normativa acabada de mencionar, sino también por el acuerdo de las partes en tanto que acto jurídico destinado a la producción de ciertos efectos. Por consiguiente, en su visión panorámica, proveniente de la armonización de esos dos preceptos, se puede decir que hay contrato de suministro cuando por virtud del acuerdo entre las partes, una de ellas se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de la otra, de manera independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”.

determinar el régimen tarifario de regulación o libertad, fijar las tarifas de venta de electricidad y gas combustible, la metodología, la regulación de las tarifas, sus fórmulas, metodología, criterios y según los estudios de costos “establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas” (arts. 73, 74, numeral 74.1, 86, 87, 88, numerales 88.1, 88.2 y 88.3, 90, 125, 126, Ley 142 de 1994).³² Dichas previsiones también se consagran en la Ley 143 del 11 de julio de 1994, respecto de las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad (arts. 4º, 11, 20, 21, 23, 39 ss 42 ss).

En desarrollo de la función regulatoria del sector, las Comisiones de Regulación, profieren actos administrativos³³, bien de contenido general, abstracto e impersonal, ora particular, personal y concreto³⁴ con observancia de los lineamientos singulares disciplinados en la Ley 142 de 1994 y, en lo no previsto, los consagrados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011)³⁵, el cual dispone- a semejanza del anterior Código, art. 66- en sus artículos 88 y 91, que “se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”.

³² Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 25 de febrero de 2003, “(...) el régimen de libertad regulada implica una amplia intervención del Estado que abarca incluso la fijación de las fórmulas con base en las cuales las empresas establecerán las respectivas tarifas. En efecto, sin condiciones eficientes de competencia, las empresas obtienen una posición de ventaja frente a los usuarios debido a la imposibilidad o a las dificultades que experimentan de poder recurrir a otro oferente que les proporcione el servicio en mejores condiciones de calidad o precio. Por ello, el legislador ha previsto que en los casos en los que no haya condiciones eficientes de competencia económica, serán las comisiones de regulación quienes fijen las fórmulas tarifarias a las cuales se sujetará la prestación de los servicios públicos. “4.5.1.3. El artículo 88 citado, prevé una segunda alternativa, según la cual las empresas tendrán libertad para fijar la tarifa “cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta ley” (num. 88.2) o “cuando exista competencia entre proveedores”, de acuerdo con la decisión que de manera periódica adopte la correspondiente comisión de regulación con base en los criterios y definiciones que establece la Ley 142 de 1994 (num. 88.3).”

³³ Corte Constitucional, Sentencias Sentencia 272 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-444 de agosto 26 de 1998, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara; Sentencia C-397 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia SU-1193 de 2000, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra ; Sentencia T-851 de agosto 13 de 2001, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda; Sentencia C-1114 de noviembre 25 de 2003, Jaime Córdoba Triviño; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de septiembre 25 de 1997, Exp. 11057 y de noviembre 10 de 1997, Exp 11977 de noviembre 10 de 1997; Sección Cuarta, Sentencia 9783 de mayo 5 de 2000.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-557 de mayo 31 de 2001, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia C-031 de febrero 2 de 1995, Magistrado Ponente, Dr. Hernando Herrera Vergara; Sentencia C-069 de febrero 23 de 1995, Magistrado Ponente, Dr. Hernando Herrera Vergara; Sentencia C-193 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara; Sentencia C-957 de diciembre 1º de 1999, Magistrado Ponente, Dr. Álvaro Tafur Galvis, Ref.: Expediente D-2413; Sent. C-638 de 2000, Expediente D-2666. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia C-646 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-558 de mayo 31 de 2001: “(...) los artículos 106 a 115 de la ley de servicios establecen los procedimientos administrativos a seguir para dictar actos unilaterales por parte de quienes en forma temporal o permanente revistan la condición de autoridad; es decir, se trata de unas disposiciones referidas tanto a quienes presten servicios públicos domiciliarios como a las autoridades públicas pertenecientes o relacionadas con este sector, v. gr. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, comisiones de regulación, ministerios, etc.”.

y “*Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*”³⁶, estableciéndose así de manera expresa el principio de su obligatoriedad.

De esta manera, las resoluciones de regulación de las prestaciones objeto de un suministro controlado proferidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, **CREG**, por expresa disposición legal son obligatorias y se insertan al contenido de los contratos en curso con estricta sujeción a lo dispuesto en la ley³⁷, carecen de efectos retroactivos en el tiempo, no afectan las situaciones jurídicas consolidadas, consumadas o producidas, y por lo general, desde su vigencia, se aplican de manera inmediata a las prestaciones de futuro cumplimiento³⁸, según lo establecido en los actos regulatorios específicos.

Sobre el particular, el contenido de un negocio jurídico no se circunscribe al conjunto de sus estipulaciones o cláusulas, ni al documento o escrito que los contenga, es un todo homogéneo, unitario, complejo, compuesto e integrado dentro de una visión prospectiva y retrospectiva por el conjunto de sus elementos esenciales (*essentialia negotia*), naturales (*naturalia negotia*) o accidentales (*accidentalialia negotia*), tal como establece el artículo 1501 del Código Civil y a la luz de lo dispuesto por sus artículos 1602 y 1603 y 871 del Código de Comercio, obliga a su cumplimiento de buena fe en todo cuanto le pertenece según su esencia, naturaleza, a lo acordado y a lo que le corresponde según la ley, la costumbre y la equidad.³⁹

³⁶ Corte Constitucional Sentencia C-069 de febrero 23 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara y Corte Suprema de Justicia Sentencia 2066 de junio 20 de 1990. M.P. Fabio Morón Díaz.

³⁷ Es paradigmático el artículo 1339 del c.c. it según el cual “*las cláusulas y los precios de bienes o de servicios impuestos por la ley, de derecho se insertan en el contrato, aún en sustitución de las cláusulas diferentes convenidas por las partes*”.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2001, anotando: “*(...) cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aun no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos*”. En el mismo sentido, Sentencias C-014 de 1993, C-177 de 1994, C-529 de 1994, C-168 de 1995, C-402 de 1998, C-335 de 1999, C-926 de 2000.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01: “[...] a los criterios hermenéuticos consagrados en la disciplina del contrato, *naturaliter* se incorpora *ex interpretatione* la disciplina específica de la autonomía privada y libertad de contratación, para obtener conformemente a los principios explicativos, directrices y fundantes del acto y, más concretamente a los generales del ordenamiento la relevancia de la “*reciproca intención de las partes*”, permeable a evidentes cambios culturales, sociales, económicos, tecnológicos y científicos en atención a sus intereses convergentes, sin reducirla a una simple *quaestio voluntatis*, cognoscitiva, reconstructiva o asentiva, tanto más cuanto que el juzgador en su función de interpretar el negocio jurídico, o sea, de determinar el sentido jurídicamente relevante de la *specie juris*, precisa su alcance y su eficacia *in concreto*”.

El Estado puede establecer un contenido legalmente impuesto, por *ius cogens*, orden público nacional o internacional, social, económico o político, expreso, textual o virtual⁴⁰, moralidad, ética colectiva o buenas costumbres⁴¹, ‘intervencionismo’, ‘dirigismo’, ‘orientación’, ‘economía controlada’⁴², ‘coordinada’, ‘racionalizada’, ‘planificada’, ‘vinculista’, ‘programática’⁴³ o ‘regulación’ de determinados sectores con sentido tutelar o director de las relaciones jurídicas, por factores sociales (‘Estado Providencia’, proteccionismo social, derecho del consumo), económicos (política deflacionista, derecho de la empresa y de la competencia) o de interés general, donde el contenido del negocio jurídico, se especifica y completa *per relationem*, “en vista de un factor extrínseco a él”⁴⁴, mediante normas imperativas, por ley, acto administrativo, decreto o resolución, bien por motivos de naturaleza política, dirección de la economía, ética colectiva o tutela de ciertos sectores. En esta eventualidad, el contenido se impone a las partes, se inserta e incorpora al acto imperativamente y los particulares carecen de la posibilidad de modificarlo, excluirlo o alterarlo.

Por lo expuesto, los actos expedidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, **CREG**, dentro del marco regulatorio de su competencia, son actos administrativos dotados de sus características y efectos, amparados por la presunción de legalidad, sujetos al principio de legalidad y al control jurisdiccional del contencioso administrativo⁴⁵, obligatorios y oponibles a partir de su publicación o notificación, según se trate de un acto de carácter general, impersonal y abstracto⁴⁶, o de un acto de carácter particular, personal y concreto⁴⁷ y, por lo común, se aplican desde su vigencia a las situaciones y relaciones jurídicas que acontezcan desde su entrada en vigor (“*ex tunc*”), en particular en lo relativo a las prestaciones reguladas (art. 988 del C. de Co), sin afectar ni regular las precedentes, salvo disposición constitucional o legal expresa en contrario.⁴⁸

⁴⁰ G.B. FERRI, *Ordine pubblico, diritto privato*, EdD, XXX, Milano, 1980, pág. 1051 ss.; A. VON THUR, *Teoría General del derecho civil alemán*, Trad. R. Ravá, I, 1, Buenos aires, 1946, pág. 50 ss.

⁴¹ C. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, Paris, 1996, pág. 78 ss.; J. CARBONNIER, *Théorie des obligations*, Paris, 1963, pág. 154 ss.

⁴² J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, Paris, 1996, pág. 182-192.

⁴³ F. MESSINEO., *Doctrina general del contrato*, T.I, trad esp. R.O. FONTANARROSA-S.SENTIS MELENDO-M.VOLTERRA., Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, pág. 8 ss.

⁴⁴R. SCOGNAMIGLIO, *Teoría General del Contrato*, Trad. F. Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1971, pág. 180 ss.

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-426 de mayo 29 de 2002, Magistrado Ponente, Rodrigo Escobar Gil y Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de 4 de marzo de 2003, Consejero Ponente: Manuel S. Urueta Ayola, Ref.: Exp. 30.

⁴⁶ Arts. 209, Constitución Política; artículo 65 CPACA, artículo 119 de la Ley 489 de 1998.

⁴⁷ Cfr. Artículos 44 del Decreto 01 de 1984 (CCA),-anterior Código- arts. 66 y 72 de la Ley 1437 de 2011 .”

⁴⁸ Cfr. Arts. 7º y 9º de la Resolución CREG 063 de 25 de noviembre de 1999, por la cual se establecen sus estatutos y reglamento interno, aprobada por Decreto 2461 de diciembre 8 de 1999, modificada por Resolución 070 de 2005 aprobada por Decreto 2155 de 2995, En concepto 1029 del 17 de junio de 1999, la CREG, en punto de los efectos en el tiempo de sus resoluciones, anotó: “...a menos de que exista una autorización expresa del legislador, las resoluciones de carácter general que se expidan se aplican hacia el futuro, a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, como lo expresa el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo.”

En suma, el DIJ-987 es, por sus elementos esenciales y ejecución práctica, un contrato de suministro entre partes autónomas e independientes, con pluralidad de prestaciones relativas a la venta de gas y, de manera excepcional, combustible líquido- diesel-, y pago de su precio (contraprestación) durante todo el plazo, regido, en lo específicamente aplicable por las normas prevalentes especiales de la contratación estatal, las atañederas al régimen regulado de las prestaciones y el Derecho Privado, en particular, el Código de Comercio.

Es, de acuerdo con su contenido, un contrato de suministro en firme o que garantiza firmeza.⁴⁹

1.2. El racionamiento programado de gas natural y su sustitución por combustible líquido

Estando en ejecución el Contrato de Suministro DIJ-987, por Resolución No. 18 1654 del 29 de septiembre de 2009, el Ministerio de Minas y Energía, declaró el inicio de un Racionamiento Programado de Gas Natural y, conforme al orden de prioridad dispuesto en el artículo 2 del Decreto 880 de 2007, fijó el orden de atención entre los agentes que tengan el mismo nivel de prioridad.

La Resolución No. 18 1686 del 2 de octubre de 2009 adicionó dentro de las medidas para garantizar la disponibilidad del servicio público domiciliario de gas natural, la sustitución por combustibles líquidos del gas natural contratado en firme por los Productores-Comercializadores con los generadores térmicos, en los casos en que las

⁴⁹ Según la Resolución CREG 070 del 3 de octubre de 2006, el servicio de suministro de gas en firme o que garantiza firmeza, es “el que un Agente garantiza mediante un contrato escrito el suministro de un volumen máximo de gas natural sin interrupciones durante un período determinado, excepto en los días establecidos para mantenimiento y labores programadas” (art. 1º), el contrato “Pague lo Contratado o “Take Or Pay”, es un “*Contrato bilateral, escrito y a término, en el cual el comprador se compromete a pagar un porcentaje (% de ToP) del gas contratado, independientemente de que éste sea consumido. El vendedor se compromete a tener a disposición del comprador el 100% de la cantidad contratada. El precio del gas por todo concepto que se establezca para esta modalidad contractual, deberá estar relacionado de manera inversa al Porcentaje de Take or Pay (% de ToP), o cantidad de gas que se comprometa, independiente del consumo. En esta modalidad contractual se ofrece un Servicio de Suministro en Firme o que Garantiza Firmeza. El comprador tendrá el derecho a utilizar el gas pagado y no tomado, durante los doce (12) meses siguientes al pago del gas no tomado, en el Punto de Entrega definido contractualmente. Para el efecto, el vendedor podrá cubrir la obligación de entrega con gas propio o con gas proveniente de terceros, asumiendo en todo caso el costo del transporte adicional que se requiera. **Parágrafo 1.** Las obligaciones de tomar o pagar el gas por parte del comprador, en un Contrato “Take or Pay”, se liquidarán sobre una base mensual de cantidades promedio diarias. **Parágrafo 2.** En la modalidad contractual Pague lo Contratado o Take or Pay con suministro proveniente de campos cuyo precio en boca de pozo se encuentre regulado, el precio acordado deberá ser menor o igual que el Precio Máximo Regulado de que trata la Resolución CREG 119 de 2005 o aquellas que la sustituyan, modifiquen o aclaren”, y establece en su artículo 6º, el respaldo físico de los servicios de suministro en firme por el VENDEDOR con la disponibilidad de las reservas y capacidad de producción suficientes para su cumplimiento. Los Decretos 2687 y 4670 de 2008, modificados por el Decreto 1514 de 2010 y 2100 de 2011, tratan también de la producción comprometida de un productor-comercializador de gas natural mediante contratos de suministro en firme.*

plantas sean duales y dicha sustitución sea factible. El artículo 2, modificado por el artículo 1o. de la Resolución No. 18 1846 de octubre 19 de 2009, dispuso:

“ARTÍCULO 2. *Los Productores-Comercializadores de gas natural darán cumplimiento a los Contratos que Garantizan Firmeza de suministro con las plantas termoeléctricas, entregando gas natural, o sustituyendo éste por combustibles líquidos, en los casos en que las plantas sean duales y dicha sustitución sea factible.*

PARÁGRAFO 1. *Las cantidades de gas natural que los Productores Comercializadores sustituyan serán aquellas que se requieran para atender los Contratos a que se refiere este artículo y la Demanda de Gas Natural Remanente.*

PARÁGRAFO 2. *Los Productores – Comercializadores de gas natural aplicarán, como precio de suministro de los combustibles líquidos, el mismo precio por unidad de energía pactado en los contratos de suministro de gas natural.*

PARÁGRAFO 3. *Los Productores – Comercializadores de gas natural pondrán a disposición de los Agentes que participan de la Demanda de Gas Natural Remanente, el gas natural liberado por efecto de la sustitución, en las mismas condiciones de precio pactadas en los contratos suscritos con los Agentes Termoeléctricos con tecnología de generación dual, que hayan sido sujetos de la sustitución, adicionando el cargo que defina la CREG conforme al artículo 3 de la Resolución 18 1686 del 2 de octubre de 2009”.*

PARÁGRAFO 4. *Los Agentes Termoeléctricos con tecnología de generación dual que hayan sido sujetos de la sustitución, pondrán a disposición de los Agentes que adquieran de los Productores – Comercializadores de gas natural el gas natural liberado, la capacidad de transporte asociada con la respectiva nominación, en los mismos términos económicos que les daba derecho sobre la misma.”*

PARÁGRAFO 5. (adicionado por Res. MME 18-1739) *Se entenderá que la sustitución de gas natural por combustibles líquidos es factible, cuando el Productor-Comercializador no enfrente situaciones de fuerza mayor para el suministro. No podrán invocarse condiciones técnicas u operativas de las plantas termoeléctricas duales, para no efectuar la sustitución de gas natural por combustibles líquidos.”*

Por cuanto el valor del combustible líquido es superior al del gas y su sustitución por éste para efectos de la generación de energía comporta un costo mayor para los productores comercializadores que deben suministrarlo, el artículo 3º de la Resolución No. 18 1686 del 2 de octubre de 2009, modificado por el artículo 2 de la Resolución No. 18 1846 de octubre 19 de 2009, estableció:

“El mayor costo en que incurran los Productores-Comercializadores de gas natural por concepto del suministro y transporte de los combustibles líquidos que entrarían a sustituir gas natural, será reconocido a estos productores. Para tal efecto, la CREG definirá las modificaciones a que haya lugar en el costo de prestación del servicio, ocasionadas por dicha sustitución”.

Para cumplir lo anterior, la CREG expidió la Resolución 136 del 30 de octubre de 2009, modificada por la Resolución 041 del 16 de marzo de 2010, y dispuso:

- a) El cálculo diario por el Centro Nacional de Despacho –CND- de las cantidades de gas natural sustituidas para “atender los contratos a que se refiere el artículo 2 de la Resolución 18 1686, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, y la demanda de gas natural remanente” (art. 1º).
- b) La fórmula y los factores del valor a reconocer a cada Productor-Comercializador por las cantidades sustituidas diariamente (art. 2º), así como del costo total unitario calculado diariamente por el Centro Nacional de Despacho –CND-. (artículo 3º)⁵⁰:
- c) La definición de la demanda de gas beneficiada con la sustitución:

“Parágrafo: La demanda de gas beneficiada con la sustitución de gas natural por combustibles líquidos corresponderá a la demanda de todos los remitentes que hacen uso del tramo de gasoducto Ballena – Barrancabermeja, y demás tramos de gasoductos del interior del país que están interconectados, así como de los gasoductos que se derivan de estos tramos. No se incluyen los gasoductos aislados o que no tienen conexión con los anteriores gasoductos”.

- d) El deber de los Productores-Comercializadores “que atiendan la demanda”, “asociada a la parte del Sistema Nacional de Transporte de gas natural –SNT- donde se ubican los puntos de salida de la demanda de gas beneficiada con la sustitución” de adicionar al precio del suministro de gas el costo unitario total de las cantidades de gas natural sustituidas, y cobrarlo “a sus compradores en la factura del servicio según el período de facturación utilizado” (art. 4º).
- e) La asignación por el Centro Nacional de Despacho –CND- del valor “que debe trasladar cada Productor-comercializador que atienda la demanda D_j a los Productores-comercializadores beneficiarios” (art. 5º).
- f) El traslado al Productor-Comercializador Beneficiario del recaudo de los ingresos resultantes del costo unitario de la sustitución por los Productores- Comercializadores que atienden la demanda dentro de los cinco días hábiles a la fecha del recaudo que será la misma de su facturación (Art. 5º, Parágrafo 1).
- g) La definición de Productor-Comercializador Beneficiario:

“Artículo 5. Asignación de los ingresos por el costo de la sustitución.

[...]

“Parágrafo 2. Entiéndase por Productor-Comercializador beneficiario como aquel que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 2 de la Resolución No. 18 1686 del 2 de octubre

⁵⁰ El artículo 1º de la Resolución CREG 041 de 2010, modificó el artículo 3 de la Resolución CREG 136 de 2009

de 2009, modificado por la Resolución No. 18 1846 de 2009, ha cumplido los contratos que Garantizan Firmeza de suministro con las plantas termoeléctricas, sustituyendo gas natural por combustibles líquidos y que conforme con el artículo 3 de la misma resolución, tiene derecho a que se le reconozca el mayor costo en que incurrió.

La Resolución CREG 041-2010, modificó los artículos 3º a 5º de la Resolución 136 de 2009. En general, reiteró el cobro y recaudo del costo de sustitución por los Productores-Comercializadores *“que atiendan la demanda de gas beneficiada con la sustitución de gas natural por combustibles líquidos deberán cobrar y recaudar, **mediante un incremento en el precio del gas**, los costos ocasionados por la sustitución de gas para garantizar la disponibilidad del servicio público domiciliario de gas natural”*, indicando los factores y fórmula de cálculo (Art. 2º), la definición de la demanda beneficiada con la sustitución de gas natural por combustibles líquidos (Id, párrafo 2º) y del Productor Comercializador beneficiario (art. 3º, Parágrafo 2º), la asignación por el CND del “valor en pesos, *que debe trasladar cada Productor-comercializador que atienda demanda de gas beneficiada con la sustitución de gas natural por combustibles líquidos a los Productores-comercializadores beneficiarios”* y la fecha de traslado (art. 3º).

Posteriormente, para ajustar las diferencias de costos en las cantidades de gas sustituidas por combustibles líquidos en la generación de energía con plantas, la Resolución CREG 165 del 2 de diciembre de 2010, estableció:

“Artículo 1. Ajustes a la facturación realizada durante el período de sustitución de gas por combustibles líquidos. *El ASIC podrá realizar ajustes a la facturación resultado de las transacciones de energía relacionadas con la sustitución de gas natural por combustibles líquidos, ordenada por la Resolución No. 18 1686 de 2009 expedida por el Ministerio de Minas y Energía, para lo cual no se aplicará el plazo máximo señalado en el artículo 10 de la Resolución CREG 084 de 2007.*

“Artículo 2. Traslado de las diferencias en el costo de restricciones producto de los ajustes en la facturación. *Las diferencias en el costo de restricciones producto de los ajustes en la facturación de que trata esta resolución se asignará a la demanda en partes iguales en los tres meses siguientes a la realización del ajuste.”.*

En este caso la demanda a la que se refiere el artículo 2o. transcrito es la demanda de energía eléctrica, y es a raíz del cálculo que XM como administrador del ASIC hizo de los ajustes que comportó el cálculo de la sustitución de gas natural por combustible líquido que suministró Ecopetrol a la convocada y a las diferencias que ese cálculo arroja con relación a lo realmente suministrado a juicio de Ecopetrol, que se debe este proceso.

1.3. **El caso concreto**

Dentro del marco regulatorio reseñado, y durante la ejecución del Contrato DIJ-987, el 4 de octubre de 2009 **ECOPETROL S.A.** expresó a **TERMOEMCALI I S.A.**, mediante comunicación que obra a folios 49 y 50 del cuaderno de pruebas No.1:

“Como es de su conocimiento el pasado 29 de septiembre el Ministerio de Minas y Energía expidió la Resolución Número 18-1654, la cual fue adicionada por la Resolución Número 18-1686 del 2 de octubre de 2009, en virtud de las cuales se declaró el inicio de un racionamiento programado de gas natural, en todo el territorio colombiano hasta que el Ministerio de Minas y Energía declare el cese del mismo.

“En el Artículo 2 de la Resolución 18-1686, se estipula que “Los Productores-Comercializadores de gas natural darán cumplimiento a los Contratos que Garantizan Firmeza de suministro con las plantas termoeléctricas, entregando gas natural, o sustituyendo éste por combustibles líquidos, en los casos en que las plantas sean duales y dicha sustitución sea factible”

“Teniendo en cuenta las limitaciones en la entrega de gas que se vienen presentado en el Punto de Entrega de Barrancabermeja pactado en nuestro contrato de suministro, **y en cumplimiento del Artículo 2º, citado anteriormente, le informamos que ECOPETROL se encuentra en disposición de sustituir la entrega de gas natural con la entrega del combustible líquido** que pueda consumir su planta de generación con sujeción a las limitaciones de diversa índole entre las que están la logística y la atención a la demanda nacional de combustibles”.

“Adicionalmente, considerando que la logística para la entrega de combustibles líquidos es diferente de la requerida para el suministro de gas natural, **se requiere que acordemos las diferentes condiciones para el suministro del combustible líquido....**” (Subrayas ajenas al texto)

TERMOEMCALI contestó con su comunicación GTE-5088/09 del 6 de octubre de 2009 (folio 76 del cuaderno de pruebas No.1), manifestando su interés de recibir “Fuel Oil No. 2 (ACPM.Diesel)” “en virtud de lo definido en el Artículo 2 de la Resolución MME 16-1686 y de ser posible toda la capacidad contratada”, informa “las condiciones para la logística de entrega” y **ECOPETROL** en correo del 10 de octubre de 2009, 8:25 PM. adjunta “las condiciones que se ofrecerían para entregar combustible líquido en lugar de gas”, anotando “que estas condiciones no tienen nada que ver ni hacen alusión a los temas de líquidos que disponga el contrato, sino que se entregarían en virtud de lo dispuesto en las resoluciones MME-18-1654, 18-1686 y 18-1739 y las condiciones de este documento”, en cuya respuesta electrónica del 10 de octubre de 2009, 9:48 PM “acepta las condiciones expresadas en su comunicación, en relación con el suministro de Diesel corriente a cambio de los 16.000 MBTUD de Cusiana al precio del contrato y entregado en planta y con las condiciones abajo mencionadas” .

Posteriormente, **ECOPETROL S.A.** en comunicación 2-2009-46565 del 12 de octubre de 2009 (folio 77 del cuaderno de pruebas No.1), expresó a **TERMOEMCALI**:

“Para efectos de formalizar lo acordado el pasado 10 de Octubre mediante correos electrónicos, dando cumplimiento a lo establecido en las Resoluciones 18-1686 del 2 de Octubre de 2009 y 18-1739 del 7 de Octubre de 2009 que adicionaron la Resolución 18-1654 del 29 de septiembre de 2009, expedidas por el Ministerio de Minas y energía, **les reiteramos que Ecopetrol S.A. dará cumplimiento al Contrato DIJ-987, entregando gas natural o sustituyendo éste por combustibles líquidos, en los casos en que sea factible. Lo**

anterior con sujeción a las limitaciones de diversa índole, de acuerdo al Artículo 10 de la Resolución 18-1739 de 2009.

Las condiciones acordadas en el caso que el suministro se dé con Combustible Líquido son las siguientes:

1. Precio: De acuerdo al párrafo 2 del artículo 2 de la Resolución Número 1816686 de 2009 y teniendo en cuenta el artículo 4 de la misma, el precio del combustible líquido será el mismo precio por unidad de energía estipulado en la Cláusula Décima-Precio del Contrato.

(...)

4.- Demás Condiciones Comerciales. Serán las del Contrato vigente DIJ-987, excluyendo lo allí estipulado en cuanto a combustible Diesel, que se regulará con lo establecido en la Resolución 18-686 del Ministerio de Minas y energía” (Subrayas ajenas al texto)

Después, en comunicación del 4 de noviembre de 2009 (folios 51 y 52 del cuaderno de pruebas No. 1), reiteró:

“Para seguir dando cumplimiento a lo establecido en las Resoluciones 18-1686 del 2 de Octubre de 2009 y 18-1739 del 7 de Octubre de 2009 que adicionaron la Resolución 18-1654 del 29 de septiembre de 2009, expedidas por el Ministerio de Minas y energía, **les reiteramos que Ecopetrol S.A. dará cumplimiento al Contrato DIJ-987**, entregando gas natural o sustituyendo éste por combustibles líquidos, en los casos en que sea factible. Lo anterior con sujeción a las limitaciones de diversa índole, de acuerdo al Artículo 10 de la Resolución 18-1739 de 2009.

Las condiciones en el caso que el suministro se dé con Combustible Líquido son las siguientes:

1. **Combustible Líquido.** Diesel Corriente.
2. **Uso del Combustible Líquido.** Exclusivo para generación de energía eléctrica de la planta Termoemcali I localizada en el área de Palmira (Valle del Cauca).
3. **Precio:** De acuerdo al párrafo 2 del artículo 2 de la Resolución Número 1816686 de 2009 y teniendo en cuenta el artículo 4 de la misma, el precio del combustible líquido será el mismo precio por unidad de energía estipulado en la Cláusula Décima-Precio del Contrato.
4. **Vigencia:** Las condiciones aquí estipuladas estarán vigentes hasta la duración del Racionamiento Programado de Gas Natural establecido en la Resolución 18-1654 de Noviembre de 2009 y sus modificaciones.
5. **Cantidad.** Hasta 16000 MBTU/día en su equivalente a galones, los cuales serán convertidos a unidades de volumen (galones) utilizando como referencia el poder calorífico de 0.138 MBTU/Galón o el que para su efecto actualice Ecopetrol S.A.
6. **Inventario de Combustible Líquido en los tanques de almacenamiento de TERMOEMCALI I.**
7. Demás condiciones Operativas para la entrega del Combustible Líquido: Las que se han venido informando y acordando con ustedes.
8. Demás Condiciones Comerciales. Serán las del Contrato vigente DIJ-987, excluyendo lo allí estipulado en cuanto a combustible Diesel, que se regulará con lo establecido en la Resolución 18-686 del Ministerio de Minas y energía “[...] (Subrayas ajenas al texto)

TERMOEMCALI según comunicación GTE-S7179/09 de noviembre 6 de 2009 (folio 79 del cuaderno de pruebas No. 1), comunicó a **ECOPETROL** que “acepta las condiciones

expresadas en su comunicación de noviembre 4 de 2009, para la entrega de Diesel corriente”.

Del régimen regulado, las comunicaciones citadas, y el Contrato, para el Tribunal es evidente que la sustitución del gas natural por combustible líquido se efectuó **durante la ejecución y para cumplir el Contrato de Suministro DIJ-987**, sin que las referencias a las Resoluciones 18-1654 del 29 de septiembre y 18-1686 del 2 de Octubre de 2009 expedidas por el Ministerio de Minas y Energía, o la exclusión de lo estipulado sobre combustible Diesel “que se regulará con lo establecido en la Resolución 18-686 del Ministerio de Minas y energía”, infirmen esta conclusión.

En efecto, el Contrato de Suministro DIJ-987, Cláusulas Segunda y Cuarta, prevé la posibilidad de suministrar gas natural y combustible líquido en determinadas condiciones y según el procedimiento acordado cuando sea imposible el suministro de gas o cuando se requiera la operación de la planta utilizando simultáneamente gas y diesel, en cuyo caso, el precio será el fijado por el Ministerio de Minas y Energía en las respectivas resoluciones de Precio, o en su defecto se acordará, y el COMPRADOR, celebrará un contrato de compraventa con el distribuidor mayorista seleccionado. Tratase de una situación que puede presentarse durante la ejecución del contrato con un régimen contractual específico o concreto.

Por fuera de esta hipótesis, con absoluta claridad y precisión el artículo 2º de la Resolución No. 18 1686 del 2 de octubre de 2009, modificado por el artículo 1º de la Resolución No. 18 1846 de octubre 19 de 2009, del Ministerio de Minas y Energía, estableció que los Productores-Comercializadores de gas natural como **ECOPETROL S.A.**, **“darán cumplimiento a los Contratos que Garantizan Firmeza de suministro con las plantas termoeléctricas”**, como **TERMOEMCALI I. S.A. E.S.P.-**, “entregando gas natural o sustituyendo éste por combustibles líquidos, en los casos en que las plantas sean duales y dicha sustitución sea factible” (Subrayas ajenas al texto).

Desde esta perspectiva, las condiciones específicas para el suministro simultáneo o de reemplazo de combustible líquido acordadas en el Contrato DIJ-987 no aplican para el suministro de combustible líquido en sustitución del gas natural a causa del Racionamiento Programado de Gas, sino las del régimen regulatorio contenido en las ya reseñadas Resoluciones expedidas por el Ministerio de Minas y Energía y la CREG, las cuales se incorporan a su contenido y en lo pertinente disciplinan las prestaciones de futuro cumplimiento relacionadas con esta situación y mientras perdure la misma. Empero, esto no significa que el suministro se efectúe al margen del Contrato, pues los actos regulatorios no permiten esa conclusión, y al tenor del artículo 978 del C. de Co., *“[c]uando la prestación que es objeto del suministro esté regulada por el Gobierno, el precio y las condiciones del contrato se sujetarán a los respectivos reglamentos”*. Por el

contrario, los actos sin duda alguna, establecen que esos contratos de suministro en firme o con garantía de firmeza, pueden cumplirse mediante la sustitución del suministro de gas natural por combustible líquido, y por lo tanto, esta sustitución se hace para dar cumplimiento al Contrato celebrado, sin que pueda entenderse aislada, extraña o ajena a su ejecución.

En consecuencia, para el Tribunal, es incontrovertible que los contratos con garantía de firmeza del suministro entre los Productores-Comercializadores de gas natural como **ECOPETROL S.A.** y las plantas termoeléctricas como **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P.**, dentro del marco regulatorio del Racionamiento Programado y la regulación del Gobierno de la prestación objeto del suministro, serían cumplidos por los productores entregado gas natural o sustituyéndolo por combustibles líquidos cuando las plantas fueran duales y la sustitución factible, y el precio sería el mismo por unidad de energía acordado en dichos contratos.

El precio del suministro de combustible líquido es, al tenor del artículo 2º de la Resolución No. 18 1686 del 2 de octubre de 2009, modificado por el artículo 1º, **“el mismo precio por unidad de energía pactado en los contratos de suministro de gas natural”**. (Subrayas ajenas al texto).

El mayor costo en que incurran los Productores-Comercializadores de gas natural por el suministro y transporte de combustibles líquidos en sustitución de aquél, le será reconocido (artículo 3º de la Resolución No. 18 1686 del 2 de octubre de 2009, modificado por el artículo 2 de la Resolución No. 18 1846 de octubre 19 de 2009), en los términos, bajo las condiciones y según el procedimiento consagrado en las Resoluciones CREG 136 de 2009 y 041 de 2010 y, conforme a la resolución 165 del 2010, también lo serían los ajustes a los que se refiere la mencionada resolución.

De acuerdo con estas Resoluciones, los Productores-Comercializadores de gas que atienden la demanda asociada a la parte del Sistema Nacional de Transporte de gas natural –SNT- donde se ubican los puntos de salida de la demanda de gas beneficiada con la sustitución, definida según las resoluciones 136 y deben adicionar al precio del suministro de gas el costo unitario total de las cantidades de gas natural sustituidas, cobrarlo *“a sus compradores en la factura del servicio según el período de facturación utilizado”*, *“deberán cobrar y recaudar, **mediante un incremento en el precio del gas**, los costos ocasionados por la sustitución de gas para garantizar la disponibilidad del servicio público domiciliario de gas natural”*), y trasladarlo dentro del término legal al Productor-Comercializador Beneficiario, o sea, al *“que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 2 de la Resolución No. 18 1686 del 2 de octubre de 2009, modificado por la Resolución No. 18 1846 de 2009, ha cumplido los contratos que Garantizan Firmeza de suministro con las plantas termoeléctricas, sustituyendo gas natural por combustibles líquidos y que*

conforme con el artículo 3 de la misma resolución, tiene derecho a que se le reconozca el mayor costo en que incurrió” (Subrayas ajenas al texto).

Posteriormente, la Resolución 165 y con referencia a los ajustes a los que haya podido dar lugar el cálculo de los costos de la sustitución, dispuso que su costo correría por cuenta de la demanda de energía, en los mismos términos.

El ASIC, en efecto quedó facultado para realizar ajustes a la facturación resultante de las transacciones de energía, y las “diferencias en el costo de restricciones producto de los ajustes en la facturación de que trata esta resolución se asignará a la demanda en partes iguales en los tres meses siguientes a la realización del ajuste.”. (Resolución CREG 165 del 2 de diciembre de 2010).

Por lo tanto, las prestaciones futuras reguladas de los contratos celebrados por los productores-comercializadores de gas natural que Garantizan Firmeza de suministro con las plantas termoeléctricas y en ejecución al instante de la declaración del racionamiento programado de gas y durante su vigencia, como el Contrato DIJ-987, se cumplen en los términos establecidos por la autoridad reguladora, en este caso, el Ministerio de Minas y Energía y la CREG, la cual dispone concretamente que ese cumplimiento se realice suministrando el gas o sustituyéndolo por combustible líquido cuyo precio será exactamente el mismo pactado en el Contrato para el gas natural y, el mayor costo derivado de la sustitución del gas por combustible líquido, será reconocido al productor –comercializador que lo suministra, por la demanda, o sea por los usuarios finales del servicio de gas o de energía (en el caso de los ajustes a los que se refiere la Resolución 165) y mediante un incremento del precio con los costos ocasionados con la sustitución, cuyo valor asignará el Centro Nacional de Despacho –CND-, será facturado y recaudado por quien presta el servicio y “trasladado” a quien hace el suministro en las oportunidades legales.

Ahora, según la demanda **ECOPETROL S.A.** suministró a **TERMOEMCALI** Diesel en cantidad de 16.000 MBTU a un costo de \$42.304.140.492 que trasladó y cobró a sus clientes, le pagó \$37.938.137.723,00 y quedó un saldo por \$ 4.386.025.704 plasmado en la factura de venta 9.000366402 de 30 de julio de 2012.

Sobre este punto concreto, constan en el expediente las siguientes pruebas:

- a) La factura de venta 9000366402 del 30 de julio de 2012 en “DESCRIPCIÓN” consigna “RECOBRO TERMICAS PRODUCTO” y en “OBSERVACIONES “Saldo pendiente por entrega de Diesel según Resolución CREG 195 de 2010” que correspondería a la diferencia del mayor costo del combustible líquido-Diesel por sustitución del gas natural.

Los cuadros anexos indican entre octubre de 2009 y julio de 2010 las cantidades mensuales suministradas por ECOPETROL S.A a TERMOEMCALI de gas en MBTU y Diesel en galones, discriminan las efectuadas “Con Sustitución Fenómeno del Niño”, “Con Sustitución motivo de resolución CREG 165-10” y “Sin Sustitución motivo de resolución CREG 165-10”, totalizan 12.207.695 galones de Diesel facturados a Precios de Gas y 8.114.175 galones a facturar a precios de Diesel, especificando de estos últimos sus cantidades y valores mensuales para un total de \$50.243.416.007,39, liquidan en 1.121.909 galones la cantidad de combustible sin sustitución facturado y pagado a precio de gas por un monto total de \$3.903.906.507,57.

El resumen señala:

MES	Total Liquidación del Diesel No Sustitución	Total Facturado y Pagado a Precio de Gas	Valor a reconocer por suministro en Pesos
oct-09	\$ 4.147.597.080	\$ 445.564.178	3.702.032.902
nov-09	\$ 3.130.556.648	\$ 422.608.161	2.707.948.487
dic-09	\$ 14.679.407.360	\$ 778.816.532	13.900.590.828
ene-10	\$ 982.707.728	\$ 348.572.848	634.134.880
feb-10	\$ 13.278.989.169	\$ 765.027.794	12.513.961.374
mar-10	\$ 5.935.791.398	\$ 718.069.704	5.217.721.694
abr-10	\$ 7.687.460.555	\$ 425.247.291	7.262.213.264
jul-10	\$ 400.906.070	\$ 0	400.906.070
TOTALES	\$ 50.243.416.007	\$ 3.903.906.508	46.339.509.500

Abril 30 de 2010	\$ 4.025.346.073
-------------------------	-------------------------

Valor publicado por XM (Sin indexación)	\$ 37.928.137.723
--	--------------------------

Valor Factura Liquidado (Sin indexación)	\$ 4.386.025.704
---	-------------------------

- b) La comunicación dirigida el 8 de marzo de 2011 por ECOPETROL S.A. al Director de Transacciones del Mercado de XM, “Asunto: Implementación Resolución CREG 165-2010”, en la cual manifiesta;

“Según la Resolución CREG 165 de 2010, durante el período en que se realizó la sustitución de gas natural por combustibles líquidos, se liquidaron y facturaron transacciones de energía para las que después se conoció, por parte del ASIC, información relevante que habría variado el resultado de las mismas de haberse conocido oportunamente. Por tanto se consideró necesario o realizar a la mayor brevedad posible los ajustes a la facturación. Resultado de las transacciones de energía relacionadas con la sustitución de gas natural por combustibles líquidos [...]

Para lo anterior, Ecopetrol y Termoemcali desde el pasado mes de enero han venido enviando a XM para su revisión y liquidación, información relativa a los volúmenes

de sustitución, teniendo en cuenta los destinos de la generación (mercado doméstico y exportación).

Una vez revisadas las cifras por XM, el pasado 23 de febrero fuimos informados que las nuevas cantidades de sustitución a Termoemcali son 465.948 MBTUD, frente a 1.687.857 calculadas antes de la expedición de la resolución CREG 165 de 2010

Con las cifras de sustitución de Termoemcali definidas, exponemos a continuación los pasos a seguir que se han acordado [...] para implementar completamente la resolución CREG 165 de 2010.

1. Termoemcali debe confirmar a XM los costos variables [...]
2. Considerando las nuevas cifras de combustible entregado por sustitución a Termoemcali, los precios de combustible líquido determinados por el MME y los costos variables de generación confirmados por Termoemcali, XM calcula nuevamente el costo de restricciones durante octubre 2009 a Abril de 2010 [...] En este punto es importante anotar que el nuevo cálculo de costo por restricciones, no tendrá incidencia en la cifra que retribuye a Ecopetrol los costos totales por efectos de racionamiento, ya que este nuevo cálculo permitirá transferir a la demanda eléctrica el costo complementario del monto calculado por sustitución para transferir a la demanda de gas, inicialmente probado por la CREG (\$84.3 millardos más costos financieros).
3. XM emite nuevas facturas a todos los agentes del dsector eléctrico para recaudar los mayores costos de restricciones.[...]
4. Ecopetrol facturará a Termoemcali lo señalado y liquidado por XM en el punto 3.
5. Una vez recaudados los recursos de cada factura, XM paga a Termoemcali lo correspondiente para que a su vez éste pague a Ecopetrol estas mismas sumas. Por tanto, los pagos correspondientes de Termoemcali a Ecopetrol deben ser raelizados inmediatamente después de las fechas de pago de XM a Termoemcali.” (Subrayas ajenas al texto)

- c) La comunicación 6015-42 del 01 de diciembre de 2011, en la cual XM, al contestar las dirigidas por Termoemcali GTE-6866-11, GTE-6868-11 y GTE-6873-11 de 25, 28 y 29 de noviembre de 2011 respectivamente, sobre observaciones a las reliquidaciones de la Resolución CREG 165 de 2010, expresa:

“Ante la comunicación de Termoemcali referente a las diferencias entre las versiones publicadas, XM realizó nuevamente las verificaciones pertinentes encontrándose que no había lugar a inconsistencias.

A continuación presentamos un resumen de los valores recibir por Termoemcali en los próximos vencimientos, después de la aplicación de lo establecido en la Resolución CREG 165 de 2010. [...]”

Detalla además los meses ajustados, las compras, ventas, total neto actualizado, total bruto por actualizar, y la suma total de \$37.928.137.721 (“Este valor corresponde a la suma del total neto sin actualizar de los ajustes más las tres cuotas”), discriminada así: \$8.254.826.750 “en el vencimiento de diciembre 01 de 2011”; \$9.891.103.657 “se recibirá actualizado en la facturación de noviembre de

2011 que se realiza en diciembre de 2011 con vencimiento el 2 de enero de 2012"; \$ 9.891.103.657 "se recibirá actualizado en la facturación de diciembre de 2011 que se realiza en enero de 2012 con vencimiento el 1 de febrero de 2012"; \$9.891.103.657 se recibirá actualizado en la facturación de enero de 2012 que se realiza en febrero de 2012 con vencimiento el 1 de marzo de 2012".

- d) Las comunicaciones 000528-1, 000104-1, 000557-1 001212-1, 002076-1, en las cuales XM hace constar las consignaciones por transferencia a cuenta de ECOPETROL S.A. por pagos "resolución CREG 165 de 2010" de \$8.815.646.658 el 16 de diciembre de 2011, \$9.891.103.657 el 4 de enero de 2012, \$633.812.806 el 20 de enero de 2012, \$10.571.086.871 el 14 de febrero de 2012 y \$10.612.279.041 el 13 de marzo de 2012, correspondientes a las facturas 9000326800, 90003311447, 9000327452, 9000334996, 9000339240.
- e) El dictamen pericial rendido por la experta gloria Zady Correa Palacio, con relación a los documentos soporte de la factura 9000366402, cantidades de gas y combustible líquido suministradas entre octubre 2009 y julio de 2010, período que abarca el racionamiento programado de gas declarado por Resolución No. 18 1654 del 29 de septiembre de 2009, cuyo cese se declaró a partir del 22 de septiembre de 2010 mediante Resolución No. 18 1651 del 17 de septiembre de 2010 ambas del Ministerio de Minas y Energía (D.O. 47.838 del 20 de septiembre de 2010), en el cual se consigna :

"De acuerdo con los documentos soporte a la factura No. 9000366402 de 30/7/2012, por concepto de "Recobro Térmicas Producto", por valor de \$4.386.025.704, la base para la liquidación fue la cantidad de combustible líquido vendido por Ecopetrol a Termoemcali, y facturada a precio de Gas, durante los meses de octubre de 2009 y julio de 2010. A continuación me permito explicar cada uno de los datos tenidos en cuenta para la liquidación de la factura:

1. *De la facturación emitida a Termoemcali por parte de Ecopetrol, entre los meses de octubre de 2009 a julio de 2010, se extractaron las cantidades de galones de Diesel facturados, esto es 12.207.645 de galones, y se dividieron entre galones con sustitución motivo resolución CREG 165-10, y sin sustitución motivo resolución CREG 165-10, así:*

MES	Diesel Con Sustitución Fenómeno del Niño	Diesel Con Sustitución motivo de Res. CREG 165-10	Diesel Sin Sustitución motivo de Res. CREG 165-10
oct-09	1.378.717	444.817	933.900
nov-09	1.291.365	407.208	884.157
dic-09	2.422.994	830.869	1.592.125
ene-10	1.163.121	447.664	715.457
feb-10	2.371.716	760.866	1.610.850

mar-10	2.300.935	786.036	1.514.899
abr-10	1.278.797	416.061	862.736
may-10			
jun-10			
jul-10			
Total en Galones de Diesel	12.207.645	4.093.520	8.114.125

2. Las cantidades de galones las convierten a datos en MBTU, utilizando para ello el poder calorífico de 0.138 MBTU/Galón para los meses de octubre de 2009 a marzo de 2010, y 0.1405 MBTU/Galón, para el mes de abril de 2010. Los datos en MBTU fueron:

MES	MBTU con sustitución Fenómeno del Niño	MBTU con sustitución motivo Res. CREG 165-10	MBTU sin sustitución motivo Res. CREG 165-10
oct-09	190.263	61.385	128.878
nov-09	178.208	56.195	122.013
dic-09	334.373	114.660	219.713
ene-10	160.511	61.778	98.733
feb-10	327.297	104.999	222.298
mar-10	317.529	108.473	209.056
abr-10	179.676	58.458	121.218
may-10			
jun-10			
jul-10			
Total en Galones de Diesel	1.687.857	565.948	1.121.909

3. El total de galones Diesel “sin sustitución motivo resolución CREG 165-10”, esto es, 8.114.125 galones, los multiplican por el precio por galón Diesel para cada uno de los meses, así:

MES	Diesel Sin Sustitución motivo de Res. CREG 165-10	COP\$/galón Precio Diesel	Total en Pesos
oct-09	680.585	\$ 6.094,17	\$ 4.147.597.080,39
nov-09	499.941	\$ 6.261,85	\$ 3.130.556.647,80
dic-09	2.160.662	\$ 6.793,94	\$ 14.679.407.359,95
ene-10	161.133	\$ 6.098,74	\$ 982.707.728,19
feb-10	2.168.990	\$ 6.122,20	\$ 13.278.989.168,68
mar-10	1.024.908	\$ 5.791,53	\$ 5.935.791.397,52
abr-10	1.347.507	\$ 5.704,95	\$ 7.687.460.554,55
may-10			\$ 0,00

jun-10			\$ 0,00
jul-10	70.448	\$ 5.690,81	\$ 400.906.070,32
Total en Galones de Diesel	8.114.175	Total en Pesos	\$ 50.243.416.007,39

4. Combustible sin sustitución facturado y pagado a precio de Gas: El total de Gas natural "sin sustitución con motivo Res. CREG 165-10", (tomado del cuadro del punto 2), lo multiplican con el precio en dólares/MBTU, pactada en la cláusula segunda del contrato, así:

MES	Precio del Gas USD/MBTU	TRM	Gas Natural Sin Sustitución con motivo de Res. CREG 165-10 en MBTU	Total Facturado y Pagado a Precio de Gas en Pesos
oct-09	USD 1,734	\$ 1.993,80	128.878	\$ 445.564.178
nov-09	USD 1,734	\$ 1.997,47	122.014	\$ 422.608.161
dic-09	USD 1,734	\$ 2.044,23	219.713	\$ 778.816.532
ene-10	USD 1,781	\$ 1.982,29	98.733	\$ 348.572.848
feb-10	USD 1,781	\$ 1.932,32	222.297	\$ 765.027.794
mar-10	USD 1,781	\$ 1.928,59	209.056	\$ 718.069.704
abr-10	USD 1,781	\$ 1.969,75	121.218	\$ 425.247.291
may-10				\$ 0
jun-10				\$ 0
jul-10				\$ 0
TOTALES			1.121.909	\$ 3.903.906.507,57

5. Por último, presentan el cuadro resumen de la liquidación, así:

MES	Total Liquidación del Diesel No Sustitución	Total Facturado y Pagado a Precio de Gas	Valor a reconocer por suministro en Pesos
oct-09	\$ 4.147.597.080	\$ 445.564.178	3.702.032.902
nov-09	\$ 3.130.556.648	\$ 422.608.161	2.707.948.487
dic-09	\$ 14.679.407.360	\$ 778.816.532	13.900.590.828
ene-10	\$ 982.707.728	\$ 348.572.848	634.134.880
feb-10	\$ 13.278.989.169	\$ 765.027.794	12.513.961.374
mar-10	\$ 5.935.791.398	\$ 718.069.704	5.217.721.694
abr-10	\$ 7.687.460.555	\$ 425.247.291	7.262.213.264
jul-10	\$ 400.906.070	\$ 0	400.906.070
TOTALES	\$ 50.243.416.007	\$ 3.903.906.508	46.339.509.500

Abril 30 de 2010	\$ 4.025.346.073
-------------------------	-------------------------

Valor publicado por XM (Sin indexación)	\$ 37.928.137.723
--	--------------------------

Valor Factura Liquidado (Sin indexación)	\$ 4.386.025.704
---	-------------------------

Explicación a la información anterior:

- La columna “Total Liquidación del Diesel No sustitución, corresponde al valor explicado en el punto tres de esta respuesta.
- La columna “Total Facturado y Pagado a Precio de Gas”, corresponde al valor explicado en el punto 4 de esta respuesta. el punto 4 de esta respuesta.
- La columna “Valor a reconocer por suministro en Pesos”, corresponde a la operación matemática de “Total Liquidación del Diesel No Sustitución”, menos “Total Facturado y Pagado a Precio de Gas”
- El valor “Abril 30 de 2010 \$4.025.346.073”, corresponde a las NC800016436 y NC800016438, por concepto de transporte que ya habían sido pagadas por Termoemcali.
- El “Valor Publicado por XM (sin indexación)”, corresponde a la liquidación hecha por XM, y trasladado a Ecopetrol.
- El “Valor Factura Liquidado (sin Indexación)”, corresponde a la operación matemática de:

Valor

CONCEPTO	VALOR EN \$
Total Valor a reconocer por suministro en Pesos	\$ 46.339.509.500
Menos: Abril 30 de 2010	\$ 4.025.346.073
Menos: Valor publicado por XM (Sin indexación)	\$ 37.928.137.723
Valor Factura Liquidado (sin Indexación)	\$ 4.386.025.704

En las aclaraciones y complementaciones a su trabajo la perito precisa al responder una de la preguntas:

“3. Teniendo en cuenta sus respuestas a las preguntas anteriores, solicito a la Señora Perito aclarar si la cantidad de \$4.386.025.704 que aparece relacionada en la columna titulada “Valor Factura liquidado (sin indexación)” del cuadro del subnumeral 5 de su respuesta, corresponde a la diferencia o restas entre: la cantidad de \$50.243.416.007 correspondiente a 8.114.125 galones de diesel suministrados en sustitución de gas, liquidados a precio de diesel menos la cantidad de \$3.903.906.508 pagada por Termoemcali a Ecopetrol a precio de gas por esos 8.114.125 galones de diesel. la cantidad de \$37.928.137.723 cancelada directamente a Ecopetrol por parte de XM. la cantidad de \$4.025.346.073 por notas crédito “Abril 30 de 2010”.

R.: El “Valor Factura Liquidado (Sin indexación)”, tomado de los documentos que soportan la factura No. 9000366402 de 30/7/2012, esto es, la suma de \$4.386.025.704, corresponde a las siguientes operaciones:

VALOR EN \$	CONCEPTO
50.243.416.007	8.114.175 Galones de combustible Diesel, liquidados a precio de Diesel

-3.903.906.508	Valor pagado por Termoemcali por el Combustible Diesel, a precio de Gas
-37.928.137.723	Valor consignado a Ecopetrol por parte de XM, sin tener en cuenta la actualización
-4.025.346.073	Ajuste según NC800016436 y NC800016438 por concepto de transporte que ya habían sido pagadas por Termoemcali
4.386.025.704	TOTAL (Sumatorios de los anteriores montos)

“14. Teniendo en cuenta sus respuestas a las preguntas anteriores, solicito a la Señora Perito aclarar si la cantidad de \$4.386.025.704 que reclama Ecopetrol en la Factura de Venta No. 9000366402, corresponde a la diferencia entre el precio del diesel y el precio del gas no pagada por XM a Ecopetrol.

R.: La suma de \$4.386.025.705 que factura Ecopetrol a Termoemcali en la Factura No. 9000366402 si corresponde a la diferencia no pagada a Ecopetrol por concepto del combustible Diesel suministrado a Termoemcali, durante los meses de octubre de 2009 a julio de 2010, y facturado a precio final a precio de Gas. Con respecto a que ese valor no fue “pagado por XM a Ecopetrol”, la suscrita no se puede pronunciarse al respecto, pues le corresponde al Honorable Tribunal el decidir quién debe esa diferencia que está siendo cobrada, si es XM o es Termoemcali.”⁵¹

Las pruebas antes indicadas, el dictamen pericial rendido en este proceso y la comunicación 6015-42 del 01 de diciembre de 2011 de XM en respuesta a las dirigidas por Termoemcali GTE-6866-11, GTE-6868-11 y GTE-6873-11 de 25, 28 y 29 de

⁵¹ También en la aclaración y complementación reitera: “Las cantidades que aparecen en la columna “Diesel con Sustitución Fenómeno del Niño” (información tomada de los documentos que soportan la factura No. 9000366402 emitida por Ecopetrol a Termoemcali), corresponden a la cantidad de combustible diesel vendido entre los meses de octubre de 2009 y julio de 2010, las cuales fueron facturadas como precio final, a precio de Gas”; “El valor de \$50.243.416.007 es el resultado de multiplicar las cantidades de combustible Diesel “sin sustitución motivo de Reg. CREG 165-10”, tomadas de los documentos soporte a la factura No. 9000366402, multiplicadas por el precio del galón de combustible Diesel, para cada uno de los meses allí presentados (octubre de 2009 a julio de 2010). Como se explicó en el dictamen, y se ha venido reiterando en este informe, el precio final al cual fue facturado el Diesel suministrado entre los meses de octubre de 2009 y julio de 2010, fue a precio de Gas”; “El valor de \$3.903.906.508 sí corresponde al valor pagado por Termoemcali a Ecopetrol por el combustible Diesel suministrado entre los meses de octubre de 2009 a julio de 2010, liquidados a precio de Gas. Tal como se explicó en el dictamen (página 5), de acuerdo con los documentos que soportan la factura No. 9000366402, la cantidad de combustible “Diesel sin sustitución motivo de Res. CREG 165-10”, es multiplicada por el precio del Gas para cada uno de los meses de suministro (octubre de 2009 a julio de 2010); “Tal como se dijo en la página 6 del Dictamen, la columna “Valor a reconocer por suministro en Pesos” (Título tomado de los documentos que soportan la factura No. 9000366402 de Ecopetrol a Termoemcali), corresponde a la operación matemática de “Total Liquidación del Diesel No Sustitución” (Título tomado de los documentos que soportan la factura No. 9000366402 de Ecopetrol a Termoemcali) menos “Total Facturado y Pagado a Precio de Gas” (Título tomado de los documentos que soportan la factura No. 9000366402 de Ecopetrol a Termoemcali);” Tal como se presentó en el anexo No. 4 del Dictamen, Ecopetrol facturó a Termoemcali, por concepto de Resolución CREG 165-2010, la suma de \$40.778.141.261. Ver facturas en el anexo documental No. 7 de éste informe. De la citada suma, XM transfirió directamente a Ecopetrol, la suma de \$40.523.929.034, y el resto, esto es, \$254.212.228 fueron pagados directamente por Termoemcali. Ver anexo documental No. 5 de éste informe”; “La suma de \$40.778.141.261 corresponde a un capital inicial de \$37.928.137.726, más una actualización por valor de \$2.850.003.536. Ver en el anexo No. 6 de éste informe las respectivas liquidaciones. Ver en el anexo documental No. 6 de éste informe, copia de los oficios de XM que dan cuenta de los respectivos depósitos en las cuentas de Ecopetrol.” “La cantidad de 12.207.965 galones de combustible Diesel, fueron facturados por Ecopetrol a Termoemcali a precio de Gas; de ello dan cuenta las facturas y notas crédito y débito emitidas por Ecopetrol, y que fueron discriminadas en el Dictamen en el anexo No. 1.

noviembre de 2011 respectivamente, sobre observaciones a las reliquidaciones de la Resolución CREG 165 de 2010, acreditan que el valor total de los costos de restricción publicado por XM (sin indexación) fue de \$37.928.137.721,00 y el valor transferido directamente por XM a ECOPETROL S.A. por este mismo concepto fue de \$37.928.137.121 ("Este valor corresponde a la suma del total neto sin actualizar de los ajustes más las tres cuotas").

Por otra parte, el testigo Jaime Alejandro Zapata Uribe⁵² manifestó ante el Tribunal que la suma liquidada en virtud de los costos de restricción por **XM** es la misma transferida por XM a **ECOPETROL S.A.**, se recibió por **XM** y se transfirió también directamente por XM a ECOPETROL, sin que aparezca probado que XM haya liquidado un valor diferente a los \$37.928.137.121, ni que ésta o **TERMOEMCALI**, haya facturado y recaudado por concepto de los costos de restricción derivados de la sustitución de gas por combustibles líquidos de sus clientes, la suma de \$42.304.140.492

Del mismo modo, de las pruebas y del dictamen pericial, concluye el Tribunal que la factura No. 9000366402 por la suma de \$4.386.025.705 **corresponde a costos de restricción** por concepto del mayor valor del combustible respecto del gas natural, o sea, a la diferencia del costo del combustible facturado a precio final de gas pactado en el Contrato DIJ-987, suministrado durante los meses de octubre de 2009 a julio de 2010 dentro del período del racionamiento programado de gas declarado mediante Resolución No. 18 1654 del 29 de septiembre de 2009, cuyo cese se declaró a partir del 22 de septiembre de 2010 mediante Resolución No. 18 1651 del 17 de septiembre de 2010 ambas del Ministerio de Minas y Energía (D.O. 47.838 del 20 de septiembre de 2010).

De conformidad con el artículo 2º de la Resolución 18 1686 del 2 de octubre de 2009 modificado por el artículo 1º de la Resolución No. 18 1846 de octubre 19 de 2009, **TERMOEMCALI**, está obligada a pagar las cantidades de combustible líquido Diesel suministradas por **ECOPETROL S.A.** durante el mencionado racionamiento programado al mismo **"precio por unidad de energía pactado en los contratos de suministro de gas natural"**.

El mayor costo del combustible será reconocido a **ECOPETROL S.A.** conforme a las Resoluciones CREG 136 de 2009, 041 y 165 de 2010, no por **TERMOEMCALI**, sino por los usuarios beneficiados con la sustitución, "mediante un incremento en el precio del gas" facturado por los productores comercializadores que atiendan la demanda de gas beneficiada, recaudado y trasladado a ECOPETROL en el plazo legal. A este propósito, el Centro Nacional de Despacho –CND- y el Administrador del Sistema de intercambios Comerciales, ASIC, administrado por XM S.A. deben establecer con estricta sujeción a la fórmula y factores de cálculo las cantidades respectivas, el costo unitario el valor a

⁵² Los testigos Eduardo Afanador Iriarte y Fabio Meneses coinciden en que los mayores costos se cobran y recaudan de la demanda de energía beneficiada.

reconocer y asignar el que debe cobrarse en las facturas de servicio a los usuarios de la demanda, recaudarse y trasladarse, así como los ajustes a la facturación (Resoluciones CREG 136 de 2009, 041 y 165 de 2010), de manera que al Productor-Comercializador que para cumplir el contrato de suministro en ejecución, suministró combustible líquido en sustitución del gas, se le reconozcan la totalidad de los costos de la restricción, los mayores costos y se le mantenga indemne.

Es posible que los cálculos hechos por Ecopetrol sobre el valor del combustible líquido que suministró a Termoemcali no haya sido totalmente compensado con el valor que le fué trasladado por XM de acuerdo con el cálculo de los ajustes que realizó con base en lo dispuesto por la resolución 165 de 2.010 de la CREG, pero lo cierto es que, conforme a los actos administrativos que determinaron y reglamentaron la manera como debía llevarse a cabo la sustitución de gas natural por combustibles líquidos, el costo de la sustitución debía ser asumido, no por los generadores de energía sino por los usuarios finales de los servicios de gas y de energía (en el caso de los ajustes que nos ocupan), y que correspondía a XM en su calidad de administrador del ASIC, calcular el costo de la sustitución recaudar de las empresas prestadoras de los servicios ese costo, las cuales a su vez lo recaudaban de los usuarios en las facturas correspondientes, y los generadores de energía no intervenían estrictamente en ese procedimiento.

Por otra parte, como hecho fundamental de la demanda, la parte convocante afirmó que había sido Termoemcali la que había recaudado y trasladado ese costo (hecho 13 de la demanda), pero no solamente no estuvo en capacidad de probar esa afirmación, sino que, por el contrario, el debate probatorio concluyó a este respecto la existencia de un hecho diferente, tal como ha quedado dicho en los apartes anteriores, a más de que se demostró que los pagos hechos por XM a Ecopetrol, por así haberlo acordado las partes en este proceso, siempre fueron revisados previamente por Ecopetrol, sin objeción alguna de su parte.

Desde esta perspectiva, razón le asiste a la Parte Convocada en la excepción perentoria que denominó “Termoemcali ha cumplido a cabalidad lo convenido en el Contrato DIJ-987”, porque al respecto las pruebas del proceso acreditan que la factura de venta 9000366402 del 30 de julio de 2012 en “descripción” consigna “recobro térmicas producto” y en “observaciones” “Saldo pendiente por entrega de Diesel según Resolución CREG 165 de 2010”, y la suma de \$4.386.025.706 corresponde “a la diferencia no pagada a Ecopetrol por concepto del combustible Diesel suministrado a Termoemcali, durante los meses de octubre de 2009 a julio de 2010, y facturado a precio final a precio de Gas”, es decir, atañe al mayor costo del combustible líquido suministrado en vez del gas durante el período del racionamiento programado, que de acuerdo con los actos regulatorios debe reconocerse al productor-comercializador que lo suministró en los términos de las Resoluciones CREG 136 de 2009, 041 y 165 de 2010 mediante la

adición del costo de la restricción en la facturación a los usuarios y luego trasladarse a aquél.

Por lo tanto, Termoemcali no debe ese valor según el régimen regulatorio y está acreditado en proceso el cumplimiento de sus prestaciones, de modo que la excepción prospera porque en efecto Termoemcali no está obligada a asumir el mayor costo del combustible líquido suministrado en sustitución del gas, por cuanto los actos regulatorios la imponen a la demanda y usuarios respectivos, circunstancia que igualmente estructura el hecho exceptivo que se denomina “inexistencia de la obligación”.

Debido a que la prosperidad de estas dos excepciones, se impone negar las pretensiones de la demanda y, por sustracción de materia, no es del caso referirse a los demás hechos exceptivos tal como lo prevé el inciso segundo del art. 304 del c. de p.c., en concordancia con el inciso segundo del art. 306 ib que dispone: “si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes.”

En lo atinente a la excepción de falta de competencia las razones para negarla se exponen al iniciar la parte motiva de este laudo.

V. COSTAS

Para el Tribunal, la actuación de las partes y de sus apoderados en el presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno, y recalca su buena fe en el manejo de la problemática planteada, circunstancia que no elimina la carga procesal de que la parte a quien se decide desfavorablemente deba soportar las costas del proceso tal como de manera similar lo consagran el Código General del Proceso⁵³ y el Código de Procedimiento Civil.⁵⁴

⁵³ Dispone el artículo 365 que “En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. Además se condenara en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe. 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.”

⁵⁴ Establece el artículo 392 que “En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, suplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. Además se condenara en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 73.2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena.”

En este orden de ideas resulta inocua toda referencia a cuál debe ser la normatividad aplicable, pues el contenido legal es el mismo, de modo que se condena en costas a la parte convocante y se procede a la liquidación de las mismas, teniendo en cuenta que las agencias en derecho que se fijan a favor de la parte demandada se tasan en la suma de \$84.000.000,00 que está conforme con lo previsto en el acuerdo Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de ahí que la siguiente sea la liquidación:

- a. Suma pagada por Termoemcali por concepto de honorarios de los árbitros: \$126.000.000,00.
- b. Suma pagada por Termoemcali por concepto de honorarios del Secretario: \$21.000.000,00.
- c. Suma pagada por Termoemcali por concepto de gastos de administración del Centro de Arbitraje: \$21.000.000,00.
- d. Otros gastos consignados: \$1.500.000,00.
- e. Agencias en Derecho: \$84.000.000,00.

Total de Costas: \$253.500.000,00.

En consecuencia, en la parte resolutive se impondrá condena en costas a favor de Termoemcali y en contra de Ecopetrol por la suma de Doscientos Cincuenta y Tres Millones Quinientos Mil Pesos (\$253.500.000,00).

3º PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre **ECOPETROL S.A.**, por una parte, y por la otra, **TERMOEMCALI I. S.A. E.S.P.** administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar infundada la tacha formulada al testigo Eduardo Afanador Iriarte.

SEGUNDO.- Declarar probadas las excepciones denominadas “Contrato cumplido” e “Inexistencia de la obligación”, las cuales prosperan en el sentido y con los alcances expuestos en la parte motiva y declarar no probada la excepción de falta de competencia.

TERCERO.- Por las razones expuestas en la parte motiva, negar las pretensiones de la demanda arbitral de **ECOPETROL S.A.** contra **TERMOEMCALI I. S.A. E.S.P.** y **absolver a esta última.**

CUARTO.- Condenar a **ECOPETROL S.A.**, a pagar a **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P.** la suma de Doscientos Cincuenta y Tres Millones Quinientos Mil Pesos (\$253.5000.000,00), por concepto de costas, suma que ya incluye las agencias en derecho.

QUINTO.- Declarar causados los honorarios de los árbitros y del secretario, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, causándose de esta manera el saldo pendiente.

SEXTO.- Procédase por la Presidencia del Tribunal a elaborar y presentar a las partes la cuenta final de gastos, ordenando la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar a ECOPETROL, por haber asumido la totalidad de las costas.

SEPTIMO.- Disponer que por Secretaria se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes con las constancias de ley y remítase el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia quedó notificada en Audiencia.

HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO
Árbitro Presidente

WILLIAM NAMÉN VARGAS
Árbitro

ANDRÉS ELOY ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ
Árbitro

HENRY SANABRIA SANTOS
Secretario