

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
TERMOEMCALI I S.A. E.S.P CONTRA
TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., dos (2) de julio de dos mil quince (2015).

Surtidas como se encuentran la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P CONTRA TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P**, surgidas con ocasión del contrato STF-06-96 del 30 de octubre de 1996 y sus modificaciones, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

1. ANTECEDENTES

1.1. PARTES PROCESALES

1.1.1. Parte Convocante

La Parte Convocante de este trámite **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P.**, sociedad anónima comercial de nacionalidad colombiana, empresa de servicios públicos domiciliarios, representada por **NICOLÁS JARAMILLO ARANGO** identificada con el NIT, No. 800.253.702-1 de conformidad con los documentos que obran a folios 14 a 17 del Cuaderno Principal No. 1.

1.1.2 Parte Convocada.

La parte convocada del presente trámite arbitral es **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P.**, sociedad con domicilio en Bucaramanga, constituida mediante Escritura Pública No. 67 del 16 de febrero de 2007 otorgada en la Notaría Once del Círculo de Bucaramanga, inscrita en la Cámara de Comercio de Bucaramanga el 19 de febrero de 2007 bajo el No. 69863, con matrícula mercantil 05-000138524-04 y NIT. 900134459-7, representada por su presidente, **RICARDO ROA BARRAGAN** de conformidad con los documentos que obran a folios 18 a 27 del Cuaderno Principal No. 1.

1.2. EL CONTRATO

Las controversias suscitadas entre las partes dimanar del contrato STF-06-96 suscrito entre **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P.** y **TGI** (antes Ecogas y anteriormente Ecopetrol) el 30 de octubre de 1996 y sus modificaciones cuyo objeto, de conformidad con el acuerdo contenido en el numeral 1.3.2. del Contrato STF-06-96, es “la prestación del Servicio de Transporte de Gas Natural por el Sistema, desde el Punto de Entrada -que en un principio era en Barrancabermeja-, hasta el Punto de Salida, ubicado en la ciudad de Cali, que se determinan en la Sección I del Contrato.”

1.3. EL PACTO ARBITRAL

Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria contenida en el numeral 4.9 de la Sección II del Contrato STF-06-96, que dispone:

“4.9 Resolución de Controversias

Toda controversia o diferencia que surja entre las Partes en relación con este Contrato, se resolverá así:

4.9.1 Por acuerdo directo entre las Partes, el cual constará en acta suscrita por ellas.

4.9.2 En caso de que las Partes no lleguen a un acuerdo directo, total o parcialmente, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes al surgimiento de la controversia, cualquiera de ellas acudirá al procedimiento de la amigable composición, como está reglamentada en el Código de Comercio Colombiano, cuando se trate de controversias técnicas o contables o, convocar a un tribunal de arbitramento para las controversias de carácter jurídico o cuando el desacuerdo sea sobre la calificación del carácter de la disputa.

4.9.3 Tribunal de Arbitramento:

Tendrá su sede en Santafé de Bogotá, D.C., y estará compuesto por tres árbitros nombrados de común acuerdo entre las partes. Si dentro de los 15 días hábiles siguientes al surgimiento de la controversia las Partes no hubiesen logrado un acuerdo sobre los tres (3) árbitros o el acuerdo fuere parcial, los árbitros restantes 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. El arbitramento se someterá a las reglas de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá D.C. (...)”

Posteriormente, mediante Otrosí No. 10 suscrito el 30 de agosto de 2013, las partes acordaron que el arbitraje sería legal, en atención a la naturaleza de las partes y modificaron la cláusula compromisoria en el sentido de establecer los honorarios de los árbitros.

1.4. INICIACIÓN DEL TRÁMITE

1.4.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria antes transcrita, **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P.**, presentó el ocho (8) de agosto de dos mil trece (2013), solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral contra **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P.**¹

1.4.2. Previa designación de los árbitros de común acuerdo, aceptación oportuna de estos y citación de los doctores **HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, PATRICIA MIER BARROS, ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS**², el quince (15) de julio de dos mil catorce (2014), Acta No. 1, con la presencia de todos los árbitros, se instaló el Tribunal de Arbitramento, designó como Presidente al doctor **HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO** y Secretaria a la doctora **JEANNETTE NAMÉN BAQUERO**, y profirió el Auto No. 1, fijándose como lugar de funcionamiento y secretaría la sede Chapinero del Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la calle 67 No. 8-32/44, piso 5º de Bogotá. De igual forma, mediante Auto No. 1 admitió la solicitud de convocatoria y demanda arbitral presentada por la parte convocante, y dispuso su notificación y traslado por el término legal de veinte (20) días hábiles³.

¹ Cuaderno Principal No. 1, folios 1 a 12.

² Cuaderno Principal No. 1, folios 62 y ss.

³ Cuaderno Principal No. 1, folios 200 a 202.

- 1.4.3.** El mismo día, el secretario ad- hoc notificó el auto admisorio a la parte convocada y al Señor Agente del Ministerio Público. De igual forma comunicó la designación a la Secretaria, quién el diecisiete (17) de diciembre de 2015, aceptó y cumplió con el deber de información previsto en el artículo 15 de la ley 1563 de 2012 ⁴.
- 1.4.4.** Los días dieciséis (16) y diecisiete (17) de enero de 2014, la Secretaria, en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal en Auto No. 2, envió por correo electrónico y por correo certificado, notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, correo que se recibió físicamente por la mencionada entidad el día veinte (20) de enero de 2014. ⁵
- 1.4.5.** Oportunamente, el veinticinco (25) de marzo de dos mil catorce (2014), la parte convocada, por conducto de su apoderada judicial, contestó la solicitud de convocatoria y demanda arbitral, oponiéndose a las pretensiones, proponiendo excepciones de mérito y solicitando la práctica de pruebas. En escrito separado presentó demanda de reconvención en contra la parte convocante. ⁶
- 1.4.6.** Mediante Auto No. 3, Auto 2, de treinta y uno (31) de marzo de 2014, se admitió la demanda de reconvención en contra de la parte convocante. ⁷
- 1.4.7.** El día siete (7) de abril de 2014, mediante estado se notificó el contenido del Auto No. 3 de treinta y uno (31) de marzo de 2014.
- 1.4.8.** Oportunamente, el nueve (9) de mayo de dos mil catorce (2014), la parte convocante, por conducto de su apoderado judicial, contestó la demanda de reconvención, oponiéndose a las pretensiones, proponiendo excepciones de mérito y solicitando la práctica de pruebas. ⁸
- 1.4.9.** El día trece (13) de mayo mediante fijación en lista se dio traslado conjunto de las excepciones propuestas en las respectivas contestaciones y de las objeciones a los juramentos estimatorios.
- 1.4.10.** Mediante escrito radicado el día dieciséis (16) de mayo de 2014, el apoderado de la parte convocante recorrió el mencionado traslado.
- 1.4.11.** El día veinte (20) de mayo de 2014, la apoderada de la parte convocada recorrió el citado traslado. ⁹
- 1.4.12.** Mediante Auto No. 4, Acta No. 3, del once (11) de junio de dos mil catorce (2014), el Tribunal fijó fecha y hora para la práctica de la audiencia de conciliación. ¹⁰
- 1.4.13.** Mediante escrito radicado en la sede de la secretaría el día veintiuno (21) de julio de 2014, el apoderado de la parte convocante reformó la demanda presentada el día ocho (8) de agosto de 2013. ¹¹

⁴Cuaderno Principal No. 1, folios 205 a 207.

⁵Cuaderno Principal No. 1, folios 209 a 212.

⁶Cuaderno Principal No. 1, folios 213 a 267 y 276 a 312.

⁷Cuaderno Principal No. 1, folios 313 a 316..

⁸Cuaderno Principal No. 1, folios 319 a 350.

⁹Cuaderno Principal No. 1, folios 352 a 366.

¹⁰Cuaderno Principal No. 1, folios 367 a 369.

¹¹Cuaderno Principal No. 2, folios 1 a 27.

- 1.4.14.** El día veintidós (22) de julio, la apoderada de la parte convocante radicó en la sede de la secretaría, un escrito contentivo de la reforma de la demanda de reconvención presentada el día veinticinco (25) de marzo de 2014.¹²
- 1.4.15.** Mediante Auto No. 5, Acta No. 4 de veintidós (22) de julio de dos mil catorce (2014) el Tribunal decidió prescindir de la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, teniendo en cuenta que ninguna de las partes tiene la condición de entidad estatal del orden Nacional.¹³
- 1.4.16.** Por Auto No. 6, Acta 4 de veintidós (22) de julio de dos mil catorce (2014), se admitieron las respectivas reformas presentadas y se dispuso su notificación y traslado. El mismo día se fijó el día veintiséis (26) de agosto de 2014, como fecha para celebrar la audiencia de conciliación.
- 1.4.17.** El día veintidós (22) de julio de dos mil catorce (2014), la secretaria notificó a los apoderados de las partes y al Señor Agente del Ministerio Público, los autos admisorios de las reformas de la demandas inicial y de reconvención.
- 1.4.18.** Oportunamente, el cinco (5) de agosto de dos mil catorce (2014), la parte convocante, por conducto de su apoderado judicial, contestó la reforma de la demanda de reconvención, oponiéndose a las pretensiones, proponiendo excepciones de mérito y solicitando la práctica de pruebas.¹⁴
- 1.4.19.** De igual forma, el cinco (5) de agosto de dos mil catorce (2014), la parte convocada, por conducto de su apoderada judicial, contestó la reforma de la demanda inicial, oponiéndose a las pretensiones, proponiendo excepciones de mérito y solicitando la práctica de pruebas.¹⁵
- 1.4.20.** El día doce (12) de agosto mediante fijación en lista se dio traslado conjunto de las excepciones propuestas en las respectivas contestaciones y de las objeciones a los juramentos estimatorios.
- 1.4.21.** Mediante escrito radicado el día diecinueve (19) de agosto de 2014, el apoderado de la parte convocante describió el traslado de la objeción al juramento estimatorio. El día veinte (20) de agosto de 2014, describió el traslado de las excepciones de mérito propuestas y solicitó la práctica de pruebas. En escrito separado se opuso al decreto de los testimonios técnicos solicitados por la parte convocada.¹⁶
- 1.4.22.** El día veinte (20) de agosto de 2014, la apoderada de la parte convocada describió los citados traslados.¹⁷
- 1.4.23.** Por Auto No. 7, Acta No. 5, de veintiséis (26) de agosto de dos mil catorce (2014), el Tribunal declaró fallida la audiencia de conciliación, y dispuso la continuación del trámite. El mismo día, mediante Auto No. 8, Acta 5, se decretaron los honorarios de los árbitros y de la secretaria, así como los gastos de administración, de acuerdo con lo previsto por las partes en el otrosí a la cláusula compromisoria y se fijó la suma correspondiente a los

¹²Cuaderno Principal No. 2, folios 28 a 87.

¹³Cuaderno Principal No. 2, folios 88 a 91.

¹⁴Cuaderno Principal No. 2, folios 92 a 152.

¹⁵Cuaderno Principal No. 2, folios 153 a 301.

¹⁶Cuaderno Principal No. 2, folios 302 a 310.

¹⁷Cuaderno Principal No. 2, folios 311 a 334.

gastos del Tribunal, valores que fueron consignados dentro del término legal, en igual proporción por cada una de las partes.¹⁸

1.4.24. Mediante el Auto No. 10, Acta 7, de diecisiete (17) de septiembre de dos mil catorce (2014), se fijó el día veinticinco (25) de septiembre de dos mil catorce (2014), para llevar a cabo la primera audiencia de trámite.¹⁹

1.5. TRÁMITE ARBITRAL

1.5.1. Primera audiencia de trámite

El día veinticinco (25) de septiembre de dos mil catorce (2014), Acta No. 8, se realizó la Primera Audiencia de Trámite de conformidad con el artículo 30 de la ley 1563 de 2012.

Previo análisis de la cláusula compromisoria, la existencia y debida representación de cada una de las partes y las pretensiones formuladas por las partes en sus respectivas reformas a las demandas, inicial y de reconvencción, así como las contestaciones de las reformas de las demandas, el Tribunal, mediante Auto No. 12 de veinticinco (25) de septiembre de dos mil catorce (2014), reiteró lo señalado en los autos admisorios de las demandas en el sentido de ser competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias de contenido particular, económico y patrimonial surgidas entre las partes, en relación con el contrato celebrado entre las mismas.²⁰

1.5.2. Audiencias de instrucción del proceso

Definida la competencia del Tribunal, se procedió a decretar las pruebas solicitadas por las partes mediante Auto No. 12 proferido en la audiencia veinticinco (25) de septiembre de dos mil catorce (2014), Acta No. 8.²¹

El trámite se desarrolló en veintiún (21) sesiones, en las cuales se asumió competencia, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas, se recibieron alegatos de conclusión y se profirió este Laudo.

1.5.3. Pruebas decretadas y solicitadas

Por Auto No. 12 proferido en audiencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil catorce (2014), el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

1.5.3.1. Documentales

Se tuvieron como medios de prueba, con el mérito legal probatorio que a cada cual corresponde, los documentos allegados con la solicitud de convocatoria y demanda arbitral y su respectiva reforma y los documentos allegados con las contestaciones; así como los aportados en la demanda de reconvencción y su reforma y los documentos allegados con las respectivas contestaciones.

1.5.3.2. Oficios

Se ofició a:

¹⁸ Cuaderno Principal No. 2, folios 340 a 346.

¹⁹ Cuaderno Principal No. 2, folios 348.a 349.

²⁰ Cuaderno Principal No. 2, folios 370 a 384.

²¹ Cuaderno Principal No. 2, folios 370 a 384.

- El Diario Oficial – Imprenta Nacional de Colombia para que certificara la fecha en que fueron publicadas las siguientes resoluciones de la Comisión de Energía y Gas - CREG:

RESOLUCIÓN	FECHA
1. Resolución CREG No. 057 “Por la cual se establece el marco regulatorio para el servicio público de gas combustible por red y para sus actividades complementarias”.	Julio 30 de 1996
2. Resolución CREG No. 001 “Por la cual se establecen los criterios generales para determinar la remuneración del servicio de transporte de gas natural y el esquema general de cargos del Sistema Nacional de Transporte”.	Enero 20 de 2000
3. Resolución CREG No. 126 “Por la cual se establecen los criterios generales para la remuneración del servicio de transporte de gas natural y el esquema general de cargos del Sistema Nacional de Transporte, y se dictan otras disposiciones en materia de transporte de gas natural”.	Agosto 5 de 2010
4. Resolución CREG No. 079 “Por la cual se modifica la Resolución CREG 126 de 2010”.	Junio 16 de 2010

La respuesta fue recibida por el Tribunal el día seis (6) de noviembre de 2014 y se incorporó al Cuaderno de Pruebas No. 5.

- A la **CREG-** Comisión de Regulación de Energía y Gas, ubicada en la Calle 116 No. 7-15, Edificio Cusezar Int. 2 Oficina 901, para que con destino a este proceso se certificara la fecha de publicación de las siguientes Resoluciones: “Resolución CREG 017 de 1995. Resolución CREG 057 del 30 de diciembre de 1996. Resolución CREG 001 de 20 de enero de 2000. Resolución CREG 85 de 2000. Resolución CREG 007 de 2001. Resolución CREG 008 de 2001. Resolución CREG 73 de 2001. Resolución CREG 013 del 4 de marzo del 2003. Resolución CREG 125 del 18 de diciembre de 2003. Resolución CREG 27 de 2006. Resolución CREG 028 de 2008. Resolución CREG 126 de 2010. Resolución CREG 129 de 2010. Resolución CREG 079 de 2011. Resolución CREG 097 de 2011. Resolución CREG 110 de 25 de agosto de 2011. Resolución CREG 121 de 2012”.

La respuesta fue recibida por el Tribunal el día siete (7) de noviembre de 2014 y se incorporó al Cuaderno de Pruebas No. 5.

1.5.3.3. Testimoniales

El Tribunal decretó y practicó los testimonios de los Señores **RAFAEL SIMÓN HERZ, LUIS IGNACIO BETANCUR ESCOBAR** el día veintisiete (27) de octubre de dos mil catorce (2014); **JOSÉ FERNANDO BARRERA VALDERRAMA, SONIA ROCIO SANABRIA MORALES, PIEDAD SAAVEDRA SANCLEMENTE**, el día veintisiete (27) de noviembre de 2014; **SANDRA FONSECA ARENAS, FERNANDO BARRERA REY**, el día tres (3) de diciembre de dos mil catorce (2014); **EDUARDO AFANADOR IRIARTE, ANA MARÍA FERREIRA MIANI** el día cuatro (4) de diciembre de dos mil catorce (2014). Las transcripciones de las grabaciones de estos testimonios se pusieron a disposición de las partes y se agregaron al Cuaderno de Pruebas No. 12 del expediente.

La apoderada de la parte convocada desistió del testimonio de **CARMENZA CHAÍN ALVAREZ**. El Tribunal mediante Auto No. 19 del tres (3) de diciembre de 2015, aceptó su desistimiento.

En audiencia del día veintisiete (27) de octubre de 2014, el apoderado de la parte convocante tachó como sospechoso al testigo **LUIS IGNACIO BETANCUR ESCOBAR**.

En audiencia del día cuatro (4) de diciembre de 2014, la apoderada de la parte convocada tachó como sospechoso al testigo **EDUARDO AFANADOR IRIARTE**. El mismo día el apoderado de la parte convocada tachó por igual razón a la declarante **ANA MARÍA FERREIRA MIANI**.

1.5.3.4. Dictamen Pericial Contable.

Se decretó y rindió un dictamen pericial contable²² por parte de la doctora **GLORIA CORREA PALACIO**, en los términos solicitados por ambas partes. El correspondiente peritaje fue presentado al Tribunal veintiséis (26) de noviembre de 2014, cuya contradicción se surtió de conformidad con la ley. El día diez (10) de diciembre de 2014, los apoderados de las partes solicitaron la aclaración y complementación al dictamen pericial contable. El informe de aclaraciones fue rendido por la señora perito el día veintitrés (23) de enero de 2015.²³

1.5.3.5. Inspección judicial con exhibición de documentos.

Por Auto 12, Acta 8, de veinticinco (25) de septiembre de dos mil catorce (2014), el Tribunal, de conformidad con el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, aplazó el decreto de las inspecciones judiciales solicitadas por las partes.

En su lugar, de conformidad con el artículo 283 del Código de Procedimiento Civil, se decretó la exhibición de documentos por parte de **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P.**

De igual forma se decretó la exhibición de documentos por parte de **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P.**

Audiencias que tuvieron lugar el día veintisiete (27) de octubre de 2014. El tribunal las declaró cerradas, a solicitud de las partes, el día cuatro (4) de diciembre de 2014, mediante Auto No. 20.

Mediante Auto No. 23, Acta No. 16 de 20 de febrero de 2015, el Tribunal, de conformidad con el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, negó el decreto de las inspecciones judiciales solicitadas, al considerar que resultaban innecesarias por cuanto en las exhibiciones de documentos practicadas por las partes se recaudaron la totalidad de los documentos solicitados, decisión que no fue objeto de cuestionamiento por las partes.

1.5.3.6 Experticia.

Se tuvo como prueba la experticia presentada con la reforma a la demanda de reconvencción elaborado por la experta **ANA MARÍA FERREIRA MIANI** y su respectiva ampliación.

²² Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 31 a 59.

²³ Cuaderno de Pruebas No. 12, folios 1 a 57..

El apoderado de la parte convocante objetó por error grave la mencionada experticia y el Tribunal en Auto No. 12 considero que:

“Sobre la objeción por error grave planteada por la parte convocante, el artículo 31 de la ley 1563 de 2012, dispone que:

“En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. Dentro del término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, las partes podrán presentar experticias para controvertirlo. Adicionalmente, el tribunal, si lo considera necesario, convocará a una audiencia a la que deberán concurrir obligatoriamente el perito y los demás expertos, que podrán ser interrogados por el tribunal y por las partes”.

“Por lo anterior, el Tribunal no dará curso a la objeción planteada.

“Adicionalmente, pone de presente el Tribunal que el artículo 226 del Código General del Proceso no rige aún, debido a que el Consejo Superior de la Judicatura no ha hecho uso de la facultad que le confiere el numeral 6º y final del art. 627 del mismo, de modo que no es pertinente para efectos de la aceptación de esta prueba observar todos los requisitos que echa de menos el señor apoderado de la parte convocante en el escrito presentado el 23 de septiembre del año en curso y que no se exigen en la disposición vigente que es el numeral 1 del art. 10 de la ley 446 de 1998.

“De otra parte, se debe tener en cuenta que en el auto de fecha 31 de marzo de 2014 en el cual se admitió la demanda de reconvencción se decidió, en providencia consentida por las partes y ejecutoriada, que para llenar los vacíos del trámite del proceso arbitral en los que fuera pertinente acudir a un estatuto procesal, las normas aplicables son las del Código de Procedimiento Civil, decisión que se apoyó en el art. 31 de la ley 1563 de 2012 que expresamente así lo señala, a más de que este proceso se inició con la presentación de la demanda el día 8 de agosto de 2013, lo que lo deja a buen recaudo del alcance de la interpretación mayoritaria del Consejo de Estado en auto de 25 de junio de 2014²⁴ acerca de la vigencia del CGP para llenar los vacíos del mencionado estatuto”.

1.5.3.7. Traducción de documentos.

Se decretó la traducción del documento “*Regulation and Incentives for Investment in the Colombian Gas Transport Network*” elaborado por David Harbord de la firma Market Analysis que obra a folios 366 a 389 del Cuaderno de Pruebas No. 4. Para tal efecto el Tribunal designó a **MARÍA TERESA LARA**, quién entregó la traducción el día dos (2) de diciembre de 2014. Traducción que se puso a disposición de las partes y se incorporaron al Cuaderno de Pruebas No. 5.

1.5.3.8. Régimen legal aplicable para llenar los vacíos procesales.

El auto de fecha 31 de marzo de 2014 en el cual se admitió la demanda de reconvencción se decidió, en providencia consentida por las partes y ejecutoriada, que para llenar los vacíos del trámite del proceso arbitral en los que fuera pertinente acudir a un estatuto procesal, las normas aplicables son las del Código de Procedimiento Civil, decisión que se apoyó en el art. 31 de la ley 1563 de 2012 que expresamente así lo señala, a más de que este proceso se inició con la presentación de la demanda el día 8 de agosto de 2013, lo que lo deja a buen recaudo del

²⁴ Auto de 25 de junio de 2014, Sala Plena de lo Contencioso administrativo, radicación 25002336000201200395-01 demanda de Cafesalud contra la Nación.

alcance de la interpretación mayoritaria del Consejo de Estado en auto de 25 de junio de 2014.

1.5.4. Audiencia de alegatos de conclusión

En audiencia celebrada el día tres (3) de marzo de 2015, el Presidente del Tribunal manifestó que “una vez hecho un cotejo entre las pruebas decretadas y las practicadas, advierte que se han evacuado todas, conforme a la ley y se ha observado la plenitud de las formalidades propias del juicio, por lo tanto es procedente cerrar el periodo probatorio, por lo que requiere a las partes y al Señor Agente del Ministerio Público que si tienen alguna observación con relación al punto la pongan de presente, en este momento de la audiencia.

Los apoderados de las partes y el representante del Ministerio Público manifestaron no tener objeción frente a la forma en que se han practicado las pruebas decretadas en este proceso.

Posteriormente, para los efectos indicados en el art. 25 de la ley 1285 de 2009 que dispone: “Agotada cada etapa del proceso, el Juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarreen nulidades dentro del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes en aras de evitar dilaciones injustificadas”, el Presidente manifestó que no se observa causal de nulidad en lo actuado hasta el presente, y requiere a las partes y al señor Agente del Ministerio Público, para que si observan alguna lo manifiesten.

Los apoderados de las partes y el Señor Agente del Ministerio Público, reiteraron que todas las pruebas fueron evacuadas conforme a la ley y según las observancias de las formalidades propias del juicio, que no observan causal de nulidad, por lo que están conformes y solicitan declarar cerrado el periodo probatorio”.

Mediante Auto No. 24 de la misma fecha el Tribunal declaró cerrado y concluido el periodo probatorio y fijó fecha para la audiencia de alegatos de conclusión.

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes en audiencia celebrada el día veintiocho (28) de abril de dos mil quince (2015), expusieron sus alegatos de manera oral y entregaron los escritos contentivos de los mismos que obran a folios 196 a 655 del Cuaderno de Principal No. 3.

1.5.5. Concepto del Procurador Once Judicial II Administrativo

El día trece (13) de mayo de 2015²⁵, el Procurador **NICOLÁS YEPES CORRALES** radicó un escrito en que rindió concepto legal sobre el asunto sometido al conocimiento del Tribunal, en el cual señaló:

“A modo de conclusión el Ministerio Publico considera que logró establecerse que los conceptos de cargos y pareja de cargos son dos cosas distintas de donde la suerte de los primeros, las modificaciones que estos sufran, no necesariamente implica el cambio de la pareja de cargos como mecanismo convencional en el que se establece la forma como se distribuye el pago de la inversión del transportador. También, en nuestro concepto se logró establecer que el contrato STF – 06 – 96 la prever la posibilidad de modificarse en para adecuarse a cambios regulatorios, pero no haber previsto la posibilidad de cambiar la pareja de cargos escogida por las partes en el Otrosí No. 7 de 2004, no se le aplica el procedimiento de aproximación ordinal, como lo indica

²⁵Cuaderno Principal No. 4, folios 1 a 103.

la CREG en el documento 065 de 2011 y en los oficios S-2011-04017 del 14 de septiembre de 2011 dirigido a Termoemcali y en el S-2013-003732 del 9 de septiembre de 2013, dirigido a TGI, al encontrarse bajo el supuesto del “caso número 2”. Para el Ministerio Público igualmente, resulta que TGI impuso arbitrariamente, sin poderlo hacer, incumpliendo con ello el contrato, una nueva pareja de cargos por fuera de la regulación en la medida en que no respetó estrictamente, como era su deber, el procedimiento de aproximación ordinal previsto en la Resolución 079 de 2011 ni contó con el tercero neutral que estableciera la pareja de cargos que resultara de sus propios cálculos y operaciones, como era lo debido. Logró establecerse también, en nuestro concepto, que la pareja de cargos, tal como fue escogida por las partes en el Otrosí No. 7 estaba en consonancia con la regulación vigente cuando la misma fue escogida y aún hoy es posible, bajó el marco regulatorio actual pactar una pareja de cargos 0% fijo – 100% variable y que no se estableció término de vigencia de la misma ni esta estaba atada al período tarifario nuevo. En suma, para el ministerio Público resulta que las pretensiones de Termoemcali tienen vocación de prosperidad a diferencia de las pretensiones propuestas por TGI en la demanda de reconvenición que deberán ser negadas al igual que quedaron desvirtuados los medios exceptivos propuestos por este medio extremo del arbitramento.”

1.6. AUDIENCIA DE FALLO

Mediante Auto No. 27, Acta No. 20, de veintiuno (21) de mayo de 2015, el Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo que se realiza.²⁶

1.7. TÉRMINO PARA FALLAR

De conformidad con el artículo 10 de la ley 1563 de 2012, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, éste será de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite; “*Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales*”. (Artículo 11 ley 1563 de 2012)

El Tribunal se encuentra en término para fallar, conforme a las siguientes circunstancias:

- a. El día veinticinco (25) de septiembre de 2015, se efectuó la primera audiencia de trámite, y mediante providencias números 12 y 13, proferidas en la misma audiencia y fecha (Acta No. 8), se asumió competencia y decretaron las pruebas solicitadas por las partes.
- b. Posteriormente, el proceso se suspendió por solicitud conjunta de las partes en las siguientes oportunidades: del día veintiséis (26) de septiembre de 2014 al día veintiuno (21) de octubre de 2014, ambas fechas inclusive; del día veintisiete (27) de octubre de 2014: día veintiocho (28) de octubre de 2014 al día veintiséis (26) de noviembre de 2014; del día veintiocho (28) de noviembre de 2014 al día dos (2) de diciembre de 2014, ambas fechas inclusive; del día dieciséis (16) de diciembre de 2014 hasta el día veintiséis (26) de enero de 2015, ambas fechas inclusive; del día veintinueve (29) de abril de 2015 hasta el día quince (15) de mayo de 2015, ambas fechas inclusive.

Son, en total, ciento veinte días (120) días de suspensión.

²⁶ Cuaderno Principal No. 4, folios 104 a 105.

Culminada la primera audiencia de trámite el veinticinco (25) de septiembre de dos mil catorce (2014), el término inicial de los seis meses calendario vencería entonces el veinticinco (25) de marzo de 2015, y suspendido el proceso en las oportunidades indicadas, el término legal de seis (6) meses vencería el día veintitrés (23) de julio de dos mil quince (2015).

Por consiguiente, el Tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

1.8. La Reforma de la Demanda y su Contestación

1.8.1. Pretensiones

En la reforma a la solicitud de convocatoria y demanda arbitral **TERMOEMCALI S.A. E.S.P.**, formula las siguientes pretensiones:

I. PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare que el Contrato STF-06-96 suscrito entre Termoemcali y TGI (antes Ecogas y anteriormente Ecopetrol) el 30 de octubre de 1996 para el transporte de gas natural, y sus modificaciones, se encuentra vigente y vincula a las partes.

SEGUNDA: Que se declare que el 30 de octubre de 1996, cuando Termoemcali y TGI suscribieron el Contrato STF-06-96, no existía en la regulación el concepto de parejas de cargos regulados fijo y variable para remunerar la inversión del servicio de transporte de gas, el cual sólo fue establecido a partir de la expedición de la Resolución CREG 001 del 20 de enero de 2000.

TERCERA: Que se declare que la Resolución CREG 001 de 2000 autorizó a remitentes y transportadores a pactar por mutuo acuerdo una pareja de cargos regulados fijo y variable para remunerar la inversión en el servicio de transporte de gas contratado.

CUARTA: Que se declare que mediante la suscripción del Otrosí No. 7 del 14 de septiembre de 2004, Termoemcali y TGI pactaron por mutuo acuerdo una pareja de cargos regulados 0% fijo y 100% variable para remunerar hasta el 31 de diciembre de 2019 la inversión del servicio de transporte de gas en el Contrato STF-06-96, esto es, pactaron que el transporte de gas, en su componente de inversión, se pagaría exclusivamente en función del volumen de gas efectivamente transportado.

QUINTA: Que se declare que Termoemcali y TGI no previeron ni en el Contrato STF-06-96 ni en ninguno de sus Otrosíes, que la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable acordada estaría sujeta a cambios por las disposiciones que la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG expidiera en un futuro.

SEXTA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare que la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable que estipularon por mutuo acuerdo Termoemcali y TGI para el Contrato STF-06-96 mediante la suscripción del Otrosí No. 7 del 14 de septiembre de 2004, no se debe modificar por la expedición del

artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, conforme fue modificado por la Resolución CREG 079 de 2011.

SÉPTIMA: Que se declare que, en todo caso, el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, conforme fue modificado por la Resolución CREG 079 de 2011, no obliga a los remitentes con contratos vigentes a modificar la pareja de cargos regulados de inversión que tienen acordadas, sino que establece que debe respetarse lo pactado en los respectivos contratos.

OCTAVA: Que como consecuencia de la prosperidad de la anterior pretensión séptima, se declare que el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, conforme fue modificado por la Resolución CREG 079 de 2011, no obliga a Termoemcali a modificar la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable estipulada por mutuo acuerdo con TGI en el Contrato STF-06-96 mediante la suscripción del Otrosí No. 7 del 14 de septiembre de 2004.

NOVENA: Que se declare que Termoemcali y TGI no pactaron ni en el Contrato STF-06-96 ni en ninguno de sus Otrosíes, que se aplicaría el procedimiento de aproximación ordinal para la determinación de la pareja de cargos regulados de inversión aplicable a dicho contrato.

DÉCIMA: Que se declare que la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable acordada entre Termoemcali y TGI en el Contrato STF-06-96 mediante la suscripción del Otrosí No. 7 del 14 de septiembre de 2004:

- 10.1. No corresponde a la opción denominada “Determinación de cargos regulados utilizando el Procedimiento de Aproximación Ordinal” que establecía la Resolución CREG 001 de 2000 en su numeral 5.1. y que establece el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, conforme fue modificado por la Resolución CREG 079 de 2011.
- 10.2. Corresponde a la opción denominada “Determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes” que establecía la Resolución CREG 001 de 2000 en su numeral 5.1. y que establece el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, conforme fue modificado por la Resolución CREG 079 de 2011.

DÉCIMA PRIMERA: Que se declare que la limitación de expresar y/o pactar un cargo fijo mínimo regulado en función de si el factor de carga del remitente es igual o superior a 0.5, o inferior a 0.5:

- 11.1. Sólo es establecida por el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, conforme fue modificado por la Resolución CREG 079 de 2011, para la opción denominada “Determinación de cargos regulados utilizando el Procedimiento de Aproximación Ordinal”.
- 11.2. No es establecida por el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, conforme fue modificado por la Resolución CREG 079 de 2011, para la opción denominada “Determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes” que es acordada por remitentes y/o agentes no regulados.

DÉCIMA SEGUNDA: Que como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones novena a décima primera, se declare que la limitación de expresar y/o pactar un cargo fijo mínimo regulado en función de si el factor de carga del remitente es igual o superior a 0.5, o inferior a 0.5, establecida por el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, conforme fue modificado por la Resolución CREG 079 de 2011, en todo caso no resulta aplicable ni afecta la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable que acordaron por mutuo acuerdo Termoemcali y TGI en el Contrato STF-06-96 mediante la suscripción del Otrosí No. 7 del 14 de septiembre de 2004.

DÉCIMA TERCERA: Que como consecuencia de la prosperidad de todas las anteriores pretensiones, y de acuerdo con lo pactado entre las partes en el Contrato STF-06-96, se declare que TGI no puede facturar a Termoemcali por el componente de inversión del servicio de transporte de gas, montos distintos a los resultantes de aplicar la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable pactada por mutuo acuerdo entre las partes.

DÉCIMA CUARTA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare que:

- 14.1. TGI incumplió el Contrato STF-06-96 al cobrar a Termoemcali montos distintos a los contractualmente estipulados por la prestación del servicio de transporte de gas, en particular por desconocer la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable pactada por mutuo acuerdo entre las partes para el Contrato STF-06-96 mediante la suscripción del Otrosí No. 7 del 14 de septiembre de 2004.
- 14.2. TGI actuó con abuso de posición dominante y/o de manera contractualmente abusiva, al cobrar unilateralmente a Termoemcali montos distintos a los contractualmente estipulados por la prestación del servicio de transporte de gas, y al pretender variar unilateralmente la modalidad o tipo contractual y la asignación de riesgos pactados en el Contrato STF-06-96, que determinan que el componente de inversión de la tarifa de transporte de gas debe ser pagado exclusivamente en función del volumen de gas efectivamente transportado.

DÉCIMA QUINTA: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento por parte de TGI de lo estipulado en el Contrato STF-06-96 y del actuar abusivo de esa empresa, se condene a TGI a reembolsar a Termoemcali los valores que haya tenido que pagar en exceso en relación con la aplicación de la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable pactada por mutuo acuerdo entre las partes, debidamente actualizados y con aplicación de la tasa de interés pactada en el Contrato STF-06-96 o la que determine el Tribunal Arbitral.

DÉCIMA SEXTA: Que se condene a TGI al pago de las costas del proceso arbitral, incluidas las agencias en derecho.

DÉCIMA SÉPTIMA: Que se ordene a TGI dar cumplimiento inmediato al laudo arbitral que se profiera.

DÉCIMA OCTAVA: Que se ordene a la parte demandada reconocer a Termoemcali sobre las sumas objeto de la condena que se imponga, intereses moratorios a partir de la ejecutoria del laudo, en los términos de ley”.

1.8.2 Los hechos de la reforma de la demanda y su respectiva contestación.

Las pretensiones formuladas por la parte convocante están fundamentadas en los hechos que se resumen a continuación, con su respectiva respuesta.

Según la reforma de la demanda, el 30 de octubre de 1996 se celebró entre Termoemcali, empresa de servicios públicos con una planta termoeléctrica a gas ubicada en Palmira, y Ecopetrol, el Contrato STF-06-96 para el transporte de gas natural.

El día 26 de febrero de 1998, Ecopetrol cedió el Contrato a Ecogas que, a su vez, lo cedió el 27 de febrero de 2007 a TGI, empresa que tiene el monopolio del transporte de gas por gasoducto al departamento del Valle del Cauca.

Expresa la demanda que al momento de celebrar el contrato la Resolución CREG 057 del 30 de julio de 1996, era la que esta vigente y establecía que el servicio de transporte de gas sería remunerado a través de cargos únicos fijados por la Comisión de Regulación de Energía y Gas- CREG- cuyo valor era actualizado periódicamente por la CREG.

Para esa fecha la CREG establecía un cargo por capacidad, un cargo por uso y un cargo estampilla para remunerar el transporte de gas. Fue así como en el contrato suscrito se señaló que Termoemcali pagaría por el transporte de gas un cargo por capacidad, un cargo por uso y un cargo estampilla. En dicho contrato se estableció que, teniendo en cuenta que el valor de los cargos eran actualizados periódicamente por la CREG, los cargos imputables eran los establecidos por la Comisión sujetos a la modificaciones que la misma establecía.

Manifiesta la demanda que lo anterior, era diferente al concepto de parejas de cargos ya que su creación es posterior a la suscripción del contrato, pues su regulación se encuentra en la Resolución CREG 001 del 20 de enero de 2000.

Aclara que cuando en el clausulado del contrato se hace referencia a los cargos de transporte, no se está haciendo referencia al concepto de parejas de cargos regulados de transporte que remuneran inversión, ya que dicho concepto no existía al momento de celebrar el contrato.

El 20 de enero de 2000, se expidió la Resolución CREG 001 de 2000, que cambió la forma de remunerar el servicio de transporte de gas, introdujo un nuevo concepto, el de parejas de cargos regulados fijo y variable que remuneran inversión, distinto al concepto de cargos. Según la citada resolución, en su artículo 5, los suscriptores de un contrato de gas, podrían pactar libremente la forma de remuneración de la inversión en el servicio de transporte.

Manifiesta la demanda que al suscribir el Otrosí No. 7 las partes por mutuo acuerdo pactaron una pareja de cargos regulados, escogiendo la opción descrita en el literal a.

Relata la reforma a la demanda que el 14 de septiembre de 2004, las partes suscribieron el Otrosí No. 7 en el que se acordó la aplicación de una pareja de cargos 0% fijo y 100% variable, para la remuneración del servicio de transporte de gas.

Adicionalmente extendieron el plazo del contrato hasta el el 31 de diciembre de 2019.

Teniendo en cuenta lo anterior, las partes no establecieron que la pareja de cargos acordada (0% cargo fijo y 100% cargo variable) estaría sujeta a cambios por las disposiciones que la CREG expidiera en un futuro.

Posteriormente la reforma de la demanda hace un análisis de las diferentes Resoluciones proferidas por la CREG, en lo concerniente a la forma de remuneración del servicio de transporte de gas, por pareja de cargos o mediante el procedimiento de aproximación ordinal.

Concluye manifestando que la Resolución CREG 079 de 2011, que sustituyó el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, no estableció que las partes con contratos vigentes deben renegociar las parejas de cargos regulados acordadas y si no llegan a un acuerdo deben dar aplicación al procedimiento de aproximación ordinal. Lo que sí estableció es que debía respetarse lo pactado en los respectivos contratos.

Expresa que según el párrafo 3 del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010 los conceptos de pareja de cargos y de valor de los cargos, son diferentes.

El día 14 de septiembre de 2004 se suscribió el Otrosí No. 7 en el que se acordó que el componente de inversión del servicio de transporte de gas contratado sería remunerado hasta el 31 de diciembre de 2019 en un 100% a través de un cargo variable, es decir, en función de la utilización que hiciera Termoemcali del gasoducto de TGI.

El 27 de diciembre de 2006, las partes suscribieron el otrosi No. 8 y el 11 de marzo de 2011 el otrosi No. 9 y en ninguno de ellos se previó que la pareja de cargos acordada estaría sujeta a cambios por las modificaciones de la CREG.

Teniendo en cuenta el análisis realizado en la reforma de la demanda, manifiesta el apoderado que TGI no puede desconocer la pareja de cargos regulados 0% fijo y 100% variable acordada por mutuo acuerdo con Termoemcali, la cual es ley para las partes.

Sin embargo, teniendo en cuenta las Resoluciones CREG 126 de 2010 y 079 de 2011, TGI ha manifestado que se debe renegociar una nueva pareja de cargos distinta de la pareja de cargos regulados 0% fijo y 100% variable pactada, y en caso contrario, las partes deben acudir al mecanismo de aproximación ordinal aplicando topes mínimos y máximos en función del factor de carga del remitente.

Relata la reforma que en una comunicación que TGI le envió a Termoemcali, manifestó que tenía hasta el 10 de enero de 2013 para aceptar como mínimo una pareja de cargos 98% fijo y 2% variable, so pena de darse inicio al procedimiento de aproximación ordinal. La posición de TGI fue rechazada por Termoemcali a través de varias comunicaciones escritas, en las que le solicitó a esta empresa transportadora respetar la pareja de cargos regulados 0% fijo y 100% variable acordada entre las partes.

Expresa que TGI mediante varias facturas ha cobrado a Termoemcali una pareja de cargos 70% fijo y 30% variable. Facturas que Termoemcali ha rechazado parcialmente por incumplir el contrato.

Por consiguiente, Termoemcali, en cumplimiento de lo dispuesto por la ley, la regulación de la CREG y lo estipulado en el Contrato STF-06-96, no ha dejado de pagarle a TGI el servicio de transporte de gas que presta, conforme a lo que legal y contractualmente le corresponde.

Finalmente, manifiesta la reforma a la demanda que después de realizar varias reuniones, Termoemcali y TGI no pudieron solucionar directamente sus diferencias, razón por la cual el 2 de julio de 2013, dejaron plasmado que quedaba agotada la etapa de acuerdo directo entre las partes y que convocarían un tribunal de arbitramento para resolver la controversia.

1.8.3. La contestación a la reforma de la demanda.

TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P., al contestar la reforma de la demanda, se opuso expresamente a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros, solicitó la práctica de pruebas y propuso excepciones de mérito denominadas:

1. Improcedencia de las pretensiones por falta de fundamento jurídico de las mismas y por ser las mismas violatorias de la Ley 142 de 1994, de la regulación y del Contrato STF-06-96.

Sustenta su excepción manifestando que la convocante se ha negado a dar aplicación al numeral 1.4 de la Sección II del Contrato STF-06-96, que establece que *“los cargos imputables a la prestación del Servicio objeto de este Contrato, serán los establecidos por la Comisión y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que ésta establezca”*. Expresa que dicho numeral está vigente, sin modificaciones y por tanto es vinculante para las partes. Adicionalmente, manifiesta que la ley 142 de 1994, obliga a las empresas a ceñirse a la regulación establecida por la CREG en materia tarifaria, precepto normativo que pretende desconocer la convocante .

2. Incumplimiento de TERMOEMCALI del artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994, norma vigente al tiempo de la celebración del contrato, que por ende debe entenderse incorporada a éste.

Sustenta su excepción manifestando que al ser el transporte de gas un monopolio, dicha actividad está sujeta a la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, y demás organismos pertinentes. Es por ello que la remuneración del servicio de transporte de gas, se determina según los criterios y parámetros establecidos por la CREG y, en particular, los relacionados con la estructura tarifaria, las formulas tarifarias generales y específicas, el nivel o los niveles tarifarios y los topes máximos y mínimos permitidos. Por lo anterior, TGI y TERMOEMCALI tienen la obligación legal de ajustar los cargos de remuneración del servicio prestado con ocasión del Contrato STF-06-96, de conformidad con los nuevos lineamientos establecidos por la CREG. Expresa que la convocante violó el artículo 88.1 de la ley 142 de 1994, ya que se negó a pactar una nueva pareja de cargos y al no asistir al mecanismo de aproximación ordinal.

3. Incumplimiento de TERMOEMCALI del artículo 126 de la Ley 142 de 1994, norma vigente al tiempo de la celebración del contrato, por desconocer la vigencia limitada de las fórmulas tarifarias.

Manifiesta que en el contrato no podría haberse pactado que la pareja de cargos sería inmodificable durante el plazo del contrato, pues ello implicaría el desconocimiento de lo establecido por los artículos 88 y 126 de la Ley 142 de 1994, que establece que las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años.

- 4. La Ley 142 de 1994, se entiende incorporada al Contrato STF-06-96, por estar vigente al tiempo de su celebración, por lo que no podría alegar TERMOEMCALI, que las disposiciones en ésta contenida, no le son aplicables.**

Expresa que **TERMOEMCALI**, contratriando la ley y el contrato alega que los cambios introducidos por la CREG en materia tarifaria, no le son aplicables al referido Contrato. Sin embargo, el artículo 88.1 de la ley 142 de 1994, norma vigente al momento de la celebración del contrato, dispone que *“Las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo en los casos excepcionales que se enumeran adelante.”*

- 5. Incumplimiento de TERMOEMCALI de los acuerdos contenidos en el numeral 1.2 literal e) y el numeral 1.4 de la Sección II del Contrato STF-06-96.**

Expresa que la inclusión de dichos numerales en el Contrato STF-06-96 responde no sólo a la necesidad de que los cargos pactados para remunerar el servicio de transporte de gas se ajustaran a las modificaciones que periódicamente la CREG incluiría respecto de los mismos, en el plazo contractual de 20 años, sino al mandato legal contenido en el artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994, que establece que las empresas deben ceñirse a *“las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas”*.

En consecuencia lo que pretende TERMOEMCALI, es incumplir lo pactado en el Contrato alegando que los cambios regulatorios incluidos en la Resolución CREG 126 de 2010, según fue modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, no son aplicables al referido Contrato.

- 6. El numeral 1.4. de la Sección II del Contrato se refiere a los cargos de transporte en su integridad.**

Sustenta su excepción en el hecho que, las partes expresamente acordaron que *“los contratos imputables a la prestación del Servicio objeto de este Contrato, serán los establecidos por la Comisión y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que ésta establezca”*. La inclusión de dicho numeral en el Contrato STF-06-96 responde no sólo a la necesidad de que los cargos pactados para remunerar el servicio de transporte de gas se ajustara a las modificaciones que periódicamente la CREG incluiría respecto de los mismos, en el plazo contractual de 20 años, sino al mandato legal contenido en el artículo 88.1 de la ley 142 de 1994.

- 7. A la luz de la ley y regulación, asistir al mecanismo de aproximación ordinal es obligatorio, en caso de no llegar a un acuerdo sobre la pareja de cargos a aplicar en el Contrato STF-06-96, por lo que está probado el incumplimiento de la convocante respecto de esta obligación**

Manifiesta que la convocada incumplió con la obligación teniendo en cuenta que la Resolución CREG 126 de 2010 modificada mediante la Resolución CREG 079 de 2010 dejó de excluir a los Termoeléctricos de la obligación de pactar porcentajes fijo/variable, en caso de no llegar a un acuerdo sobre la pareja de cargos a aplicar a determinado contrato. En consecuencia, en caso de no existir acuerdo entre las partes en los tres (3) primeros meses después de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2011, como en efecto sucedió, las partes obligatoriamente deben acudir al mecanismo de aproximación ordinal, en el que deben aplicarse los topes mínimo y máximo establecidos en la Resolución CREG 126 de 2010 y CREG 079 de 2011.

8. El servicio de transporte de Gas es una actividad regulada pese a lo cual, la convocante pretende desconocer la obligatoriedad de la regulación de la CREG

Manifiesta que el transporte de gas es un monopolio natural, lo que implica que dicha actividad, bajo el régimen de libertad regulada, está sujeta a la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, y demás organismos competentes.

9. Incumplimiento de TERMOEMCALI del principio “pacta sunt servanda.”

Teniendo en cuenta el numeral 1.4 de la Sección II del Contrato STF-06-96, es un precepto que vincula a ambas partes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales que para el presente caso, no se han configurado. Por lo anterior, los cargos de transporte vigentes para el Contrato STF-06-96, deben ajustarse a las modificaciones y restricciones introducidas por la CREG mediante la Resolución 126 de 2010.

10. Los actos propios, es decir la conducta de TERMOEMCALI a lo largo de la ejecución contractual, corrobora que los cargos deben ajustarse según la regulación que establezca la CREG y evidencia que en esta demanda TERMOEMCALI está violando el principio de que nadie debe ir en contra de sus propios actos.

Sustenta su excepción expresando que la convocante ha interpretado el numeral 1.4 de la sección II del Contrato-06-96 bajo el entendido de que solo se refiere a las obligaciones de modificar los montos o niveles de los cargos, cuando la CREG así lo establezca. Esta interpretación limitada del numeral 1.4 de la Sección II del Contrato, es contraria a la interpretación que la propia convocada ha sostenido en ocasiones anteriores, cuando la CREG introdujo modificaciones en materia tarifaria. En efecto, mediante el Otrosí No 7, las partes incorporaron al Contrato STF-06-96 los cambios introducidos por la CREG en materia tarifaria, mediante Resolución CREG 001 de 2000, cambios que incluso dieron lugar a la modificación de las definiciones de los cargos de transporte. En dicha ocasión, TERMOEMCALI dio aplicación a lo dispuesto en el numeral 1.4 de la Sección II del Contrato, sin limitar su interpretación a la obligación de modificar el monto o nivel de la tarifa como ahora pretende argumentarlo. En el Otrosí No. N7 las partes ajustaron el referido contrato a los cambios introducidos por la regulación, los cuales eran cambios estructurales, que iban más allá de las modificaciones del monto o nivel de la tarifa. Es así como la conducta anterior de la convocante, no es coherente con la conducta que ahora pretende asumir, en relación con la aplicación del numeral 1.4 de la Sección II el Contrato.

11. TGI actuó conforme a lo pactado en el Contrato STF-06-96 y de acuerdo con la regulación aplicable.

Expresa que el día 5 de agosto de 2010, se expidió la Resolución CREG 126 de 2010 en la que se introdujeron variaciones por parte de la CREG a la forma de determinar la pareja de cargos para remunerar el servicio de transporte de gas, resolución ésta que fue modificada por la Resolución CREG 079 de 2011. Posteriormente, con el fin de ajustar las tarifas específicas para TGI según los cambios regulatorios introducidos en la Resolución CREG 126 de 2010, la CREG mediante la Resolución CREG 110 de 2011, estableció los cargos regulados para TGI, resolución que quedó en firme el 19 de diciembre de 2012, fecha en la que se publicó en el Diario Oficial la Resolución CREG 121 de 2012, mediante la que se resolvieron los recursos de reposición

interpuestos contra la Resolución 110 de 2011. En razón a ello, mediante comunicado radicado 9509 del 24 de diciembre de 2012, TGI informó a TERMOEMCALI, la entrada en vigencia de dicha Resolución, así como las nuevas tarifas que aplicarían al Contrato STF-06-96 a partir del 20 de diciembre de 2012, con ocasión de las modificaciones regulatorias introducidas por la CREG. Así mismo, en dicha comunicación, TGI, atendiendo lo establecido por la referida resolución, propuso a TERMOEMCALI la aplicación de una pareja de cargos “98% fijo 2% variable” para los cargos fijos y variables que remunera la inversión correspondiente al Contrato STF-06-96, advirtiendo que a partir de dicha fecha empezaría a correr el plazo de tres (3) meses establecido en la regulación, para llegar a un acuerdo sobre la pareja de cargos. Como quiera que no fue posible acordar la pareja de cargos del contrato, y considerando la negativa de la convocante a asistir al mecanismo de aproximación ordinal, TGI, mediante comunicado 003909 de 2 de mayo de 2013, informó a la convocante las tarifas de Cargo fijo, Cargo variable y Cargo Ocasional en dólares que se cobrarían provisionalmente en el contrato STF-06-96, según las tarifas establecidas en la Resolución CREG 121 de 2012 y la mínima pareja de cargos a la que la convocante podría aspirar mediante el mecanismo de aproximación ordinal.

12. Inexistencia del supuesto incumplimiento de TGI.

Sustenta su excepción manifestando que TGI en todo momento ha actuado conforme a lo dispuesto en la ley, el contrato y lo regulado en el artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994. Y por lo anterior ha propendido por la aplicación de las modificaciones en materia tarifaria introducidas mediante la Resolución CREG 126 de 2010 y Resolución CREG 079 de 2011, que son de obligatoria aplicación para el Contrato STF-06-96, por disposición expresa del numeral 1.4 de la Sección II del Contrato.

13. Inexistencia de un perjuicio indemnizable sufrido por TERMOEMCALI.

Expresa que no existe el perjuicio alegado por TERMOEMCALI por cuanto el Contrato establece que los cargos de transporte pactados estarían sujetos a los cambios introducidos por la CREG. Por consiguiente, los valores facturados a TERMOEMCALI, corresponden a aquellos que resultan de aplicar los topes mínimos y máximos establecidos en la Resolución CREG 126 de 2010, los cuales son de obligatorio cumplimiento de conformidad con lo dispuesto por la Ley, la regulación y el numeral 1.4 de la Sección II del Contrato. Por lo anterior, al no existir un perjuicio indemnizable no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad contractual alegada.

14. Inexistencia del deber de buena fe por parte de TERMOEMCALI.

Expresa que la convocante, contrariando el artículo 871 del Código de Comercio, ha actuado de mala fe pues ha desconocido la ley, la regulación y el numeral 1.4 de la Sección II del Contrato.

15. Abuso del derecho por parte de TERMOEMCALI.

Manifiesta que la convocante tenía la obligación legal, regulatoria y contractual, de asistir al mecanismo de aproximación ordinal, para ajustar los cargos de transporte conforme las nuevas fórmulas y límites establecidos por la CREG, obligación que la convocada se ha negado a cumplir, generándole perjuicios a TGI, quien no ha recibido la remuneración pactada. Lo anterior constituye **UN ABUSO DEL DERECHO** por parte de la convocante, que lesiona e impide la efectividad del derecho de TGI de obtener la remuneración a la que tiene derecho en el marco de la Ley 142 de 1994.

16. Obstrucción indebida por parte de TERMOEMCALI a la efectividad de los derechos de TGI a recibir la remuneración que le corresponde y generación de

un daño por incumplimiento.

Expresa que la convocante tenía la obligación legal, regulatoria y contractual, de asistir al mecanismo de aproximación ordinal, para ajustar los cargos de transporte conforme a las nuevas fórmulas establecidas por la CREG, obligación que se ha negado a cumplir, generándole perjuicios a TGI, quien no ha recibido la remuneración pactada. Este hecho constituye una obstrucción indebida que impide la efectividad del derecho de TGI de obtener la remuneración a la que tiene derecho en el marco de la Ley 142 de 1994, art. 88.1 y concordante, y de las Resoluciones de la CREG aplicables, causando con ello perjuicios graves a la convocada.

17. TGI ha procedido de manera prudente para no agravar su propio daño, al facultar con las proporciones mínimas que resultarían de la aproximación ordinal, considerando los topes que para ello establece la regulación

Expresa que la convocante incumplió el numeral 16.3.2 de la Resolución CREG 126 de 2010, de obligatorio cumplimiento para todos los remitentes, al negarse a acudir al procedimiento de aproximación ordinal ante la imposibilidad de acuerdo respecto de la pareja de cargos a aplicar en el periodo de tres meses anterior. En razón de ello, se tiene que la pareja de cargos con la que actualmente factura TGI a TERMOEMCALI, es la pareja que cumple con los topes de cargo mínimo y máximo establecidos por la CREG para la pareja de cargos de transporte que remuneran la inversión, lo que evidencia el actuar prudente y diligente de TGI para no agravar su propio daño ni comprometer los recursos públicos involucrados.

18. El perjuicio causado a TGI, debe ser íntegramente reparado.

Lo anterior debido a que la convocante incumplió lo dispuesto en la ley, la regulación y el Contrato STF-06-96, al negarse a fijar la pareja de cargos con base en las opciones establecidas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010 modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, esto es de común acuerdo en el periodo de 3 meses establecido en la regulación, o mediante el mecanismo de aproximación ordinal previsto en dicho artículo.

19. Prescripción y caducidad, en caso de encontrarlo probado en el curso el proceso.

Solicita al Tribunal que declare que operó la prescripción o la caducidad de los derechos alegados por la convocante en la demanda instaurada en contra de TGI S.A. E.S.P.

20. Excepción genérica.

Solicita al Tribunal declarar probado cualquier hecho que tenga el carácter de excepción de conformidad con el artículo 306 del C. de P.C.

1.9. Reforma a la Demanda de Reconvención.

1.9.1. Pretensiones

TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. en la reforma a la demanda de reconvención formula las siguientes,

“PRETENSIONES

a. Pretensiones Declarativas

Pretensión Primera: Que se declare que el Contrato STF-06-96 suscrito entre ECOPETROL, hoy TGI y TERMOEMCALI con todos sus Otrosíes, se encuentra vigente y vincula a las partes.

Pretensión Segunda: Que se declare que para la fecha de suscripción del Contrato STF-06-96 se encontraba vigente la Ley 142 de 1994 y en particular los artículos 88.1 y 126 de la Ley 142 de 1994, los cuales se entienden incorporados al texto del referido Contrato STF-06-96 y, por lo tanto, vinculan a las partes, en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Pretensión Tercera: Que se declare que de conformidad con el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, las formulas tarifarias aplicables al Contrato STF-06-96 tendrán una vigencia de cinco (5) años, en los términos y condiciones del artículo 126 de la Ley 142 de 1994 ya citado.

Pretensión Cuarta: Que se declare que de conformidad con el artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994, y con el pacto de las partes contenido en el numeral 1.4 de la Sección II del Contrato STF-06-96, los cargos de transporte aplicables para dicho Contrato, están sujetos a las modificaciones que periódicamente introduzca la CREG en materia tarifaria.

Pretensión Quinta: Que se declare que de conformidad con los artículos 88.1 y 126 de la Ley 142 de 1994, y con el acuerdo estipulado por las partes en el numeral 1.4 de la Sección II del Contrato STF-06-96, las “Opciones para la determinación que remuneran inversión” contenidas en el Artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, son aplicables al Contrato STF-06-96 y de obligatorio cumplimiento para las partes.

Pretensión Sexta: Que se declare que TERMOEMCALI incumplió la obligación contenida en (i) el numeral 1.4 de la Sección II del Contrato STF-06-96; y/o (ii) la regulación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas; y/o (iii) el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, al negarse a cumplir con la metodología establecida en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010 tal como fue modificado por la Resolución 079 de 2011 para determinar la pareja de cargos que se aplicaría al Contrato STF-06-96, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012.

Pretensión Séptima: Que se declare que en la ejecución del Contrato STF-06-96 no se logró un acuerdo entre el remitente (TERMOEMCALI) y el transportador (TGI), para la determinación de cargos que remuneran la inversión en los términos del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, para el actual periodo tarifario.

Pretensión Octava: Que se declare que TERMOEMCALI incumplió la obligación de acudir al mecanismo de aproximación ordinal previsto en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, mecanismo que tiene como propósito la determinación de los cargos que remuneran la

inversión ante la ausencia de acuerdo entre las partes sobre los mismos.

Pretensión Novena: Que se declare que TERMOEMCALI debe pagar a TGI retroactivamente y hacia el futuro, los valores de la pareja de cargos que resulten de la aplicación del mecanismo de aproximación ordinal contenido en el artículo 16.3 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, los cuales se aplicarán desde el día 1 de abril de 2013, fecha en la cual la convocada se negó a cumplir con su obligación de participar en el mecanismo de aproximación ordinal a efectos de determinar los valores de la pareja de cargos a aplicar al Contrato STF-06-96.

Pretensión Décima: Que se declare que de los valores que resulte obligada a pagar TERMOEMCALI a TGI a partir del mecanismo de aproximación ordinal, se descontaran las cantidades ya pagadas por TERMOEMCALI hasta el momento en que se profiera el laudo arbitral.

b. Pretensiones Condenatorias:

Pretensión Décima Primera : Que se ordene a TERMOEMCALI acudir y participar efectivamente en el mecanismo de aproximación ordinal previsto en el artículo 16.3 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, en un término no mayor a cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria del laudo arbitral.

Pretensión Décima Segunda: Que se condene a TERMOEMCALI a pagar retroactivamente a TGI los valores de la pareja de cargos que resulten de la aplicación del mecanismo de aproximación ordinal, los cuales se aplicarán desde el día 1 de abril de 2013, fecha en la cual la convocada se negó a cumplir con su obligación de participar en el mecanismo de aproximación ordinal a efectos de determinar los valores de la pareja de cargos, suma de la cual se descontarán los valores pagados por TERMOEMCALI hasta la fecha del laudo arbitral.

Pretensión Décima Tercera: Que se condene a TERMOEMCALI al pago del interés bancario de mora autorizado por la Superintendencia Financiera o a la tasa que el Tribunal Arbitral determine, sobre todas las sumas a las que se refiere la pretensión anterior, interés de mora que deberá reconocerse mes a mes desde el 1 de abril de 2013, fecha en la cual la convocada se negó a cumplir con su obligación de participar en el mecanismo de aproximación ordinal a efectos de determinar los valores de la pareja de cargos, hasta la fecha efectiva de pago por parte de TERMOEMCALI.

Primera Pretensión Subsidiaria a la Décima Tercera: Que se condene a TERMOEMCALI al pago de intereses bancario remuneratorio autorizado por la Superintendencia Financiera o a la tasa que el Tribunal Arbitral determine, sobre todas las sumas a las que se refiere la pretensión décima segunda, los cuales deberán reconocerse mes a mes desde el 1 de abril de 2013, fecha en la cual la convocada se negó a cumplir con su obligación de participar en el mecanismo de aproximación ordinal a efectos de determinar los valores de la pareja de cargos, hasta la fecha efectiva de pago por parte de TERMOEMCALI.

Segunda Pretensión Subsidiaria a la Décima Tercera: Que se condene a TERMOEMCALI al pago de: i) el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas resultantes de la pretensión décima segunda, a partir del el 1 de abril de 2013, fecha en la cual la convocada se negó a cumplir con su obligación de participar en el mecanismo de aproximación ordinal a efectos de determinar los valores de la pareja de cargos, y hasta la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda de reconvención; mas ii) intereses moratorios a la más alta tasa aplicable legalmente o a la tasa que determine el Tribunal Arbitral, desde la notificación del auto admisorio de la demanda de reconvención hasta la fecha del pago efectivo por parte de TERMOEMCALI.

Tercera Pretensión Subsidiaria a la Décima Tercera: Que se condene a TERMOEMCALI al pago de : (i) el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas resultantes de la pretensión décima segunda, a partir del el 1 de abril de 2013, fecha en la cual la convocada se negó a cumplir con su obligación de participar en el mecanismo de aproximación ordinal a efectos de determinar los valores de la pareja de cargos y hasta la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda de reconvención , más (ii) intereses comerciales a la más alta tasa aplicable legalmente o a la tasa que el Tribunal Arbitral determine desde la notificación del auto admisorio de la demanda de reconvención hasta la fecha del pago efectivo por parte de TERMOEMCALI.

Cuarta Pretensión Subsidiaria a la Décima Tercera: Que se condene a TERMOEMCALI al pago del valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas resultantes de la pretensión décima segunda, a partir del 1 de abril de 2013, fecha en la cual la convocada se negó a cumplir con su obligación de participar en el mecanismo de aproximación ordinal a efectos de determinar los valores de la pareja de cargos y hasta la fecha del pago efectivo por parte de TERMOEMCALI.

Pretensión Décima Cuarta: Que se condene a TERMOEMCALI a pagar las costas y agencias en derecho que se generen como consecuencia de este proceso”.

1.9.2 Los hechos de la reforma de la demanda de reconvención y su respectiva contestación.

Las pretensiones formuladas por la parte convocada están fundamentadas en los hechos que se resumen a continuación, con su respectiva respuesta.

La apoderada en la reforma de la demanda de reconvención hace un reseña de los hechos relativos al contrato, su celebración y sus aspectos generales que fueron analizados en el capítulo precedente.

Expresa que el transporte de gas natural es un servicio público domiciliario, razón por la cual se rige por la Ley 142 de 1994, vigente al momento de la celebración del Contrato.

Posteriormente, agrupa los hechos relativos a la regulación vigente al suscribir el Contrato- Resolución CREG 057 de 1996, mediante la cual “*se establece el marco*

regulatorio para el servicio público de gas combustible por red y para sus actividades complementarias”, de modo que la misma era aplicable al Contrato.

La remuneración del transportador, durante la vigencia de la citada Resolución se llevaba a cabo a través de una tarifa multiparte o binomio, compuesta por cargos fijos y variables que remuneran la inversión.

El artículo 46 de la mencionada Resolución, consagraba la remuneración del servicio de gas, que reseña la reforma a la demanda de reconvención, expresando que los periodos tarifarios y la vigencia de las fórmulas tarifarias que expide la CREG, están vigentes por un periodo de 5 años, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 126 de la Ley 142 de 1994.

Posteriormente, la reforma de la demanda de reconvención explica en varios de sus hechos los cambios que introdujo la Resolución CREG 001 de 20 de enero de 2000, estableciendo la estructura general de la remuneración del servicio de transporte de gas en Colombia, dando inicio a un nuevo periodo tarifario. Relata que introdujo la denominación de “pareja de cargos” para la tarifa binomio. La única diferencia entre la Resolución CREG 057 de 1996, y la Resolución CREG 01 de 2000, en cuanto a la tarifa, es que en esta última se incluye la posibilidad de pactar la pareja de cargos entre los agentes y remitentes, por oposición a la tarifa universal que se aplicaba a todos los usuarios bajo la vigencia de la Resolución CREG 057 de 1996. Adicionalmente, la Resolución CREG 001 de 2000 incorporó a la regulación un nuevo Cargo por Administración, Operación y Mantenimiento AOM, como un nuevo cargo fijo

Manifiesta la reforma que las partes suscribieron el Otrosí No. 7, en el que incorporaron al Contrato las definiciones de cargos fijos y variables establecidas en la Resolución CREG 001 de 2000 pactando una nueva pareja de cargos 0% fijo y 100% variable para la remuneración del servicio de transporte de gas durante el referido periodo tarifario, con el fin de ajustar el Contrato según lo establecido en la Resolución CREG 001 de 2000 y en la Resolución CREG 125 de 2003, que estableció el valor de la tarifa para ECOGAS.

Expresa que la posibilidad para los termoeléctricos como la convocante de pactar una pareja de cargos “0% fijo y 100% variable” en la que no se considere el volumen transportado en el periodo tarifario anterior, fue modificada y restringida parcialmente en años posteriores por la CREG al proferir la Resolución CREG 126 de 2010, y luego en la Resolución CREG 079 de 2011. Las nuevas limitaciones aplican en el proceso de aproximación ordinal dispuesto por la regulación, mecanismo de solución de diferencias o controversias creado por la regulación de la CREG para dirimir desacuerdos sobre las parejas de cargos cuando las partes no hayan logrado un acuerdo-

Alega la convocada que si las partes pactaron en el Otrosí No. 7 la aplicación de una Pareja de Cargos “0% fijo/100% variable”, ello no implicaba que dicha pareja de cargos sería inmutable, inmodificable.

Manifiesta que con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 7, se expidió la Resolución CREG 126 de 2010, mediante la cual se establecieron nuevas formulaciones y metodologías generales para la remuneración del servicio de transporte de gas natural y el esquema general de cargos del Sistema Nacional de Transporte.

Dicha Resolución CREG 126 de 2010 mantenía la estructura tarifaria introducida en la Resolución CREG 001 de 2000, conservando la tarifa multiparte compuesta por un cargo fijo y un cargo variable, así como el cargo por AOM.

Relata la reforma que la Resolución CREG 079 de 2011 expedida el 16 de junio de 2011, modificó la Resolución CREG 126 de 2010 siendo las más relevantes las modificaciones introducidas al artículo 16 de dicha resolución, las cuales se encuentran vigentes en la actualidad y son de obligatorio cumplimiento.

Posteriormente, indica que el día 20 de diciembre de 2012 se publicó la Resolución CREG 121 de 2012, fecha en la cual entraron en vigencia los cargos de transporte para TGI para el nuevo periodo tarifario, con base en los criterios y metodologías introducidas en la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución 079 de 2011.

Expresa que la convocante rechazó la pareja de cargos propuesta en la etapa de negociación libre de la pareja de cargos, de 98% fijo, 2% variable, tal como consta en comunicación GTE-7349-13, del día 10 de enero de 2013.

Manifiesta la reforma que se cruzaron varios correos con el fin de establecer la pareja de cargos, sin que hubiese acuerdo alguno. Lo anterior conllevó a que la convocante incumpliera el numeral 16.3.2 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, de obligatorio cumplimiento para todos los remitentes y transportadores en el sentido de negarse a acudir al procedimiento de aproximación ordinal que se llevaría a cabo en las oficinas de ANDESCO para fijar los cargos y tarifas aplicables al Contrato, con ocasión de los cambios introducidos por la referida resolución.

Señala la reforma que ante el incumplimiento de la convocante TGI, facturó el servicio prestado conforme la pareja 70% Cargo Fijo y 30% Cargo Variable, que corresponde a la mínima pareja de cargos a la cual podría aspirar TERMOEMCALI en el procedimiento de aproximación ordinal en función de su factor de carga histórico.

Finalmente afirma que TGI y TERMOEMCALI llevaron a cabo diversas reuniones para arreglar las controversias de forma directa, sin que haya sido posible llegar a un acuerdo sobre las mismas, en consecuencia, las partes entendieron agotada la etapa de arreglo directo, dando paso a la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento.

TERMOEMCALI I S.A. E.S.P. al contestar la reforma de la demanda de reconvención, se opuso expresamente a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros, solicitó la práctica de pruebas y propuso excepciones de mérito denominadas:

1. Contrato cumplido.

Sustenta esta excepción manifestando que Termoemcali, en cumplimiento de lo dispuesto por la ley, la regulación de la CREG y lo estipulado en el Contrato, le ha pagado a TGI los cargos fijo y variable de inversión que periódicamente ha fijado la CREG para TGI, respetando la pareja de cargos regulados de inversión pactada por las partes.

Por consiguiente, no se ha presentado ningún incumplimiento de Termoemcali y esta empresa no debe ninguna suma a TGI.

2. Pago de lo contractualmente debido.

Termoemcali le ha pagado a TGI lo que contractual y legalmente le corresponde.

3. El Contrato es ley para las partes.

Manifiesta que de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes, en consecuencia, TGI se encuentra legalmente obligada a respetar la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable que contractualmente estipuló por mutuo acuerdo con Termoemcali para remunerar hasta el 31 de diciembre de 2019 la inversión del servicio de transporte de gas bajo el Contrato STF-06-96.

4. Inexistencia de la obligación.

Expresa que Termoemcali no se encuentra obligada a pagar a TGI montos distintos a los resultantes de aplicar la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable pactada por mutuo acuerdo entre las partes.

5. Cobro de lo no debido.

Manifiesta que teniendo en cuenta que Termoemcali no debe montos distintos a los resultantes de aplicar la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable pactada por mutuo acuerdo entre las partes, TGI le está cobrando audazmente a Termoemcali lo que no debe.

6. Ausencia de causa y falta de fundamento de las pretensiones formuladas por TGI.

Sustenta su excepción manifestando que de acuerdo con lo estipulado en el Contrato y lo establecido por el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por la Resolución CREG 079 de 2011, Termoemcali no está obligada a participar en una nueva negociación de la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable acordada con TGI, por lo que consiguientemente tampoco se encuentra obligada a participar en ningún mecanismo de aproximación ordinal.

Expresa que el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por la Resolución CREG 079 de 2011, no obliga a Termoemcali a renegociar o modificar la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable estipulada por mutuo acuerdo con TGI en el Contrato STF-06-96 mediante la suscripción del Otrosí No. 7 del 14 de septiembre de 2004, ni a variar la modalidad o tipo contractual y la asignación de riesgos pactados en el Contrato STF-06-96, que determinan que el transporte de gas en su componente de inversión debe ser pagado sólo en función del volumen de gas efectivamente transportado.

7. Controversia contractual y no regulatoria.

Expresa que según la CREG, las controversias referentes a la aplicación a los diferentes contratos de transporte de gas de lo previsto por el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, corresponden a un asunto de naturaleza contractual y no regulatorio, por lo que el juez competente para resolver esta clase de conflictos no es la CREG sino los jueces naturales pactados en los respectivos contratos de transporte de gas.

8. Falta de competencia.

Expresa que, según lo manifestado por la convocada en su demanda de reconvención reformada, en la que afirma que el presente asunto corresponde a una controversia regulatoria y no contractual, la competencia para resolver la controversia no la tendría el Tribunal Arbitral sino la CREG, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 73.8 de la Ley 142 de 1994.

9. Validez de la pareja de cargos regulados pactada entre TGI y Termoemcali.

Manifiesta que la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable acordada entre TGI y Termoemcali para el Contrato cumplía la regulación anterior y actual por lo que la misma es válida y vinculante para las partes y no requiere ser modificada bajo la regulación actual.

La opción regulatoria que escogieron TGI y Termoemcali para pactar por mutuo acuerdo la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable, así como esta pareja misma, cumplían y eran permitidas por la regulación vigente en su momento, y siguen siendo permitidas según la regulación actual.

10. Enriquecimiento sin causa.

Manifiesta que el valor del cargo variable es superior al del cargo fijo, de manera que la pareja de cargos regulados 0% fijo y 100% variable acordada con Termoemcali remunera perfectamente la inversión de TGI, razón por la cual las sumas cuyo pago pretende TGI generarían un enriquecimiento sin causa para la convocada.

11. TGI no puede ir contra sus actos propios (Venire Contra factum proprium non valet).

Expresa que la convocada no pactó en el Contrato ni en ninguna de sus modificaciones, otrosíes o actas, que la pareja de cargos regulados de inversión acordada con Termoemcali estaría sujeta a cambios. En consecuencia, TGI no puede desconocer sus propios actos.

12. Mala fe de TGI.

Manifiesta que la convocada unilateralmente, de manera abusiva y arbitraria, está cobrando a Termoemcali una pareja de cargos distinta a la que contractualmente pactaron.

13. Fuerza Mayor o Caso Fortuito o Evento Excusable

De conformidad con lo estipulado en el numeral 4.7 de la Sección II del Contrato establece las consecuencias del incumplimiento del contrato por eventos de fuerza mayor o caso fortuito.

14. Interpretación a favor de Termoemcali.

Expresa que de conformidad con el artículo 1624 del Código Civil, cualquier duda interpretativa respecto de lo estipulado en el Contrato en relación con la pareja de cargos pactada en el mismo, debe resolverse a favor de Termoemcali.

15. Abuso del derecho y de la posición dominante.

Expresa que la convocada ha aceptado que tiene el monopolio del transporte de gas y por tal razón abusa de su posición dominante, cobrando arbitrariamente a Termoemcali una pareja de cargos distinta a la contractualmente estipulada.

16. Inexistencia de mora.

Manifiesta que no habiendo causa jurídica para que se ordene a Termoemcali pagar los valores que reclama TGI, resulta improcedente cualquier cobro de actualización monetaria e intereses.

17. Compensación.

Solicita que opere la compensación, en el evento en que TGI le adeude sumas de dinero a Termoemcali.

18. Toda excepción derivada de cualquier oposición, réplica, contrarréplica, y en general de cualquier medio de defensa de la demandada

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, solicita que se tenga como excepción cualquier medio de defensa de Termoemcali que resulte demostrado en el proceso.

2.- CONSIDERACIONES

Una vez precisada la controversia planteada por las partes, para su decisión en derecho, el Tribunal:

- I. En primer lugar, se referirá a los presupuestos procesales.
- II. En segundo término, la tacha de los testigos **LUIS IGNACIO BETANCUR ESCOBAR, EDUARDO AFANADOR IRIARTE Y ANA MARÍA FERREIRA MIANI.**
- III. En tercer lugar, la objeción por error grave a la experticia rendida por **ANA MARÍA FERREIRA MIANI.**
- IV. En cuarto lugar, el estudio y decisión de las pretensiones de las demandas y las correspondientes excepciones perentorias frente a ellas.
- V. Las objeciones a los juramentos estimatorios mutuamente presentados respecto de la reforma de la demanda y de la reforma de la demanda de reconvencción.

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

La totalidad de los denominados “presupuestos procesales”²⁷ concurren en este proceso, así:

1. DEMANDAS EN FORMA

Si bien es cierto este requisito dejó de ser considerado como presupuesto procesal, destaca el Tribunal que la solicitud de convocatoria y demanda arbitral, así como la demanda de reconvencción, y sus respectivas reformas se ajustan, en lo formal, a la plenitud de las exigencias normativas consagradas por el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de agosto de 1954.

2. COMPETENCIA

El Tribunal, según analizó detenidamente en la providencia proferida el veinticinco (25) de septiembre de 2014, como consta en el Acta No. 8, lo que también había hecho para decidir sobre las admisiones de las demandas, que es competente para el juzgamiento y decisión de la controversia planteada en las pretensiones de las reformas de las demandas, todas de contenido particular, específico y concreto, de naturaleza patrimonial, económica y susceptibles de transacción y disposición entre sujetos plenamente capaces y, por ende, de “pacto arbitral”, de ahí que es competente para decidir la presente controversia.

En cuanto a la excepción de falta de competencia que se propuso frente a la demanda de reconvención, ella no prospera, puesto que se fundamenta en la consideración que la convocante atribuye a TGI en el sentido de que la controversia suscitada entre las partes es de índole regulatoria, circunstancia que conduciría a que su conocimiento correspondiera al ente regulador y no a este Tribunal. Para el Tribunal, tal como se hará referencia más adelante, se trata de una controversia derivada de la interpretación de contrato a la luz de la regulación, de manera que no invade en manera alguna las atribuciones de la CREG.

3. CAPACIDAD DE PARA SER PARTE Y CAPACIDAD PROCESAL.

TERMOEMCALI I S.A. E.S.P y TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P., son sujetos plenamente capaces y, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, abogados titulados, debidamente constituidos y, por ende, tienen capacidad para ser parte y también capacidad procesal, por ser sujetos de derecho debidamente constituidos y plenamente capaces, de ahí que estos dos presupuestos procesales igualmente se estructuran.

Conviene señalar, por último, que el Laudo que pone fin al litigio, conforme a lo pactado, se profiere en derecho, y dentro del término hábil para su pronunciamiento.

II. LA TACHA DE LOS TESTIGOS LUIS IGNACIO BETANCUR ESCOBAR, EDUARDO AFANADOR IRIARTE y ANA MARÍA FERREIRA MIANI.

1. En audiencia del día veintisiete (27) de octubre de 2014, el apoderado de la parte convocante, conforme a las reglas previstas en los artículo 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil, tachó como sospechoso al testigo **LUIS IGNACIO BETANCUR ESCOBAR**. En resumen, él fundamenta la tacha en el hecho de que el testigo ha prestado asesoría a TGI y representa intereses del Grupo Energía de Bogotá, propietario de TGI, circunstancias que a su juicio, por la dependencia e interés que tiene el señor Betancur con TGI, afecta su imparcialidad y credibilidad, por lo cual se solicita al Tribunal “tener tener especial cuidado al momento de analizar la objetividad de este testimonio.”

La apoderada de la parte convocada se opuso a la tacha por considerarla infundada dadas las calidades, conocimiento y trayectoria del testigo.

2. En audiencia del día cuatro (4) de diciembre de 2014, la apoderada de la parte convocada tachó como sospechoso al testigo **EDUARDO AFANADOR IRIARTE**, conforme a las reglas previstas en los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil y cuya declaración se decretó a instancia de TERMOEMCALI en los siguientes términos:

“DRA. MONROY: Entonces lo voy a tachar de sospechoso ya que estamos todavía en la audiencia, lo tacho de sospechoso por circunstancias de que su testimonio me parece que está gravemente faltando a la verdad, no lo quería tachar pero en vista de eso y por su última respuesta específica considero que no aclaró suficientemente al Tribunal, que sólo en la etapa de mutuo acuerdo es posible pactar cualquier pareja y cualquier precio no de manera general, por esa razón formulo la tacha”.

3. El mismo día el apoderado de la parte convocante tachó **ANA MARÍA FERREIRA MIANI**, conforme a las reglas previstas en el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil, en los siguientes términos:

“DR. ROLDAN: Muy bien señor Presidente, entonces con base en las relaciones contractuales que tiene y ha tenido la doctora Ana María Ferreira con TGI y con diferentes empresas y de manera directa con su accionista mayoritario que es la Empresa de Energía de Bogotá, el Grupo de Energía de Bogotá y teniendo en cuenta además la multiplicidad de contradicciones y tergiversaciones que hemos escuchado a lo largo de su testimonio respecto del contenido de las resoluciones, los conceptos de la CREG y lo que está pactado en el contrato manifiesto que en los términos de los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil tacho por sospechoso su testimonio en cuanto que resulta evidente y palmaria, dadas las circunstancias que he anotado, la falta de imparcialidad de la doctora Ana María Ferreira”.

La apoderada de la parte convocada se pronunció al respecto manifestando:

“DRA. MONROY: Gracias señor Presidente, por supuesto me opongo a la tacha que ha formulado el doctor Roldan máxime con las argumentaciones que lo fundamentan que bien le pueden aplicar a sus testigos técnicos pagados que trajo a acá, tanto al doctor Afanador, como al doctor Fernando Barrero quienes aceptaron claramente recibir honorarios y además en su grandísima hoja de vida mostrarnos que tiene relaciones con todos los mismos clientes prácticamente que la doctora Ana María lo cual es muy lógico y entendible porque este es un sector muy pequeño.

El Presidente del Tribunal manifestó:

“DR. LÓPEZ: El Tribunal en su momento considerará el tema, la tacha de sospecha pero recuerda, desde el punto de vista del alcance que tiene la tacha, es que se analice con un especial cuidado la respectiva declaración y así lo hará el Tribunal obviamente”.

Consideraciones del Tribunal

De conformidad con lo señalado por la H. Corte Suprema de Justicia “La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le 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.”²⁸

²⁸ Sentencia del 12 de febrero de 1980, ponencia del Dr. José María Esguerra Samper. En el mismo sentido n Sentencias del 19 de septiembre de 2001, abril 29 y mayo 16 de 2002 (Exp. No. 6228), en los que la Corte

Aplicando las directrices antes señaladas a los tres concretos señalamientos, se advierte que frente a la tacha formulada respecto del declarante **LUIS IGNACIO BETANCUR ESCOBAR**, encuentra el Tribunal, que si bien la condición de haber prestado asesoría a TGI para el caso en concreto, podría llegar a afectar su imparcialidad al declarar sin que esta afirmación implique juicio alguno respecto de las calidades profesionales y éticas del testigo, dicha circunstancia la Tribunal tuvo en cuenta al efectuar la valoración de esta prueba con las demás pruebas del proceso, tal y como lo establece nuestro estatuto procesal, encontrando que dicho testimonio en modo alguno puede descalificarse y debido a que en aspectos esenciales coincide con las demás versiones rendidas en este proceso, se despachará negativamente la tacha formulada por el apoderado de la parte convocada.

Ahora bien, con respecto a la segunda tacha formulada por la apoderada de la parte convocada contra el testigo **EDUARDO AFANADOR IRIARTE**, no es de recibo, pues más que a relieves las razones para suponer una eventual pérdida de imparcialidad en su versión, se enfocó a la crítica de su testimonio, por lo que concluye el Tribunal que el motivo que invocó no es suficiente para calificarlo de testigo sospechoso, de ahí que se niega la declaración pedida, no sin advertir que lo anterior no ha sido óbice para analizar versión con especial cuidado.

Por último con respecto a la tacha formulada por el apoderado de la parte convocada contra el testimonio de la Señora **ANA MARÍA FERREIRA MIANI**, considera el Tribunal que a pesar de que la doctora Ferreira tenga una relación contractual con la convocada, su testimonio fue valorado con especial cuidado y el estar de acuerdo o no con la opinión del testigo en ningún momento implica que que falte a la verdad o que se pueda estimar como parcializada, máxime si se trata de opiniones sobre aspectos eminentemente técnicos, razón por la cual el Tribunal también niega la tacha formulada.

III. LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE DE LA EXPERTICIA RENDIDA POR ANA MARÍA FERREIRA MIANI.

Es necesario resolver la objeción por error grave formulada por el apoderado de la parte convocante a la experticia rendida por solicitud de parte, por la doctora **ANA MARÍA FERREIRA MIANI** y aportada por la convocada con la reforma a la demanda de reconvención.

La mencionada experticia rindió concepto sobre los aspectos técnicos- regulatorios relacionados con los cambios introducidos por la CREG desde el año 1996 hasta la fecha por las resoluciones CREG 001 de 2000, CREG 126 de 2010, CREG 079 de 2011 y CREG 110 de 2012 en relación con el transporte de gas, los principios tarifarios contenidos en la normatividad vigente y su relación con la naturaleza económica del servicio, el concepto de tarifas para la remuneración del servicio, las disposiciones de la CREG tanto históricas como vigentes en materia de tarifas de transporte de gas y la aplicación de estas disposiciones al contrato STF-06-96, entre otros aspectos.

Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, señaló: "... el recelo o la severidad con que el fallador debe examinar estos testimonios, no lo habilita para desconocer, a priori, su valor intrínseco, debido a que la sospecha 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".

Para precisar el error en que incurre la profesional en su dictamen, el apoderado de la parte convocante en la contestación a la reforma de la demanda de reconvencción manifestó:

“En el evento que el Tribunal Arbitral llegare a decretar como experticia de parte el documento elaborado por la doctora Ana Maria Ferreira que la reconviniere aporta con la reforma de la reconvencción, manifiesto desde ahora, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, que **objeto por error grave** dicho documento, como quiera que el mismo, según se ha expuesto a lo largo de este escrito y se corroborará con su declaración, adolece de imparcialidad, contiene conceptos que son contrarios a la ley y a la regulación y que resultan contraevidentes y desborda la órbita de lo que legalmente debe ser una experticia técnica, al pronunciarse sobre puntos de derecho que están vedados a los auxiliares de la justicia”.

Adicionalmente manifestó que “dicho documento no cumple los requisitos legalmente establecidos para que pueda ser decretado como experticia (...) por cuanto el mismo carece de manera evidente de imparcialidad.”

Manifiesta que dicho documento versa sobre puntos de derecho por cuanto concluye en su escrito que *“Dado que el concepto de cargos contenido en la cláusula 1.4 no es restrictivo a un simple valor y que el contrato reconoce que están sujetos a la regulación de la CREG así como a las disposiciones de cada período tarifario, tanto a TGI como a TERMOEMCALI les es aplicable el artículo 16 tal y como fue modificado por la Resolución 079 de 2011. En la medida en que las partes no llegaron a un acuerdo dentro de los plazos fijados por la CREG para el nuevo período tarifario deben fijar los valores de los cargos fijo y variable a través del procedimiento de aproximación ordinal”*.

Expresa que dicho documento no versa sobre puntos que deben constituir el objeto de la pericia, como lo dispone el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, ni tampoco cumple con lo dispuesto en el artículo 237 ibídem.

Adicionalmente precisa que:

“El escrito elaborado por la doctora Ana Maria Ferreira no involucra ningún conocimiento científico o técnico especializado, ni es el resultado de exámenes, experimentos o investigaciones técnicas o científicas, puesto que el mismo no constituye más que una disertación de contenido jurídico que desnaturaliza por completo el objetivo de una prueba pericial, que no es otro que ilustrar al juez en aspectos ajenos por completo a la ciencia jurídica”.

Por su parte, la apoderada de la parte convocada, en el escrito que recorrió el traslado de las excepciones de la contestación de la reforma de la demanda de reconvencción manifestó:

Frente a la objeción por error grave formulada por TERMOEMCALI, debe mencionarse que dicha figura fue eliminada del trámite arbitral, en tanto el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, aplicable al presente proceso, señala lo siguiente: (...)

“Lo anterior basta para desestimar la referida objeción por error grave, que en cualquier caso es infundada, dada la inexistencia de error grave alguno en el dictamen de parte”.

Consideraciones del Tribunal

Ante todo, es necesario poner de presente que el art. 31 de la ley 1563 de 2012 en su inciso quinto no suprimió la posibilidad de objetar por error grave los dictámenes periciales, pues lo que eliminó la disposición fue el tortuoso trámite que implicaba la objeción, al prescribir “que en ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave”, pero señala que se puede controvertir, de modo que es pertinente analizar y decidir lo que sea del caso frente a la objeción por error grave mencionada que se orienta, en lo pertinente, por las disposiciones del C. de P.C.

Es menester sentar someramente algunos planteamientos teóricos acerca de lo que es el error grave en un dictamen pericial²⁹ y al respecto se debe poner de presente que el error grave, así lo dispone el numeral 4 del art. 238 del C. de P.C., implica que el mismo “*haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos*” o que “*se haya originado en éstas*”, disposición respecto de la cual existe abundante literatura jurídica que, de manera concordante, pone de presente que la falla debe ser de tal entidad *que de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos*.

La objeción es el reparo o reproche que se formula al dictamen del experto, basado en un cargo directo e imputación de un error grave contra su concepto, y no solamente una crítica o la expresión de un desacuerdo.

El señalamiento del error debe ir acompañado de una explicación de por qué se califica como equivocado frente a la realidad, el criterio del perito. De esa manera se dibujará la forma como se quiere desvirtuar el dictamen.

Para la jurisprudencia colombiana, la calidad de grave del error descansa en las cualidades esenciales del objeto examinado en la pericia, si se afecta o altera la naturaleza del mismo, o es otro; o se origina en el hecho que la peritación peque contra la lógica; o el error es de tal magnitud que es fuente de conclusiones equivocadas.

Se tiene así que el desacuerdo con las fundamentaciones o las conclusiones de un perito, no constituye por sí solo razón plausible para admitir la censura por error, pues es necesaria la evidencia de una abierta pugna de lo sostenido por el experto con la realidad, de manera tal que pueda llevar a quien analiza la prueba a tomar decisiones equivocadas o imprecisas, sin que sea adecuada una objeción que más que mirar los aspectos básicos del trabajo que se quiere censurar, se centra en aspectos menores del peritaje en orden a mostrar fallas de detalle pero no de esencia en el mismo; en fin debe tratarse de un cuestionamiento al trabajo técnico por falencias de fondo.

También se debe tener en cuenta que para el análisis de la experticia es menester considerarla de manera integral, es decir junto con sus complementaciones y aclaraciones, de modo que es posible que lo que aparentemente pueda ser mirado como un grave error, con aquellas deje de tener esa entidad, por ser ese uno de los fines de dichas conductas.

Se advierte que siempre la prueba pericial tiene como finalidad ayudar a formar el criterio del juez respecto de ciertos puntos que se controvierten dentro de un debate

²⁹ En similar sentido TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE FERSOFT LIMITADA y FÉLIX EDUARDO RODRÍGUEZ CÁRDENAS contra GRANAHORRAR BANCO COMERCIAL S.A. LAUDO ARBITRAL DE 25 de Mayo de dos mil siete (2007) Árbitros Juan Pablo Cárdenas, Jorge Santos Ballesteros y Hernán Fabio López

judicial, pero que no tiene carácter imperativo para la decisión a tomar³⁰, pues del análisis y crítica de la respectiva experticia sacará el juez sus conclusiones, que bien pueden apartarse de las del perito, sin que esa circunstancia conlleve que aquel haya incurrido en error grave, pues no se puede perder de vista que la decisión final, basada en el análisis de los elementos probatorios y crítica de ellos, corresponde exclusivamente al juez.

En otras palabras, el hecho de que se decida una objeción por error grave declarando no probado el mismo, no implica que se deba admitir sin análisis y valoración las conclusiones a las cuales llegó el perito; es más, aún sin declararlo como incurso en grave error, puede apartarse de los criterios señalados, debido a que siempre prima la opinión del juez, quien tiene el poder decisorio, pero una eventual diversidad de pareceres no conlleva necesariamente que el experto se haya equivocado de manera grave por el hecho de que el fallador no admita, total o parcialmente, sus opiniones.

Tan claro es lo anterior, que aún en el evento de que no se formule objeción, idéntico poder crítico frente a la experticia se tiene por el juez.

El dictamen pericial, como todo medio de prueba, está destinado a ser analizado por el juez, de modo que así la ley autorice al perito para efectos de consultar el expediente y los documentos que estime necesarios, no extiende sus atribuciones a la valoración y crítica de esos documentos u otros medios probatorios³¹, por ser esta conducta, se reitera, del exclusivo ámbito del juez.

Finalmente se destaca que no es susceptible de ser calificado como error grave el silencio del perito sobre determinados aspectos, lo cual puede dar lugar a criticar la labor como de deficiente o incompleta, más no de errada, por sustracción de materia.

A juicio del Tribunal, el error grave, no puede consistir en una simple apreciación, en una observación o crítica y mucho menos en una simple opinión o la inconformidad que se formule por las partes sobre una parte o la totalidad de las respuestas dadas por los expertos, como sucede en el presente caso y menos si se trata de una opinión y no de un relato de hechos.

Aplicadas las directrices anteriores al caso concreto, observa el Tribunal, que las preguntas formuladas a la experta se limitaban a conocer su opinión sobre los aspectos técnicos- regulatorios relacionados con los cambios introducidos por la CREG desde el año 1996 hasta la fecha, por las diferentes resoluciones expedidas con relación al asunto sometido a consideración del Tribunal. Así las cosas la experta contestó las preguntas como le fueron formuladas, bajo la órbita misma de su profesión, sin incluir, a juicio del Tribunal, valoraciones jurídicas.

De igual forma, observa el Tribunal, que el escrito de objeción no singulariza errores con caracteres de gravedad conforme a lo dispuesto por el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, sino una disconformidad en torno de la metodología que empleó la experta. Así las cosas, el Tribunal, considera que la objeción formulada,

³⁰En la experticia que algunos doctrinantes califican como “peritazgo requisito” y que toca esencialmente con avalúos de bienes, una vez surtida la contradicción de ella, el valor establecido queda como requisito del trámite pertinente y por la suma determinada lo debe tener el juez para los fines pertinentes, tal como sucede con el avalúo pericial de bienes para acceder al remate en procesos ejecutivos, circunstancia diversa de la que en el presente caso se da respecto de los dos dictámenes objetados.

³¹Tan ostensible es la limitación que el numeral 5 del art. 237 del C. de P.C. dispone: “3. Cuando en el curso de su investigación los peritos reciban información de terceros que consideren útiles para el dictamen, lo harán constar en éste, y si el juez estima necesario recibir los testimonios de aquéllos, lo dispondrá así en las oportunidades señaladas en el artículo 180.”

no denota la presencia de un yerro relevante que incida en sus conclusiones, razón por la cual no prospera la objeción planteada.

IV. EL ESTUDIO Y DECISIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LAS DEMANDAS Y LAS CORRESPONDIENTES EXCEPCIONES PERENTORIAS FRENTE A ELLAS.

El Tribunal analizará las características del contrato suscrito entre las partes para decidir la situación fáctica controvertida de conformidad con sus alcances, los argumentos de las partes en sus correspondientes escritos y los elementos probatorios, y de esa forma determinar si se dan los supuestos legales expresados en las pretensiones de la reforma de la demanda, o, en su caso, los de la contestación de la misma, para ocuparse posterior y finalmente de la reforma de la demanda de reconvenición y lo que con ella concierne.

1. EL OBJETO DEL PROCESO.

1.1. El laudo arbitral no es nada diverso a la sentencia que profieren los árbitros; se trata tan solo de una denominación sinónima para destacar la clase de proceso en el que se profiere la decisión, tema éste que se puede calificar de axiomático en el campo del derecho procesal.

1.2. En tal orden de ideas, toda la normatividad aplicable a los requisitos formales, características y alcances de la sentencia se predicen respecto del laudo arbitral, campo dentro del que tiene especial relevancia lo dispuesto en el inciso segundo del art. 305 del Código de Procedimiento Civil, atinente a que en la sentencia no es posible decidir “por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta”, disposición que marca el lindero dentro del cual puede darse la decisión judicial³², norma que es especialmente exigente para efectos de obligar al demandante a señalar con precisión sus pretensiones y los hechos sustentatorios de éstas, tal como lo disponen los numeral 5 y 6 del art. 75 del Código de Procedimiento Civil.

1.3. Al prescribir el artículo 305 del referido estatuto, que no es posible condenar por “objeto distinto” ni “por causa diferente” a la indicada en la demanda, queda establecido que los efectos vinculatorios de la sentencia tienen que mirarse frente al objeto del proceso, de manera que es menester precisar cuál fue el objeto del mismo para efectos de desentrañar sus alcances.

1.4. Si bien es cierto en materia de excepciones el juez goza de mayor poder para efectos de declarar probadas aún de oficio las que se estructuran, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deben ser alegadas, en caso de que se declare probada una excepción, el alcance de la sentencia igualmente está circunscrito en lo que a sus efectos concierne, con el objeto del proceso.

1.5. En este orden de ideas se tiene que de acuerdo con las dos demandas, la finalidad perseguida por ellas, es decir el objeto del proceso, está circunscrito a los alcances que tiene el contrato Contrato STF-06-96 suscrito entre Termoemcali y TGI (antes Ecogas y anteriormente Ecopetrol) el 30 de octubre de 1996 para el transporte de gas natural, y las eventuales modificaciones frente al mismo provenientes de diversas resoluciones expedidas por la CREG, en lo concerniente con la regulación de parejas de cargos fijo y variable para efectos de remunerar la

³² En casos excepcionales y previstos en la ley, especialmente en la jurisdicción de familia, el juez puede ir más allá de lo pedido, pero no es el caso del presente evento.

inversión del servicio de transporte de gas, pero se identifican en admitir que el contrato está vigente y que no se puede predicar vicio alguno del mismo.

1.6. Tan ostensible es lo anterior que la primera pretensión de la demanda inicial y la correspondiente de la demanda de reconvenición son coincidentes en señalar, según la primera: “Que se declare que el Contrato STF-06-96 suscrito entre Termoemcali y TGI (antes Ecogas y anteriormente Ecopetrol) el 30 de octubre de 1996 para el transporte de gas natural, y sus modificaciones, se encuentra vigente y vincula a las partes.”, y pedir la segunda “Que se declare que el Contrato STF-06-96 suscrito entre ECOPETROL, hoy TGI y TERMOEMCALI con todos sus Otrosíes, se encuentra vigente y vincula a las partes.”, circunstancia que, en aras de la concreción que debe presidir la redacción de toda sentencia y estar debidamente establecida en el proceso por otras pruebas³³, a más de la mutua manifestación coincidente advertida, el Tribunal admite y así lo declara en este laudo, de modo que el estudio que prosigue parte del presupuesto anterior o sea la vigencia del contrato STF 06-96 y sus alcances vinculatorios para las partes, lo que releva al Tribunal, por ser innecesario, de realizar algunas consideraciones generales acerca del poder vinculante de los contratos válidamente celebrados tal como en este caso sucede, pues de entrada las partes lo admiten, pero discrepan en cuanto al alcance de algunas de sus cláusulas.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL PARA DECIDIR EL CONFLICTO PLANTEADO EN LA DEMANDA Y EN LA RECONVENCIÓN.

2.1. Anotaciones generales.

El Tribunal analizará puntualmente los hechos acaecidos durante el desarrollo del Contrato STF-06-96, que los contratantes ubican en el régimen de la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento que mutuamente se imputan de sus obligaciones bajo el convenio, con el fin, primero de establecer si en efecto, ellas o alguna de ellas incurrió en la conducta constitutiva de omisión sancionable con la declaración que se deprecia por las partes, y si siendo así, en su caso, la misma tuvo o no justificación –en los términos del contrato, de la ley o de la regulación vigente-, o si, por el contrario los hechos alegados no constituyen a juicio del tribunal, hechos de incumplimiento que acrediten o ameriten las declaraciones y consecuentes condenas cuya declaración e imposición solicitan las partes a este Tribunal.

De igual manera, deberá el Tribunal analizar el impacto y consecuencias que en el contrato y la interpretación de sus estipulaciones así como los alcances de su contenido, tuvieron los pronunciamientos de la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG respecto de las diversas posiciones de las partes sobre la regulación emitida, como resultado de las sendas consultas que le fueran formuladas al ente regulador por los cocontratantes en idéntico sentido, en la búsqueda, precisamente, de la interpretación por parte de la autoridad del alcance de las Resoluciones, interpretación divergente que ha dado lugar las diferencias que las tienen enfrentadas en este trámite arbitral.

Este análisis adquiere relevancia, toda vez que la disputa sometida a la decisión de este Tribunal es fruto de la interpretación individual que cada una de las partes del Contrato STF-06-96 ha hecho respecto de la regulación contenida en la normativa expedida por la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG, en adelante CREG –particularmente las Resoluciones Nos. 057 de 1996, 001 de 2000,

³³ Basta mencionar el otrosí # 10 del 26 de agosto de 2013, que obra al folio 87, en el que las partes modifican los alcances de la cláusula compromisoria, cuya primera consideración es: “Que el contrato de transporte de gas natural en firme STF-06-96 se encuentra vigente hasta el 19 de enero del año 2019”.

125 de 2003, 126 de 2010 y 079 de 2011-, y sus efectos sobre las estipulaciones contractuales referidas a las fórmulas y ajustes tarifarios pactados.

En cualquier caso, desde ya advierte el Tribunal que en su análisis de la regulación, ninguna interpretación o decisión adoptará que afecte el contenido, vigencia y legalidad de los actos administrativos emitidos por la autoridad reguladora del Sector energético –CREG-, en el que se ubican como agentes económicos las partes enfrentadas en el presente trámite, ni de ningún otro pronunciamiento de autoridad involucrado en los aspectos cuyo estudio deberá aprehender el Tribunal para definir la controversia sometida a su conocimiento. Por el contrario, el Tribunal atenderá y respetará los pronunciamientos del ente regulador sobre los aspectos objeto de esta controversia, en los que se contiene su interpretación de la normativa expedida y de sus efectos en el convenio.

Más adelante en este Laudo, el Tribunal realizará en detalle el estudio de todas y cada una de las imputaciones de incumplimiento que las partes se endilgan mutuamente, ciñéndose estrictamente en esta labor, a las estipulaciones contractuales, y a la normativa vigente que gobierna sus relaciones y la materia objeto del Contrato STF-06-96.

2.2. El marco jurídico del contrato.

Para los efectos descritos, deberá el Tribunal, en primer término, definir el marco jurídico de la contratación, con el fin de establecer el régimen legal de las obligaciones asumidas y los límites que la misma ley impone a los derechos y deberes surgidos del vínculo contractual.

Al propósito de ubicar en el régimen jurídico adecuado, las pretensiones formuladas por las partes en este trámite, inicialmente considera relevante el Tribunal, pronunciarse sobre el régimen jurídico del Contrato STF-06-96, que dio lugar a las diferencias sometidas al conocimiento del Tribunal, con el fin de determinar si, es procedente declarar que *“Termoemcali incumplió la Ley, la regulación y el Contrato al negarse a incorporar los cambios introducidos por la CREG en materia tarifaria al Contrato STF-06-96”*, como lo afirma la convocada en las pretensiones formuladas en su demanda de reconvenición; o si, por el contrario, procede la declaración de incumplimiento contractual por parte de la TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL – TGI, en adelante TGI, por haber efectuado cobros unilaterales a TERMOEMCALI I S.A. E.S.P., en adelante TERMOEMCALI, *“aplicando una pareja de cargos regulados de inversión distinta a la que ambas partes estipularon por mutuo acuerdo para el Contrato STF-06-96 mediante la suscripción del Otrosí No. 7 del 14 de septiembre de 2004”*, como lo solicita la convocante en su demanda inicial.

En este contexto, estudiará el Tribunal la procedencia de las pretensiones de las partes y adoptará las definiciones que concluyan el proceso con la advertencia de que por la índole de la controversia aceptar la posición de una de las partes en torno a su particular entendimiento respecto de los alcances del contrato, conlleva como obligada consecuencia denegar lo solicitado por la otra parte.

2.3. Régimen Jurídico del Contrato STF-06-96.

Obra en el expediente copia del **“Contrato STF-06-96”**, suscrito el 30 de octubre de 1996 entre TGI y TERMOEMCALI, cuya interpretación, en lo que hace a lo establecido en la cláusula 1.4 y lo pactado por las partes en el documento denominado Otrosí No. 7 particularmente en lo referido a la incorporación al contrato del concepto de *“pareja de cargos”*, según su definición en la Resolución CREG 001 de 2000, tiene enfrentadas a las partes en este proceso.

De conformidad con lo establecido en la cláusula 4.13 del Contrato, el régimen jurídico de su ejecución lo constituyen *“la Constitución y las leyes de la República de Colombia. Se entienden incorporadas en este Contrato, las disposiciones del artículo 25 de la Ley 40 de 1993 y el Capítulo 2º. del Título 3º de la Ley 104 de 1993”*, así como toda la regulación del sector en el que se ubican las empresas de servicios públicos domiciliarios condición que ostentan las partes procesales en este trámite arbitral.

Teniendo en cuenta la fecha de suscripción del Convenio y la naturaleza jurídica de las partes contratantes, a los efectos del establecimiento del régimen jurídico del Contrato, determinación que gobernará el marco jurídico-normativo de las decisiones del Tribunal, así como el régimen que gobierna –o debió gobernar- el cumplimiento de las obligaciones mutuamente asumidas por las partes en el negocio jurídico en mención, considera el Tribunal:

Es objeto del contrato STF-06-96, al tenor de su cláusula 1.3.1 *“la prestación del Servicio de Transporte de Gas Natural por el Sistema³⁴”*, actividad que, al tenor de lo previsto en el artículo 14.28 de la Ley 142 de 1994 – Estatuto de los Servicios Públicos Domiciliarios – constituye, al propósito de su regulación y control, un servicio público domiciliario.

En efecto, la norma en cita, define el **Servicio Público Domiciliario de Gas Combustible** como *“el conjunto de actividades ordenadas a la distribución de gas combustible, por tubería u otro medio, desde un sitio de acopio de grandes volúmenes o desde un gasoducto central hasta la instalación de un consumidor final, incluyendo su conexión y medición. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de comercialización desde la producción y transporte de gas por un gasoducto principal, o por otros medios, desde el sitio de generación hasta aquel en donde se conecte a una red secundaria.”*

En tanto concebido y definido por el legislador como un *“servicio público domiciliario”*, su prestación -objeto del contrato STF-06-96 que ocupa la atención de este Tribunal-, debe, por mandato igualmente legislativo, someterse a la normativa contenida en el “Estatuto de Servicios Públicos” integrado por la Ley 142 de 1994, sus reglamentos y la regulación expedida por el regulador del sector en que se ubica la actividad, esto es, la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS³⁵.

Tendrá en cuenta también el Tribunal en el establecimiento del régimen jurídico del Contrato STF-06-96, lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, en tanto dispone que *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*. De esta manera, y siguiendo en ello la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia³⁶, es claro para el Tribunal que *“la regla de que las obligaciones y cuanto concierne a su existencia, su validez y sus efectos, deben quedar bajo el imperio de la ley que estuviese en vigor en el momento en que la obligación tuvo su origen”*, debe aplicarse en el presente caso como postulado de interpretación del alcance y contenido de las obligaciones asumidas por las partes en el Contrato STF-06-96 y cuyo incumplimiento mutuamente se endilgan.

Por la época de la celebración del Contrato, la materia que constituye su objeto y los antecedentes de la contratación, es claro para el Tribunal –como en seguida se

³⁴ Cláusula 1, num. 1.1. del Contrato STF-06-96: *“Sistema de Transporte o Sistema: Para efectos de este Contrato se entenderá como el conjunto de Gasoductos, estaciones de compresión, conexiones y terminales en las puertas de la ciudad que se usan para realizar el Servicio.”*

³⁵ Ley 142 de 1994: Artículos 1, 14.20, 14.21,

³⁶ Sala Plena, Cas. Civil, mayo 9 de 1938

precisa- que la Ley 142 de 1994, su normativa y marcos regulatorio y reglamentario definen su naturaleza y especifican las particularidades del tipo contractual y el régimen jurídico de las prestaciones asumidas por las partes, así como el modo en el que debía darse cumplimiento a sus mutuos compromisos, expresamente consignados en el documento en el que se contiene el negocio jurídico celebrado y aquellos derivados precisamente de la naturaleza del mismo y las implicaciones que, en el entorno de su ejecución, tuvo el hecho de que su objeto se tipificara como la prestación de un servicio público esencial por agentes económicos que interactúan en el sector energético.

Es por ello, que considera necesario el Tribunal en este punto, al propósito del establecimiento del régimen jurídico del contrato, determinar el del sector de servicios en el que se ubican las partes y particularmente el régimen jurídico del servicio que constituye el objeto del Convenio que ocupa la atención del Tribunal.

2.3.1. Régimen Jurídico de los Servicios Públicos Domiciliarios

La Ley 142 de 1994 determinó el régimen jurídico de la prestación de los servicios públicos domiciliarios en un contexto de libertad y competencia. La libertad de empresa³⁷ constituyó la premisa fundamental de este Estatuto, y sobre esa base se construyó la regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

En efecto, las actividades que constituyen los servicios públicos domiciliarios, tienen en la Ley 142 de 1994, tratamiento jurídico de actividades comerciales, y su ejercicio se rige por el derecho privado. De esta forma, el legislador de 1994, dispuso que su normativa, en relación con los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, *“se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios públicos”*³⁸ y el régimen jurídico de sus contratos y sus actos será el establecido por la ley para los contratos celebrados entre particulares (artículos 31 y 32)³⁹.

Es así como, en materia contractual y por la misma naturaleza de la actividad que desarrollan, por regla general los contratos de las empresas cuyo objeto sea la prestación de un servicio público definido por el legislador como domiciliario, en los términos definidos por la ley 142 de 1994, son típicos de **DERECHO PRIVADO**.⁴⁰

Sobre este particular, y para abundar en los fundamentos de la remisión legislativa al derecho privado como régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas de

³⁷ “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

“La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

“El Estado, por mandato de la ley impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará y controlará abusos con personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

“La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

³⁸ Artículo 30.

³⁹ Salvo en lo relativo al ejercicio de las potestades exorbitantes o excepcionales que, por autorización o disposición de las Comisiones de Regulación se incluyan en los contratos y de los actos administrativos que profieran las empresas en virtud de las facultades conferidas por la ley (artículo 33).

⁴⁰ Adquiere relevancia este concepto, si consideramos que de conformidad con el artículo 17 de la ley 142/94, las empresas de servicios públicos serán sociedades por acciones, salvo el caso previsto en el parágrafo 1 de la misma norma que autoriza a las entidades estatales descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional “cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones”, adoptar o mantener, según el caso, la forma jurídica de empresas industriales y comerciales del Estado.

servicio público, muchos han sido los pronunciamientos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos del país, que en pacífica jurisprudencia, han dejado establecido⁴¹:

“b) Las empresas de servicios públicos y su régimen jurídico.

“(..).

a) *El art. 32 (“régimen de derecho privado para los actos de las empresas”) consagra directamente, sin las sinuosidades del art. 31, el derecho privado como el apropiado exclusivamente para la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas (...).*

“(..).

En este orden de ideas, se anota:

“(..).

2 - . Que los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, distintos del de servicios públicos regulado en los arts 128 y ss de la ley 142, están sometidos al derecho privado (...).

“(..).

Y en sede arbitral, importantes pronunciamientos, también han reconocido el carácter privado del régimen de la contratación en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios.

En el laudo que puso fin a las controversias surgidas entre HIDROMIEL S.A. E.S.P. y el CONSORCIO MIEL, sentenció el Tribunal:

“(..) Además, en relación específicamente con las empresas de servicios públicos, el artículo 32 de esa misma Ley 142 estableció, en sentido análogo y aún más perentoriamente, que todos sus actos “se regirán exclusivamente por las normas del derecho privado”.

A más de establecer el régimen jurídico de la contratación y de la actuación de las empresas de servicios públicos domiciliarios –y las enfrentadas en este trámite ostentan esa condición-, la Ley 142 de 1994, asignó las funciones de regulación y control de la prestación de estos servicios a las Comisiones de Regulación y a la Superintendencia de Servicios Públicos respectivamente.⁴²

2.3.2. Ley 143 de 1994 o Ley Eléctrica.

Por su parte, y dado el sector de servicios en el que se ubica la actividad objeto del Contrato STF-06-96, sector energético, aplican a su prestación algunas disposiciones de la denominada Ley eléctrica, particularmente en cuanto hace a su sujeción a la normativa expedida por el Regulador del Sector, CREG, respecto del suministro de combustible a las empresas generadoras de energía, como es el típico caso que ocupa la atención del Tribunal.

⁴¹ SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, C.P.: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO, Sentencia del 23 de septiembre de 1997. REF: EXPEDIENTE No. S - 701 – CONTRACTUAL.

⁴² Ambas funciones que desde la Constitución se atribuyen al Ejecutivo, y que por ley 142/94 se permite su asignación a los organismos creados por ella.

De modo especial destaca el Tribunal el artículo 23 de la Ley 143 de 1994 que atribuye al Regulador la competencia para:

“p) Definir mediante arbitraje los conflictos que se presenten entre los diferentes agentes económicos que participen en las actividades del sector en cuanto a interpretación de los acuerdos operativos y comerciales;

Para el Tribunal es de particular relevancia esta atribución del ente regulador en el presente trámite, por cuanto, si bien es cierto que las partes no sometieron la controversia que hoy define este Tribunal en la búsqueda de una solución definitiva, al conocimiento de la CREG, la Comisión, en caso idéntico en cuanto a la materia en disputa surgida entre TGI –convocada en este proceso- e ISAGEN⁴³ por la ejecución de un contrato de transporte con el mismo objeto del que aquí se debate, se declaró inhibida para fallar el conflicto por considerar que el mismo era de naturaleza eminentemente contractual, prueba documental arrimada al expediente y decretada como tal en el curso del trámite. Sin embargo, en los pronunciamientos allegados al expediente, tal como da cuenta la misma CREG en los varios autos, el regulador ya había fijado los términos y el alcance de la normativa cuya disímil interpretación las tenía enfrentadas⁴⁴.

En efecto, sobre la aplicación de la Resolución 079 de 2011, realizó la CREG un “Análisis de las disposiciones regulatorias que rigen las opciones para la determinación de cargos que remuneran inversión en virtud de lo previsto en las metodologías de las resoluciones CREG 001 de 2000, 126 de 2010 y las modificaciones hechas en la Resolución CREG 079 de 2011”:

“Actualmente las opciones para determinar los cargos que remuneran inversiones en transporte de gas natural se encuentran previstas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, el cual establece lo siguiente: (...)

Las razones que llevaron a la expedición de ese acto administrativo están señaladas expresamente en la parte considerativa de la Resolución CREG 079 de 2011 y en el documento que soportó dicha resolución, esto es el Documento CREG-065 de 2011, en el cual se expuso lo siguiente: (...)

Adicionalmente, en el Documento CREG-065 de 2011 se incorpora un análisis de la situación manifestada por diversos agentes en relación con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010.

(...) En virtud de lo anterior, dentro de las consideraciones del Documento CREG-065 de 2011 se estableció la procedencia de modificar el párrafo 3 del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, teniendo en cuenta

⁴³ Contrato ESTF-025-2008 ISAGEN S.A. E.S.P. vs TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL – TGI. Fueron pretensiones de ISAGEN sometidas al conocimiento de la CREG, según se transcriben en el auto de julio 23 de 2013 proferido por la CREG (Cuaderno de Pruebas No. 4, fls 229 y ss):

“1. Asuma competencia para que resuelva el conflicto generado entre ISAGEN y Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., surgido con ocasión del Contrato estf-025-2008 y en relación con la pareja de cargos.

“2. Declare que las decisiones contenidas en las resoluciones CREG 126 de 2010, 079 2011 y 121 de 2011 no obligan a que se varíe lo pactado entre las partes en el contrato identificado en la petición anterior respecto de la remuneración por el transporte pactado y en consecuencia se debe continuar aplicando la pareja 50% fijo – 50% variable pactada en el Contrato ESTF-025-2008, con el nuevo valor vigente contenido en la prenombrada Resolución.”

⁴⁴ Autos proferidos por la CREG. 23 de julio de 2013. Expedientes No. 2013-0045 y No. 2013-0047.

que podían ocurrir entre otras las siguientes situaciones, de acuerdo con lo que se hubiese pactado en los contratos vigentes para aquel momento:

- *‘Es posible que en algunos contratos que se encuentren vigentes al momento de la aprobación de los nuevos cargos no se haya previsto la revisión de las fracciones fija y variable de los cargos con los que se remunera la inversión.*
- *De manera similar, en el marco de algunos de esos contratos se pudo haber previsto la remuneración de las inversiones con los cargos que se encuentren vigentes, sin que esto implique la modificación de las parejas acordadas por las partes.*
- *También es posible que algunos contratos hayan previsto la revisión de las fracciones fija y variable de los cargos con los que se remunera la inversión como consecuencia de cambios en la regulación.*
- ***En cualquiera de estos casos no sería apropiado que la regulación fuera más allá de lo pactado por las partes en sus contratos.***

Por lo anterior, se considera necesario modificar el parágrafo 3 del artículo 16 de la Resolución 126 de 2010, indicando que aquellos remitentes con contratos vigentes darán aplicación a las opciones definidas en ese artículo para, de acuerdo con lo pactado en los respectivos contratos, establecer las parejas de cargos y/o su respectivo valor.’

*La aplicación del parágrafo 3 del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010 modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, se debe hacer de forma sistemática en relación con las opciones previstas en los literales a) y b) de esta misma disposición, ya que en estos se prevé que ‘para el caso de los remitentes que den aplicación a lo dispuesto en este literal **en virtud de sus contratos vigentes**, según lo señalado en el parágrafo 3 de este artículo, se entenderá que el inicio de la negociación se da a la entrada en vigencia de los nuevos cargos.’” (resalta el Tribunal).*

Destaca el Tribunal que la posición de la CREG en los pronunciamientos que vienen de citarse, están en plena concordancia con la respuesta que diera a las partes a las consultas que ambas le elevaran por los hechos que dieron lugar al presente trámite arbitral⁴⁵. En efecto, en Oficios S-2011-004017 del 14 de septiembre de 2011 y S-2013-003732 del 9 de septiembre de 2013, idénticos en su contenido, precisó a las partes el Regulador que:

“En segundo lugar, de su escrito entendemos que hay inquietud sobre la aplicación de las disposiciones del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011. En este sentido, planteamos los siguientes casos hipotéticos:

1. *Caso 1. Cuando en los contratos que se encuentren vigentes al momento de la aprobación de los nuevos cargos no se haya previsto cambiar las fracciones fija y variable de los cargos que hayan sido pactadas en el contrato (variables lf lv de la Resolución CREG 126 de 2010), ni el valor*

⁴⁵Consulta de Termoemcali comunicación GTE-6681-11 y Consulta de TGI comunicación de TGI 006547 del 2 de agosto de 2013, que responde la CREG mediante Oficios S-2011-004017 del 14 de septiembre de 2011 para Termoemcali, y Oficio S-2013-003732 del 9 de septiembre de 2013 para TGI.

de los cargos a los nuevos valores aprobados por la regulación (variables $CFIt$, λf y $CVIt, \lambda v$, de la Resolución CREG 126 de 2010).

2. Caso 2. Cuando en los contratos que se encuentren vigentes al momento de la aprobación de los nuevos cargos no se haya previsto cambiar las fracciones fija y variable de los cargos que hayan sido pactadas en el contrato (variables λf λv de la Resolución CREG 126 de 2010), pero sí se haya previsto ajustar el valor de los cargos a los nuevos valores aprobados por la regulación (variables $CFIt$, λf y $CVIt, \lambda v$, de la Resolución CREG 126 de 2010).
3. Caso 3. Cuando en los contratos que se encuentren vigentes al momento de la aprobación de los nuevos cargos se haya previsto cambiar las fracciones fija y variable de los cargos que hayan sido pactadas en el contrato (variables λf λv de la Resolución CREG 126 de 2010), pero no se haya previsto ajustar el valor de los cargos a los nuevos valores aprobados por la regulación (variables $CFIt$, λf y $CVIt, \lambda v$, de la Resolución CREG 126 de 2010).
4. Caso 4. Cuando en los contratos vigentes al momento de la aprobación de los nuevos cargos se haya previsto cambiar las fracciones fija y variable de los cargos que hayan sido pactadas en el contrato (variables λf λv de la Resolución CREG 126 de 2010), y se haya previsto ajustar el valor de los cargos a los nuevos valores aprobados por la regulación (variables $CFIt$, λf y $CVIt, \lambda v$, de la Resolución CREG 126 de 2010)”.

(...) Si se trata de los casos hipotéticos 1 y 2 definidos anteriormente, y desde el punto de vista regulatorio, no habría lugar a aplicar las opciones previstas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, pues en estos casos las partes previeron no cambiar las fracciones fija y variable de los cargos pactadas en el contrato (i.e. variables λf y λv de la Resolución CREG 126 de 2010). El valor de los cargos se ajustaría al nuevo valor aprobado por la regulación (variables $CFIt, \lambda f$ y $CVIt, \lambda v$ de la Resolución CREG 126 de 2010) en el caso 2 pero no en el caso 1, pues así lo pactaron las partes.

En los casos hipotéticos 3 y 4 indicados anteriormente sí habría lugar a aplicar las opciones del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010 para determinar las fracciones fija y variable de los cargos a aplicar en el contrato (i.e. variables λf y λv de la Resolución CREG 126 de 2010) ya que así lo establecieron las partes en el respectivo contrato. El valor de la nueva pareja de cargos o fracción fija y variable determinada con el procedimiento del artículo 16 tomaría el nuevo valor aprobado por la regulación (variables $CFIt, \lambda f$ y $CVIt, \lambda v$ de la Resolución CREG 126 de 2010) en el caso 4, pero no en el caso 3 pues así lo pactaron las partes.” (resalta el Tribunal).

Igualmente, es claro para el Tribunal que en la coherencia del Regulador y en su claro entendimiento de la normativa expedida, ha sido constante su referencia al Documento 065 de 2011 que sirvió de base a la expedición de la Resolución 079 de 2011, en el que encuentra el emisor de la norma la causa de su expedición y la finalidad perseguida con ella⁴⁶.

Dijo la CREG en el Documento en cita respecto de la materia litigiosa⁴⁷:

⁴⁶ Contiene el Documento 065/2011 la motivación del acto administrativo.

⁴⁷ Folios 9 a 24 del cuaderno de pruebas No. 4.

"(...) 3. AJUSTE DE TARIFAS PARA CONTRATOS VIGENTES

"El párrafo 3 del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010 señala que:

'Párrafo 3. Aquellos remitentes con contratos vigentes que incluyan cláusulas de ajuste de precio por cambios regulatorios deberán aplicar el procedimiento establecido en este artículo [procedimiento de aproximación ordinal] dentro del Mes siguiente a la entrada en vigencia de los nuevos cargos.'

"De acuerdo con este párrafo, aquellos remitentes con contratos vigentes en los que se hayan incluido cláusulas de ajuste de precio por cambios regulatorios, deben aplicar el procedimiento de aproximación ordinal dentro del mes siguiente a la expedición los cargos de transporte del nuevo período tarifario. De esta manera, la aplicación de este procedimiento puede llevar a un cambio en las porciones fija y variable de la pareja de cargos, sumado al ajuste de precios por efecto de la aprobación de cargos para el nuevo periodo tarifario.

Frente a esta situación, Empresas Públicas de Medellín, Isagen, Colinversiones, y Termoemcali, mediante las comunicaciones con radicados CREG E-2010-008936 de fecha 6 de octubre de 2010, CREG E-2010-009177 de fecha 12 de octubre de 2010, CREG E-2010-010074 de fecha 25 de octubre de 2010 y CREG E-2011-004876 de fecha 19 de mayo de 2011, respectivamente, le solicitaron a la CREG la revisión de la medida prevista en el párrafo citado. A continuación se citan algunos de los argumentos expuestos por estos agentes. (...)

- *Comunicación CREG E-2010-009177, enviada por Isagen:*

'Frente a este tema particular es importate (sic) considerar lo siguiente: (...)

- *Algunos generadoras térmicos como ISAGEN enemos (sic) suscritos contratos de transporte de largo plazo que fueron negociados bajo supuestos regulatorios diferentes a los establecidos en la presente resolución y en las directrices de política energética contenidas en los Decretos del Ministerio de Minas y Energía 2307 y 2807 de 2010.*
- *Bajo la regulación anterior, los generadores térmicos nos encontrábamos obligados a contratar, de manera plena, el transporte del gas natural a pesar de la incertidumbre en relación con la oferta de suministro de este energético para honrar la firmeza del combustible para los compromisos del Cargo por Confiabilidad. (...)*

En este sentido, consideramos que la obligación de ajustar la pareja de cargos de los contratos de transporte ya suscritos generaría desequilibrios económicos que encarecen los costos de la firmeza del gas y que ponen en riesgo la sostenibilidad económica de las plantas de generación con este combustible.

Específicamente podemos mencionar que en el corto plazo aplicar la metodología establecida en esta norma, a contratos firmados antes de su entrada en vigencia (sic), implicará un sobre costo no previsto para los generadores termoeléctricos, especialmente los del interior del país, ya

que se pasaría de contratos con parejas de cargos 50% Fijo - 50% Variable a un nuevo esquema en el que los cargos fijos serán mayores al 90% (de acuerdo con el factor de carga histórico de las plantas de generación del interior que son menores al 10%). Lo indicado (sic), implicará un mayor costo de transporte para la planta con el consiguiente incremento en el precio de oferta diaria de las mismas y la disminución de la probabilidad (sic) de que salgan despachadas por mérito. Lo cual en resumen no haría más que desincentivar la generación con este tipo de tecnología. (...)'

(...)

- Comunicación CREG E - 2011-004876, enviada por Termoemcali:

'Los contratos (sic) de transporte de gas, que fueron firmados antes de la expedición (sic) de la resolución CREG 126 de 2010, deben conservar la pareja de cargos pactada al momento de la celebración de los mismos o en sus respectivos otrosíes. Esto en virtud del principio de irretroactividad de la ley consagrado en el artículo 58 de la Constitución Política y en el artículo 38 de la ley 153 de 1887. Fue precisamente con la regulación existente al momento de la suscripción de los contratos cuando las partes aceptaron sus obligaciones, y no con una metodología (sic) posterior. (...) la regulación aplicable a contratos de transporte firmados en el pasado debe ser exclusivamente la regulación vigente a la firma de los mismos: (i) respecto a las tarifas: las establecidas por la CREG para cada período tarifario, y (ii) respecto a las parejas: las pactadas libremente por las partes.'

'2. Es importante llamar la atención de que si una regulación posterior a la fecha de firma de los contratos de transporte de gas obliga a cambiar las parejas de cargos libremente acordadas, rompe el principio de reciprocidad y equivalencia de condiciones en las prestaciones que acordaron las partes, generando incluso un favorecimiento a una de las partes, en este caso, el transportador, ya que se aumentan ostensiblemente sus ingresos dentro del contrato sin existir contraprestación alguna para el remitente.

'3. La modificación de la pareja de cargos cambia radicalmente la estructura y el equilibrio económico de los contratos (sic) vigentes y adicionalmente modifica (sic) el nivel de riesgo que se tenía al momento de la suscripción de los mismos. Tal como se argumentó en los puntos anteriores, para las partes tenía que ser claro que la regulación aplicable a dichos contratos era la vigente al momento de la firma. Por lo tanto es claro que cada una de las partes tomó libremente la decisión de suscribir el contrato con el nivel de riesgo que consideraba adecuado para su negocio, lo cual incluye calcular el nivel de gastos que estaba dispuesto a asumir en diferentes escenarios. Cambiar la pareja generaría un gran desequilibrio en las condiciones pactadas inicialmente, sobre todo en los casos en que las viejas parejas (vigentes actualmente) tienen un componente variable importante.

(...) La modificación de la pareja de cargos cambia las condiciones que libremente y de buena fe fueron pactadas en su momento por las partes, incrementando de manera significativa los ingresos del transportador sin contraprestación alguna para el remitente, seguramente llevando a empresas generadoras (sic) a situaciones de insolvencia (sic) financiera.

Basados en lo expuesto en la presente comunicación, respetuosamente solicitamos lo siguiente:

Permitir para los contratos de transporte de gas suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Resolución CREG 126 de 2010, se mantengan las parejas de cargos pactadas por las partes de acuerdo con el principio básico de que las reglas que rigen un contrato son aquellas que estaban vigentes al momento de su firma.”

Tras analizar los argumentos esgrimidos por estos agentes, el Comité de Expertos de la CREG considera que:

- ***Es posible que en algunos contratos que se encuentren vigentes al momento de la aprobación de los nuevos cargos no se haya previsto la revisión de las fracciones fija y variable de los cargos con los que se remunera la inversión.***
- ***De manera similar, en el marco de algunos de esos contratos se pudo haber previsto la remuneración de las inversiones con los cargos que se encuentren vigentes, sin que esto implique la modificación de las parejas acordadas por las partes.***
- ***También es posible que algunos contratos hayan previsto la revisión de las fracciones fija y variable de los cargos con los que se remunera la inversión como consecuencia de cambios en la regulación.***
- ***En cualquiera de estos casos no sería apropiado que la regulación fuera más allá de lo pactado por las partes en sus contratos.***
- ***Por lo anterior, se considera necesario modificar el parágrafo 3 del artículo 16 de la Resolución 126 de 2010, indicando que aquellos remitentes con contratos vigentes darán aplicación a las opciones definidas en ese artículo para, de acuerdo con lo pactado en los respectivos contratos, establecer las parejas de cargos y/o su respectivo valor.”*** (resalta el Tribunal).

Del texto en cita, en el que claramente el ente regulador consigna las razones específicas que lo llevan a modificar el parágrafo 3 del artículo 16 de la Resolución 126 de 2010, concluye el Tribunal, que la Resolución 079 de 2011 estableció expresamente el respeto por los pactos contractuales vigentes al momento de la expedición de la norma que modifica, de modo tal que, según lo señala, la regulación contenida en este acto administrativo no implicaría la modificación de las parejas de cargos de inversión que tenían acordadas las partes en sus contratos de transporte de gas. Así, ***aquellos remitentes con contratos vigentes darán aplicación a las opciones definidas en ese artículo para, de acuerdo con lo pactado en los respectivos contratos, establecer las parejas de cargos y/o su respectivo valor.”*** Con lo cual, ***para los contratos de transporte de gas suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Resolución CREG 126 de 2010, se mantengan las parejas de cargos pactadas por las partes de acuerdo con el principio básico de que las reglas que rigen un contrato son aquellas que estaban vigentes al momento de su firma.”***

3. Análisis de las pretensiones.

En el contexto del Régimen jurídico del Contrato STF-06-96 y en el ámbito obligacional del mismo, establecidos en acápites anteriores de este Laudo, entra el Tribunal a estudiar la procedencia de las pretensiones formuladas por las partes en este proceso, que adquiere relevancia, toda vez que, como ampliamente lo dejó

consignado el Tribunal anteriormente, es el mismo documento contractual el que regula el modo como habrá de remunerarse la prestación pactada, su integración y su ajuste a la evolución normativa.

También se recuerda que es deber ineludible del juez el análisis de la conducta de las partes en la ejecución del contrato, con el fin de valorar, de conformidad con la ley y el convenio mismo, los efectos que ella tuviera en la relación contractual y en la ejecución del objeto pactado, así como las omisiones o los abusos y excesos en el ejercicio de los derechos que el convenio les concedía frente a determinadas actuaciones de la otra parte.

3.1. La autonomía de la voluntad en el derecho privado.

En nuestro ordenamiento jurídico, los particulares, por expreso mandato constitucional⁴⁸, están habilitados para realizar todas las actividades que no estén expresamente prohibidas por el legislador; el límite de la autorización del Constituyente radica en la imposibilidad de transgresión del régimen jurídico-normativo que impone a los particulares en el desarrollo de sus actividades lícitas, la sujeción a los principios generales de derecho, al interés o utilidad pública, orden público y a la moralidad pública.

Por ello, será válido, todo convenio que no esté expresamente prohibido por las leyes; y en el mismo sentido, desde la ley se prohíben los pactos derogatorios de disposiciones de orden público o encaminadas a desconocer prohibiciones o limitaciones legislativas, impuestas por el legislador en la guarda de los principios enunciados.⁴⁹

En este contexto normativo se tiene que la ley civil, a los efectos de deducir la validez de un acto o declaración de voluntad, exige, a más de la capacidad legal y el libre consentimiento, que el objeto de la obligación sea lícito, esto es, que sobre el mismo no pese prohibición legal y que su celebración no implique contradicción o desconocimiento de los principios inderogables de orden superior⁵⁰ (art. 1502 del C.C.).⁵¹

Sobre la materia, la Corte Suprema de Justicia⁵², en reiterada jurisprudencia, ha dejado establecido:

“En virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada les está permitido a los particulares crear, modificar o extinguir obligaciones mediante actos jurídicos de carácter unilateral, bilateral o plurilateral. (...)

“La sola existencia de la voluntad no es suficiente para producir efectos en derecho. Es necesario que dicha voluntad se presente bajo la forma de una manifestación externa, la cual puede ser interpretada, con base en las reglas de la hermenéutica jurídica. Estas reglas en general buscan no sólo hacer prevalecer la intención de los contratantes, sino la realización de principios superiores como la buena fe, la eficacia, la equidad y el equilibrio de las prestaciones en la ejecución de los contratos.”

⁴⁸ Artículo 6, Constitución Política.

⁴⁹ Artículos 15 y 16 Código Civil.

⁵⁰ Artículo 1502, Código Civil.

⁵¹ “Hay objeto ilícito -dispone el artículo 1519 del C.C.- **en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación.**” “Hay así mismo objeto ilícito -reza el artículo 1523 del mismo Estatuto- **en todo contrato prohibido por las leyes.**”

⁵² Sentencia del 27 de marzo de 1996, expediente 4714, M.P.: Dr. Pedro Lafont Pianetta.

En esta materia, entonces, se imponen como principios rectores y limitantes del ejercicio de la autonomía de la voluntad en derecho privado, de una parte, el contenido en el artículo 1602 del Código Civil que enseña que todo contrato **legalmente celebrado** es ley para las partes, y de otra, el que prohíbe a las partes de un convenio **derogar** las normas en las que tenga interés el derecho público de la Nación, la moral, las buenas costumbres o el orden público⁵³.

El Tribunal pone de presente la pacífica doctrina en esta materia⁵⁴, acerca de **que en el derecho común -Civil y Comercial, régimen aplicable a este contrato-** la autonomía de la voluntad se manifiesta *“en una libertad contractual cada vez más reglada, en la medida en que por la vía de normas expresas el legislador ha tenido que entrar a precaver situaciones abusivas de la parte dominante, a su vez lesivas de la parte débil de la relación contractual.”* Y es en esta premisa, por demás legal, que encuentra el Tribunal los límites al principio de la autonomía de la voluntad y a la libertad de las partes que concurren a la contratación sujeta al régimen del derecho privado.

De conformidad con lo expuesto, concluye el Tribunal que dado que en el derecho privado impera el Principio de la Autonomía de la Voluntad y que es éste el régimen jurídico que gobernó el Contrato STF-06-96 bajo estudio, las partes podían pactar las cláusulas que en materia de remuneración, tarifas y ajustes o modificaciones a éstos les permitiera la ley, según el régimen de **“libertad regulada”** al que, por la materia, se encontraba sujeta la contratación, en los términos y con los alcances antes expuestos por el Tribunal. Estos pactos y estipulaciones serían legítimos en la medida que no transgredieran las limitaciones impuestas por la normativa de orden público como limitantes superiores de la autonomía de la voluntad.

Entiende el legislador por **“libertad regulada”**⁵⁵, el *“Régimen de tarifas mediante el cual la comisión de regulación respectiva fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor”*; y por **“libertad vigilada”**⁵⁶, el *“Régimen de tarifas mediante el cual las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar libremente las tarifas de venta a medianos y pequeños consumidores, con la obligación de informar por escrito a las comisiones de regulación, sobre las decisiones tomadas sobre esta materia.”*

De conformidad con las definiciones legales, con el claro objeto del Contrato STF-06-96 y su precisa finalidad, y estando involucrada la prestación de un servicio público esencial, todo de conformidad con la ubicación sectorial de las empresas cocontratantes, es evidente para el Tribunal que el régimen tarifario del Contrato STF-06-96 obedece al concepto de *“libertad regulada”*, tal como lo reconoce expresamente la CREG, ente regulador en sus pronunciamientos antes citados por el Tribunal.

Adicionalmente, encuentra el Tribunal que el ejercicio de la autonomía de la voluntad se encuentra también limitado por otros principios superiores que cercan y delimitan el ámbito de actuación de los particulares en su actividad contractual: Ellos son la Buena Fe y el Abuso del Derecho que constituyen los pilares en los que debe apoyarse el juez del contrato al interpretar el contenido mismo de las estipulaciones pactadas y la conducta de las partes en su aplicación y observancia.

⁵³ Artículos 15 y 16, Código Civil.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Ley 142 de 1994, Art. 14.10.

⁵⁶ Ley 142 de 1994, Art. 14.11.

Para el Consejo de Estado, la buena fe contractual se manifiesta y concreta en las actuaciones de las partes, conducentes a la materialización del objeto contratado. Sobre este particular, ha dicho la Corporación en reiterada doctrina⁵⁷, que comparte el Tribunal:

“De igual forma, a partir del principio de buena fe contractual se desprenden una serie de subprincipios, reglas y subreglas que sirven para establecer la hermenéutica del negocio jurídico, así como para efectuar su integración, es decir, que al margen de las estipulaciones literales que están contenidas en el acuerdo negocial, es posible desentrañar el verdadero contenido y alcance de la voluntad emitida por los contratantes en determinadas condiciones de tiempo, modo y lugar (v.gr. el principio de lealtad, la regla del venire contra factum proprium, y el principio de información, entre otras).

(...).

En consecuencia, frente al contrato (privado o público) operan los fenómenos de integración⁵⁸ e interpretación⁵⁹, el primero está asociado a la verificación y articulación de las normas de orden público que, sin encontrarse expresamente estipuladas por las partes, integran el negocio jurídico y se imbrican con el mismo, mientras que el segundo se refiere a la forma cómo se fija el contenido y alcance de las cláusulas convencionales y su aplicación⁶⁰. En otros términos, la voluntad expresa o ínsita de las partes es susceptible de ser objeto de interpretación, mientras que donde ella no recae es que se genera el efecto integrador u objetivo, ya que en este escenario, el operador jurídico vincula al negocio las normas suplementarias –a efectos de llenar vacíos o lagunas– y las imperativas –en aras de verificar que la declaración se ciña a los postulados normativos prevalentes–.

“(...).

El hecho de que la convención pueda ser interpretada no quiere ello significar que el proceso hermenéutico del contrato esté aislado de las condiciones objetivas del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, se circunscriba a la determinación de lo real y efectivamente pactado o acordado por las partes contratantes. En otros términos, la interpretación posee una naturaleza dual o bifronte; la subjetiva, encaminada a desentrañar la voluntad material de los sujetos contratantes, y la objetiva, cuya finalidad consiste en analizar el acuerdo a la luz de las normas imperativas, los principios generales del derecho, el tráfico jurídico y los usos sociales.

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Sentencia del 9 de mayo de 2011.

⁵⁸ “Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos, de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto o equivocado, o cuando las expresiones y aun las mismas ideas de las partes carecen de claridad o de exactitud, o bien, porque la consecuencia jurídica no la conocen las partes lo suficiente, o bien a causa de que ellas no previeron determinada situación que se produce después. **En los casos de integración, corresponde al intérprete rectificar las faltas del contrato, resultantes de la deficiente expresión del querer de las partes y colmar las lagunas y omisiones que hubieren quedado en esta...**” (negritas fuera de texto). Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 19 de junio de 1935, citada extraída de: JARAMILLO, Carlos Ignacio “La interpretación del contrato en el derecho privado colombiano. Panorámico examen legal, jurisprudencial y doctrinal.” en: “Tratado de Interpretación del Contrato en América Latina”, Carlos Alberto Soto Coaguila (Director), Ed. Grijley, Universidad Externado de Colombia, Rubinzal - Culzoni, Tomo II, 2007, Lima, pág. 894.

⁵⁹ “III. No hay que confundir con la interpretación, que se limita a revelar e indagar la voluntad de las partes, la operación encaminada a suplir las lagunas del contrato. En el planteamiento y solución de cuestiones contractuales, puede ocurrir que se presenten problemas que las partes, al contratar, no previeron y que mal podían, por tanto, resolver.” VON TUHR, Arthur “Tratado de las Obligaciones”, Ed. Comares, 2007, Granada, pág. 159.

⁶⁰ “El resultado de toda interpretación, ya verse sobre las declaraciones de voluntad del legislador o de los particulares, es siempre el completar la declaración de voluntad. Se desmenuza, se analiza la declaración de voluntad, y este sentido ampliado –simplemente en cuanto al aspecto externo–, completado, de sus palabras es el que se aplica.” DANZ, Erich “La interpretación de los negocios jurídicos.” Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 3ª ed., Madrid, 1955, pág. 90 y 91.

*En consecuencia, se reitera, los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio consagran el principio de buena fe contractual, postulado que tanto en su dimensión subjetiva como objetiva integran al negocio jurídico una serie de principios, valores y reglas que aunque no se encuentren de manera expresa estipuladas, **sí son de obligatorio cumplimiento para las partes pues se vinculan al mismo para facilitar la integración y la interpretación del contrato, lo que permite establecer su verdadero y real contenido y alcance.***

En esa línea de pensamiento, es posible que desde el plano subjetivo el acuerdo de voluntades sea lo suficientemente claro al grado que no sea necesario aplicar los criterios hermenéuticos para indagar por la voluntad real; no obstante, será procedente la interpretación del contrato desde la perspectiva objetiva, en aras de fijar si el acuerdo se acompasa con los lineamientos jurídicos imperativos, las buenas costumbres, la moralidad, los derechos fundamentales e inclusive con los principios generales del derecho (v.gr. principio de buena fe⁶¹ y de no abuso del derecho)⁶². Esta importante herramienta, huelga reiterarlo, no puede erigirse en un instrumento para cercenar o modificar la voluntad de los contratantes en aquellos aspectos o lugares donde la autonomía de la voluntad no tiene restricciones o limitaciones derivadas de los factores legales o normativos enunciados.

Desde esa panorámica, la autonomía de la voluntad y la garantía de respeto por las disposiciones incorporadas al negocio jurídico al momento de su celebración, encuentran límites en el constitucionalismo moderno porque la norma superior se imbrica y fluye a través de diversos vasos comunicantes a lo largo del ordenamiento jurídico, es decir lo integra, circunstancia que debilita en la actualidad las fronteras trazadas entre el derecho público y el privado, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

“De este modo, el ejercicio de la autonomía de la voluntad para contratar encuentra restricciones constitucionales, propias de la función social que la Constitución Política le adscribe a la propiedad privada y, por ende, a la empresa (arts. 58 y 333 C.P.). Es evidente que tales restricciones se potencian para el

⁶¹ “En este orden de ideas, “*bona fides negotiae*” obliga, no sólo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente, comoquiera que la fuerza de la buena fe, como principio normativo, integra el contenido del contrato, formándolo permanentemente a través del establecimiento de reglas concretas mediante las que se otorga la exacta dimensión al contenido de las obligaciones de las partes a la luz de la buena fe.

“Esta función integradora del contenido del negocio que emana de la buena fe, la cual participa a su vez de las características ya enunciadas como inherentes al principio, se manifiesta *grosso modo* en dos tipos de reglas: aquellas relativas al surgimiento, en cabeza de las partes contratantes, de obligaciones adicionales no previstas expresamente en el contrato, y las concernientes a la restricción de las obligaciones previstas en el orden contractual.” NEME Villareal, Martha Lucía “La buena fe en el derecho romano – Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 240.

⁶² Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “... [T]odo el derecho no está encerrado dentro de la legalidad; alrededor de la regla formal, alrededor del derecho escrito, vive y hierve todo un mundo de principios, de directivas y de **standars**, en los cuales distingue muy justamente Hauriou **los principios constitucionales del comercio jurídico**, y como una especie de super-legalidad (...) Entre esas directivas pueden citarse... la regla **error communis facit jus**, la teoría del enriquecimiento sin causa y, sobre todo, la del abuso del derecho: aunque ningún texto de derecho positivo las enuncie en su forma general, la realidad de esos dogmas consuetudinarios es tan cierta como puede serlo la de los principios consignados en los términos más expuestos e imperativos. Más aún: aquellos dogmas consuetudinarios están por encima de estos principios, puesto que escapan a la arbitrariedad del legislador, que no podría desconocer esas verdades superiores, a las cuales él mismo está subordinado, ya que no emanan de él. Los derechos que éste reglamenta no se realizan abstractamente y en el vacío: funcionan en un medio social; desempeñan un papel en ese medio, socialmente, no en una dirección cualquiera sino en vista de fines determinados; su misión es la de realizar la justicia y ellos no podrían rebelarse contra ésta sin que se incurriera en un contrasentido jurídico, en un abuso que acarrearía una sanción” (Sentencia de 20 de mayo de 1936, G.J. XLIII, 47-48).

caso de las entidades que prestan servicios públicos y adquieren un contenido aún más significativo (...).

“(...) no sería aceptable en un Estado de derecho, en el que las consecuencias perversas de la aplicación de las normas no sean tenidas en cuenta por los operadores jurídicos, lo cual no opera en el nuevo modelo político acogido por el Constituyente de 1991, en el cual la razón de ser de todo ordenamiento jurídico es la persona. Así las cosas, la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares obliga a llegar a una conclusión diferente a la que adoptó el juez de tutela de segunda instancia y más cuando la lesión que se prodiga a uno de los contratantes es desproporcionada frente al deber de respeto de los derechos que a toda persona incumbe, de allí que el artículo 95-1 de la Carta imponga como deber de la persona “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.”⁶³ (negritas de la Sala).

En punto al Principio del Abuso del Derecho, encuentra el Tribunal que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 830 del Estatuto Comercial, todo aquel que abuse del ejercicio de un derecho suyo –legítimo, válido y reconocido – “*estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause*”.

Este principio, que es consecuencia obligada del principio de la buena fe contractual, impone a los contratantes un especial deber de conducta y una particular diligencia en el ejercicio de los derechos que la ley y el contrato le atribuyen, exigiéndoles el despliegue de su actividad dentro de un contexto de equidad y de justicia contractual.

Encuentra el Tribunal que los principios descritos gobiernan la contratación bajo análisis y así lo tendrá en cuenta como base en el análisis de la conducta contractual que desplegaron las partes durante la ejecución del Contrato, para concluir que en buena fe, y dentro del desarrollo de la autonomía de la voluntad, decidieron libre y voluntariamente avenirse al cumplimiento de los mutuos compromisos asumidos por ellas en el texto contractual.

3.2. EL CONTRATO STF-06-96 Y LAS ESTIPULACIONES PARTICULARES APLICABLES.

El Tribunal, a los efectos de estudiar y decidir las pretensiones de la reforma de la demanda y de reforma de la demanda de reconvenición, debe necesariamente interpretar el clausulado involucrado en la controversia, con el fin de preferir, como lo ordena el artículo 1620 del Código Civil⁶⁴, la interpretación en que la voluntad expresa de las partes consignada en las estipulaciones contractuales citadas, tenga sentido y eficacia, y de esta manera identificar y concretar el contenido de los pedimentos que han sido sometidos a su juicio y los efectos jurídicos derivados de las conductas de las partes en cuanto hace al cumplimiento de sus mutuos compromisos.

En la tarea que la ley impone al juez al producir la sentencia que resuelve el litigio, el Tribunal debe escudriñar la verdadera intención de las partes, así como el modo y tiempo en que ellas debían dar cumplimiento a los pactos contractuales cuya diversa interpretación las tiene enfrentadas en este proceso.

⁶³ Corte Constitucional, sentencia T-1217 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶⁴ “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”

Esa labor de interpretación definitiva es la que precisamente es objeto del Laudo que pone fin a este Proceso. Son las partes las que han convenido en deferir al Tribunal la interpretación de las estipulaciones contractuales sobre las que tienen posiciones divergentes en cuanto a su alcance, con el propósito de encontrar una solución definitiva al conflicto. En esta labor, y sin perjuicio del análisis puntual de todas las cláusulas contractuales involucradas en la contienda, es evidente para el Tribunal que en el Convenio no existen atribuidas facultades unilaterales para ninguna de las partes que les permitan modificar el Contrato o imponer su interpretación a la otra, sin que medie el mutuo acuerdo exigido por la Ley (art. 1602 del C.C.) y expreso en el Contrato (cláusula 4.17) que advierte que ***“El presente contrato solo podrá ser modificado por el acuerdo escrito entre los representantes legales de las Partes.”***, en un todo de acuerdo con lo que ha dispuesto la Corte Constitucional, frente a este tipo de pactos⁶⁵.

De esta manera, y entendido como lo tiene entendido el Tribunal, que ninguna de las partes puede arrogarse poderes unilaterales en la ejecución del Contrato, en su estudio del clausulado contractual que servirá de fundamento a sus decisiones, se atenderá el Tribunal a las estipulaciones consignadas en el Texto del Convenio, cuya validez, eficacia y poder vinculante no ha sido objeto de cuestionamiento en este proceso, contenido que encuentra el Tribunal ajustado a derecho, así como su concordancia con la normativa vigente al momento de su incorporación al negocio jurídico.

En este orden de ideas, y acudiendo a los estatutos civil y comercial para interpretar la intención de las partes al celebrar el contrato, así como el alcance jurídico de las obligaciones y derechos surgidos del mismo para ellas (artículos 30 y 31 de la ley 142/94), entra el Tribunal a analizar las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvenición, atendiendo el contenido de las obligaciones asumidas por las partes cuyo incumplimiento se endilgan mutuamente.

Es claro para el Tribunal que las partes en el Contrato STF-06-96 en ejercicio de la autonomía de su voluntad, pudieron incluir en forma expresa, todas las estipulaciones lícitas que la ley permite a los particulares en su actividad contractual⁶⁶, y en tal virtud, las mismas obligarán a las partes como su propia ley (artículo 1602 del Código Civil). Así mismo, en aplicación del principio de la buena fe contractual que gobierna la ejecución del contrato, en el mismo, los contratantes se encuentran compelidos no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino *“a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”*

Igualmente, y con el mismo rigor ya descrito, insiste el Tribunal que rigen el contrato los principios generales de derecho de la buena fe contractual, de abuso del derecho y del enriquecimiento sin causa.

Ha sido prolija nuestra jurisprudencia en el tratamiento de estos principios, dejando claramente establecida la ineficacia de las estipulaciones contractuales violatorias de su mandato, en tanto aquellos constituyen garantías que la ley otorga a los cocontratantes en la defensa de sus derechos, y como tales participan de la noción de orden público e interés público, inderogables por vía convencional.⁶⁷ (artículo 16 del Código Civil).

⁶⁵ Sentencia T-1431206. Diciembre 14 de 2006. M.P. Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

⁶⁶ Artículos 1602 y 1603 del Código Civil; artículos 822, 824, 830 y 831 del Código de Comercio.

⁶⁷ “Los arts. 15, 16 y 1602 del C.C. consagran el principio de libertad de estructuración en el contenido de los contratos, salvo cuando normas imperativas restringen dicha libertad por motivos superiores de ética o de orden público.” C.S.J. Cas, marzo 25 de 1941. L, 824.

“Las estipulaciones regularmente acordadas, informan el criterio para definir en cada caso las obligaciones y derechos establecidos en el pacto; sus cláusulas o condiciones son ley para las partes, en cuanto no pugnen con las disposiciones de orden público ni con expresas prohibiciones legales”, ha dicho la Corte Suprema de Justicia⁶⁸.

Por lo mismo, *“La autonomía de la voluntad ha sufrido y continúa sufriendo serios recortes ya por motivos de interés social y aún de orden público, ya por un empeño de tutela en amparo de los individuos y en guarda de la equidad. Ejemplo de ello, es la prohibición de renunciar ciertas ventajas con que el legislador protege a obreros y empleados; las disposiciones que establecen acción rescisoria de la compraventa por lesión enorme, reducción de la pena excesiva en las obligaciones con cláusula penal, rebaja del interés inmoderado en el mutuo y rescisión de la aceptación de una asignación por lesión grave. (...).”*⁶⁹

El régimen jurídico del convenio será el vigente al momento de su celebración.⁷⁰ El Contrato fue celebrado entre las partes el 30 de septiembre de 1996, fecha en la que regía la ley 142 de 1994, aún vigente, cuya normativa en materia contractual y su gobierno en el contrato bajo análisis, ya fue objeto de estudio en este escrito.

Adicionalmente, y en cuanto hace a la materia específica de esta controversia, las partes al celebrar el contrato incluyeron en su régimen la normativa expedida por el Ente Regulador competente, la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, que en punto al modo como debía convenirse la remuneración y la posibilidad de su modificación durante la vida del contrato, disponía en la RESOLUCIÓN 057 de 1996 *“Por la cual se establece el marco regulatorio para el servicio público de gas combustible por red y para sus actividades complementarias”*:

“CAPITULO I. DEFINICIONES:

(...).

CARGO POR CAPACIDAD DEL SISTEMA DE TRANSPORTE: Cargo que se aplica a la demanda máxima promedio diaria de transporte de gas natural, en un periodo de tiempo dado.

(...).

CARGO POR USO DEL SISTEMA DE TRANSPORTE: Cargo que se aplica al volumen de gas transportado.

TRANSPORTE DE GAS COMBUSTIBLE: Actividad que incluye la operación del sistema troncal de transporte de gas combustible por tuberías, el servicio de transporte, su administración, mantenimiento y expansión. Incluye actividades relacionadas, como el almacenamiento, la compresión y la medición, las cuales pueden ser desarrolladas por el transportador o realizadas de manera independiente por una persona natural o jurídica. Los sistemas de gas natural y de GLP son independientes.

(...).

ARTÍCULO 2.- AMBITO DE APLICACIÓN.- Esta resolución se aplica a todas las personas que estando organizadas en alguna de las formas dispuestas por el Título I de la Ley 142 de 1994, comercialicen, transporten o distribuyan gas combustible por redes de tubería; o sean productores independientes en los términos de los artículos 14.15 y 16 de la Ley 142 de 1994; o sean grandes consumidores. Esta resolución se aplicará para gas combustible, salvo cuando en forma particular se refiera a gas natural.

⁶⁸ C.S.J., sentencia de abril 24 de 1979.

⁶⁹ C.S.J. Cas., 20 de abril de 1940. XLIX, 247.

⁷⁰ Ley 153 de 1887, artículo 38: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración. (...)”

(...).

ARTÍCULO 11.- LIBERTAD DE NEGOCIACIÓN PARA GRANDES CONSUMIDORES.- *Los grandes consumidores de gas natural podrán negociar libremente sus contratos y precios de suministro y transporte con un productor, un comercializador, un transportador o un distribuidor, pagando los correspondientes cargos al dueño de las redes, si fuere el caso.*

“Los precios de transporte, distribución y venta serán negociables, pero no superiores a los precios máximos establecidos en esta resolución, salvo cuando, mediante resolución se haya determinado que el precio de comercialización a grandes consumidores sea libre.

“ARTÍCULO 12.- OPCIONES CONTRACTUALES.- *Con el fin de adecuar los contratos a las necesidades de los consumidores y a sus condiciones particulares, se ofrecerán distintas modalidades contractuales, las cuales serán de conocimiento público. Podrán ofrecerse entre otros, contratos firmes, contratos pico o contratos interrumpibles, que incluyan o no prima de disponibilidad, o una combinación de ellos. En suma, se permiten todas aquellas modalidades contractuales que no sean contrarias a la ley, a la regulación y a los principios de libre competencia. La Comisión publicará a título informativo una guía para los usuarios. Se negociarán de manera independiente los contratos de transporte y de compraventa cuando se adquiera el combustible en un sitio distinto del nodo intermedio o de salida del sistema o subsistema de transporte y se admitirán diferentes puntos de entrega, sin perjuicio de lo previsto en el Capítulo IV de esta Resolución.*

Particularmente en cuanto hace a las opciones de contratación del transporte de gas, fue explícita la Resolución 057/96 en disponer:

“ARTÍCULO 33.- OPCIONES CONTRACTUALES DE TRANSPORTE.- *Con el fin de adecuar los contratos a las necesidades de los consumidores y a sus condiciones particulares, los transportadores ofrecerán distintas modalidades contractuales. Podrán ofrecerse entre otros, contratos firmes, contratos pico o contratos interrumpibles, que incluyan o no prima de disponibilidad, o una combinación de ellos. En suma, se permiten todas aquellas modalidades contractuales que no sean contrarias a la ley, a la regulación y a los principios de libre competencia. La Comisión publicará a título informativo una guía para los usuarios. El transportador no podrá discriminar entre clientes con términos y condiciones contractuales similares.*

“Los transportadores de gas natural podrán incorporar en los contratos de transporte de gas, sobre volúmenes pactados interrumpibles por parte del remitente, una prima de disponibilidad.

“ARTÍCULO 46.- REMUNERACIÓN POR EL SERVICIO DE TRANSPORTE: *Las empresas transportadoras se remunerarán mediante cargos por conexión y cargos por uso, los cuales distinguen entre capacidad y volumen. Igualmente se establece un cargo por volumen para remuneración de los servicios de administración, compresión y medición al usuario. El servicio de almacenamiento podrá cobrarse de forma independiente, de acuerdo con los criterios que defina la Comisión.*

“Los cargos serán de conocimiento público y serán neutrales frente a los usuarios.

“Los cargos por el uso del sistema de transporte serán separados de los cargos que se cobren por las conexiones.”

“ARTÍCULO 55.- FORMULA REGULATORIA PARA LA ACTIVIDAD DE TRANSPORTE.- La CREG, a medida que se vaya requiriendo, en resolución aparte definirá la fórmula de regulación de la actividad de transporte para cada gasoducto, de manera que permita remunerar las inversiones y riesgos de la actividad. A partir del 1 de enero de 1998 estas fórmulas tendrán una vigencia de cinco años.”

La previsión normativa en cuanto a los cargos propiamente dichos, la revisión de los mismos, la metodología de cálculo y su actualización, se especifica para los “cargos”, que la misma Comisión establece en los artículos 56 y siguientes de la Resolución 057/96 para cada punto de origen de transporte o conexión a la Red.

En cuanto hace a la denominada “tarifa binomio” infiere el Tribunal que este concepto surge de la normativa contenida en el artículo 40 de la Resolución 057 de 1996 antes transcrito, y a esa disposición se atuvieron las partes al suscribir el Contrato STF-06-96.

El Contrato STF-06-96, tuvo como objeto, al tenor de su cláusula 1.3.1. “*e/ Transporte de Gas Natural por el Sistema*”.

Al suscribir el Contrato, fue claro para las partes, atendiendo la naturaleza del servicio objeto del mismo, que ***“el Contrato y el Servicio, están sujetos a la regulación, control y vigilancia del Estado por ser el transporte de gas combustible una actividad de utilidad pública, lo cual puede llevar a cambios en el Contrato”⁷¹.***

En cuanto hace al objeto de esta controversia, pactaron las partes al celebrar el contrato que:

“1.4 Cargos por Transporte.

“Los cargos imputables a la prestación del servicio objeto de este Contrato, serán los establecidos por la Comisión y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que ésta establezca.”

Los cargos integrantes de la fórmula de remuneración, subraya el Tribunal, fueron así mismo identificados por las partes en el texto Contractual de la siguiente manera⁷²:

Cargo Estampilla: Cargo que se aplica al gas transportado excepto para el tramo Ballena – Barrancabermeja, en US\$/KPC.

Cargo por Capacidad: Cargo Anual que se aplica a partir de la fecha de Comienzo del Servicio, a la Capacidad en Firme Contratada para el servicio de Transporte de Gas Natural y/o en Pico y/o Interrumpible, en US\$/KPC.

Cargo por Uso: Cargo que se aplica al volumen de Gas Transportado en US\$/KPC.

Cargo Fijo u otros Cargos por Uso: (Cargo por Capacidad)/365 en US\$/KPC.

⁷¹ Cláusula 1.2. Consideraciones y Principios Rectores de la Relación Contractual. Numeral e).

⁷² Cláusula 1.1. Definiciones.

Cargo Diario por Capacidad de Referencia: (Cargo por Capacidad de Referencia)/365 en US\$/KPC.

Cargo por Capacidad de Referencia: Corresponde al Cargo por Capacidad del Trayecto Barrancabermeja – La Dorada, que se aplica a las sanciones que establece el Contrato en US\$/KPCD/A. Este Cargo se indica en la Sección I de acuerdo con el cálculo del Anexo III.

Es evidente para el Tribunal que al momento de celebrar el Contrato, las Partes:

- a) En la cláusula 1.4 **Cargos por Transporte**, previeron a modo de cláusula de ajuste regulatorio de los **cargos pactados**:

“Los cargos imputables a la prestación del servicio objeto de este Contrato serán los establecidos por la Comisión y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que ésta establezca.

- b) A modo de fórmula remuneratoria pactaron la “tarifa binomio” entonces conocida y adoptada por la CREG en la Resolución 057 de 1996, tal como fue acreditado en este proceso. En efecto, en la Sección III del Contrato STF-06-96, cláusulas 3 y 4 del Contrato, establecieron las partes los cargos a reconocerse por concepto del servicio, estimando el valor anual del Contrato (cláusula 7), como el resultante de multiplicar la Capacidad en Firme Contratada por el Cargo por Capacidad.

Observa el Tribunal que respecto de la fórmula tarifaria adoptada, nada dijeron las partes en punto a su variación por efectos de la regulación, como sí expresamente lo concertaron respecto de los **cargos que integran dicha fórmula**.

- c) El pacto remuneratorio y su conformidad con la aseveración del Tribunal, es premisa que pacíficamente aceptaron las partes en sus escritos de demanda y contestación, ratificado por las pruebas documentales aportadas por ellas al expediente y recaudadas durante el debate probatorio, así como por los testimonios rendidos a solicitud de las partes, por ANA MARÍA FERREIRA, EDUARDO AFANADOR, JOSÉ BARRERA REY, JOSE FERNANDO BARRERA VALDERRAMA, y LUIS IGNACIO BETANCUR, todos con amplio conocimiento del sector y su regulación, quienes en sus declaraciones afirmaron que con anterioridad a la expedición de la Resolución 001 de 2000, el concepto de “pareja de cargos” como estructura tarifaria no existía en la regulación, y que sólo se conocía la opción de la “tarifa binomio” en los términos consignados en el Contrato STF-06-96.
- d) Es claro entonces para el Tribunal, como bien lo tienen entendido las partes del proceso, que de conformidad con la normativa vigente al momento de su celebración en materia de pactos remuneratorios en este tipo de Contratos, no existía como concepto ni como contenido en el sentido que hoy se conoce la denominada “pareja de cargos”, incorporada a la regulación del sector en el año 2000 (Res. 001), y definida como:

“Parejas de cargos regulados: Conjunto de cargos de transporte que permiten recuperar los costos de inversión distribuidos entre un cargo fijo y un cargo variable en diferentes proporciones.”

- e) De este modo, concluye el Tribunal que a la celebración del Contrato STF-06-96 las partes adoptaron como fórmula de remuneración la denominada “tarifa binomio”, previendo como ajuste regulatorio futuro la inclusión en el contrato de las variaciones ordenadas por la CREG respecto de los CARGOS pactados e integrantes de la fórmula. Nada dijeron entonces las partes, y mal pudieron haberlo hecho puesto que no existían conceptos normativos distintos a la fórmula pactada, sobre las eventuales modificaciones que a la estructura misma de la remuneración se produjera. Su avenencia a la aceptación de modificaciones futuras por virtud de la regulación, se contrajo a los cargos (contenidos) previstos en esa estructura (fórmula) y no a la estructura remuneratoria o tarifaria misma (Cláusula 4.1 del Contrato).

En este punto advierte el Tribunal que, para los efectos de las decisiones que adopta en este Laudo y el objeto mismo del debate, ninguna trascendencia tiene la discusión de las partes, a la que se desvió buena parte de su actuación, sobre las diferencias existentes entre la denominada “tarifa binomio” (Resolución 057/96) y la estructura de “pareja de cargos” (Resolución 001 de 2000), puesto que ambas estructuras tarifarias fueron pactadas por ellas en diversas épocas del Contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que la ley les garantiza, y con pleno ajuste a las estipulaciones vigentes sobre la materia. En efecto, la “tarifa binomio” constituyó pacto remuneratorio a la celebración del Contrato, y la “pareja de cargos” fue adoptada por las partes en el Otrosí No. 7.

No existiendo -como en efecto no la hay- controversia alguna sobre estas decisiones de las partes, y no teniendo trascendencia para las definiciones que en este Laudo se adoptan, ningún pronunciamiento hará el Tribunal sobre estas diferencias conceptuales por ser, se reitera, indiferentes para efectos de la decisión de la controversia.

Es evidente para el Tribunal, de las pretensiones formuladas por ambos contendientes procesales, que la controversia que resuelve en este Laudo gira exclusivamente en torno a la modificación de la pareja de cargos adoptada por las partes mediante la suscripción del Otrosí No. 7 al Contrato STF-06-96, y los efectos que sobre la misma tuvo la expedición de las Resoluciones 126 de 2010 y 079 de 2011 de la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, y no a la discusión aludida, que, al propósito de esta decisión judicial resulta inane. Y ello es así, puesto que es claro para el Tribunal que, si bien, al celebrarse el Contrato las partes pactaron la “tarifa binomio” como fórmula de remuneración, de conformidad con el sentido del pacto remuneratorio (cláusula 4.1 y Sección III) y de la normativa vigente a cuya observancia se encontraban compelidas consignada en la Resolución 057 de 1996, no es menos cierto que ellas adoptaron el concepto de “pareja de cargos” en el Otrosí No. 7 atendiendo de la misma manera lo dispuesto por el ente regulador del sector en la Resolución 001 de 2000.

Es entonces indiscutible para el Tribunal que el ámbito de la controversia que define en este Laudo se restringe a la disímil interpretación de las partes sobre los efectos que sobre la pareja de cargos pactada por las partes en el Otrosí No. 7 al Contrato STF-06-96 tuvo la normativa expedida por la CREG y contenida en las Resoluciones 126 de 2010 y 079 de 2011, y sobre esta precisa diferencia versarán las decisiones que se adoptan en esta providencia.

3.3. El ajuste de las Partes del Contrato STF-06-96 a la Evolución Normativa y el respeto por los pactos contractuales.

El 14 de septiembre de 2004, las partes celebraron el denominado **OTROSI No. 7**. En el texto del documento contractual en cita consignaron las partes las causas de su suscripción y la finalidad perseguida con los pactos allí celebrados. Dijeron las partes a modo de Consideraciones que explican la causa y finalidad del acuerdo:

(...).

“Que mediante la Resolución CREG 001 del 20 de enero de 2000, se establecieron los criterios generales para determinar la remuneración del servicio de Transporte de gas natural y el esquema general de cargos del sistema nacional de transporte.

“Que mediante Resolución CREG 013 del 4 de marzo de 2003, se establecieron los cargos regulados para el Sistema de Transporte de Ecogás y estando dentro de los términos legales las empresas (...) ECOGAS .. presentaron recurso de reposición en contra de la misma resolución.

“Que mediante la resolución CREG 125 del 18 de diciembre de 2003, se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra la resolución CREG 013 de 2003 y se establecieron los cargos regulados para el Sistema de Transporte de Ecogás, procedimiento en el cual se hizo parte BP EXPLORATION COMPANY como “tercero interesado”.

“Que la Resolución CREG 125 del 18 de diciembre del 2003 quedó en firme desde el 7 de febrero de 2004, y por lo tanto es necesario renegociar las tarifas de transporte de gas natural pactadas en el contrato de transporte de gas natural en firme STF-06-96 suscrito entre las partes.

(...).

“Que la Junta Directiva de Ecogás en sesión No. 89 del 23 de agosto de 2004 determinó que Ecogás debe reestructurar el Contrato de Transporte de Gas STF-06-96 de conformidad con lo tratado en dicha sesión de Junta Directiva.

“Que EL TRANSPORTADOR y EL REMITENTE acordaron la aplicación de una pareja de cargos 0% Fijo y 100% variable para la remuneración del servicio de transporte de gas natural mediante el Contrato STF-06-96, de acuerdo a la Resolución CREG 125 de 2003⁷³. (Destaca el Tribunal).

De los pactos de las partes en el Otrosí No. 7, destaca el Tribunal a los efectos de esta controversia:

“SEGUNDA: *A partir de la fecha efectiva (tal como este término se define más adelante), se modificará el numeral 5.1 de la Sección I referente a plazo de ejecución para que se lea como sigue: 5.1. Plazo de ejecución: Hasta el 31 de diciembre de 2019.*

“TERCERA: *A partir de la Fecha Efectiva (tal como este término se define más adelante), se modificará el numeral 6.1 de la Sección I-STF referente a la Capacidad en Firme Contratada y que leerá como sigue: (...).*

“CUARTA: *A partir de la fecha efectiva (tal como este término se define más adelante), se reemplazarán los numerales 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5, 7.6, 7.7 y 7.8*

⁷³ Resolución CREG 125 de 2003, mediante la cual “ se resuelven los Recursos de Reposición interpuestos contra la Resolución CREG-013 de 2003, mediante la cual se establecen los Cargos Regulados para el Sistema de Transporte de ECOGAS, procedimiento en el cual se hizo parte BP EXPLORATION COMPANY como “tercero interesado”

de la Sección I – STF, lo referente al Cargo por Capacidad, Cargo Diario por Capacidad, el Cargo por Uso, Otros Cargos por Uso, Cargo Estampilla, Cargo por Capacidad de Referencia, Cargo Diario por Capacidad de Referencia y Valor Anual estimado del Contrato respectivamente por los numerales 7.1 Cargo Fijo, 7.2 Cargo Variable, 7.3 Cargo por AO&M, 7.4 Cargo por Capacidad de Referencia, 7.5 Cargo Diario por Capacidad de Referencia y 7.6 Valor Anual Estimado del Contrato y que leerán así: (...).

En el mismo texto del Otrosí No. 7, las partes definieron los cargos que integrarían la remuneración pactada, en la cláusula sexta, siendo ellos: Cargo Fijo, Cargo por AO&M, Cargo Variable, Gasoductos de Transporte y Servicio de Parqueo de Gas Natural.

En la cláusula séptima del Otrosí No. 7, regularon las partes la facturación para el cobro del servicio.

La Sección III del Contrato STF-06-96 fue modificada en la cláusula décima del Otrosí No. 7, en la que se describen los cargos que integran la remuneración por la prestación del servicio y el modo como debían calcularse. Y en la cláusula décima tercera del Otrosí en mención modificaron las partes expresamente el numeral 7 de la Sección III del Contrato, adecuando su contenido a los nuevos cargos incorporados.

Por último, fueron explícitas las partes al confirmar íntegramente “Las demás estipulaciones del Contrato de Servicio de Transporte en Firme de Gas Natural En Firme No. STF-06-96, incluidas las de sus otrosíes, que no hayan sido objeto de modificación en este documento” (Cláusula Octava); sometiéndose a eventuales variaciones derivadas de futuras regulaciones, únicamente en lo relacionado con “los aspectos técnicos, económicos, operativos y jurídicos del servicio de parqueo.” (Cláusula Novena).

Relieva el Tribunal que a la fecha de la suscripción del Otrosí No. 7, no se encontraba vigente la Resolución CREG No. 079 de 2011 que modificó la Resolución 126 de 2010. Sobre este particular, observa que la Resolución CREG 079 de 2011, que constituye la regulación actualmente aplicable en materia de remuneración de la inversión en el servicio de transporte de gas en el país tal como lo reconoce TGI⁷⁴, a diferencia de lo que establecía en un principio el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, no establece que las partes con contratos vigentes deben renegociar nuevamente las parejas de cargos regulados que tienen acordadas y que si no llegan a un acuerdo deben dar aplicación al procedimiento de aproximación ordinal y a los topes previstos para esta opción, como de manera infundada plantea TGI.

Por el contrario, la Resolución CREG 079 de 2011 lo que establece es que debe respetarse lo pactado en los respectivos contratos⁷⁵:

“Artículo 1. Objeto. La presente resolución tiene por objeto modificar la Resolución CREG 126 de 2010.

⁷⁴ Hecho 37 de la demanda de reconvencción reformada de TGI: “37. Posteriormente, como ya se venía diciendo, **la Resolución CREG 079 DE 2011 expedida el 16 de Junio de 2011, modificó la Resolución CREG 126 de 2010 siendo las más relevantes las modificaciones introducidas al artículo 16 de dicha resolución, las cuales se encuentran vigentes en la actualidad.** (...)” (resaltado fuera de texto).

⁷⁵ Folios 322 a 328 del cuaderno de pruebas No. 1 del expediente.

Artículo 2. *Modificación del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010. El artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010 quedará así:*

‘Artículo 16. Opciones para la determinación de cargos que remuneran inversión. Los remitentes podrán utilizar las siguientes opciones para la determinación de cargos fijos y cargos variables, aplicables al servicio de transporte pactado en contratos firmes, que remuneran inversión:

a) *Los comercializadores que representan demanda no regulada y los usuarios no regulados podrán acogerse a cualquiera de las siguientes opciones:*

1. *Determinación libre de cargos por mutuo acuerdo con el transportador, conforme a lo dispuesto en el numeral 16.1 de este artículo.*
2. *Determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo con el transportador, conforme a lo dispuesto en el numeral 16.2 de este artículo.*

En caso de que los remitentes y el transportador no lleguen al mutuo acuerdo previsto en los numerales anteriores, o si las partes lo convienen, deberán aplicar el procedimiento de aproximación ordinal establecido en el numeral 16.3 de este artículo, dentro de los tres (3) Meses siguientes al inicio de la negociación. Para el caso de los remitentes que den aplicación a lo dispuesto en este literal en virtud de sus contratos vigentes, según lo señalado en el Parágrafo 3 de este artículo, se entenderá que el inicio de la negociación se da a la entrada en vigencia de los nuevos cargos.

(...)

Parágrafo 3. *Aquellos remitentes con contratos vigentes darán aplicación a las opciones definidas en este artículo para, de acuerdo con lo pactado en los respectivos contratos, establecer las parejas de cargos y/o su respectivo valor.*” (resaltado fuera de texto)

En este punto el Tribunal encuentra razón a Termoemcali en cuanto a que el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011 eliminó el mandato que inicialmente contenía el parágrafo 3 del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010 en el sentido que los remitentes con contratos de transporte vigentes debían aplicar, dentro del mes siguiente a que entrara en vigencia la resolución que fijara el nuevo valor de los cargos para el sistema de transporte del respectivo transportador, el procedimiento de aproximación ordinal que consagraba dicho artículo como única opción para determinar la pareja de cargos regulados que remunera la inversión⁷⁶.

Considera relevante el Tribunal recordar que la resolución 126 de 2010 fue objeto de múltiples cuestionamientos por los agentes económicos del sector, precisamente por cuanto su contenido ordenaba la modificación de los pactos contractuales vigentes a su expedición. (Ver: DOCUMENTO 65 que sirvió de fundamento a la expedición de la Resolución CREG 079 de 2011).

⁷⁶El texto original del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010 eliminó las opciones de determinación libre de cargos de transporte y de determinación de parejas de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes, y dejó como única opción la determinación de parejas de cargos mediante el procedimiento de aproximación ordinal. La Resolución CREG 079 de 2011, que sustituyó en su integridad el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, restableció las opciones de determinación libre de cargos de transporte y de determinación de parejas de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes que consagraba la Resolución CREG 001 de 2000.

La CREG rectificó la posición cuestionada y expidió la Resolución 079 de 2011, que sobre el punto en controversia, dispuso el respeto por los contratos vigentes al momento de su expedición.

Advierte el Tribunal del texto mismo del acto administrativo en cita que, tal como se reconoce por el Regulador en los considerandos de la Resolución 079 de 2011, las disposiciones de la Resolución 126 de 2010 no entraron en vigor, siendo esta circunstancia, precisamente, una de las motivaciones de la CREG con la expedición de la Resolución 079 mencionada, y con los trámites expeditos para su entrada en vigencia con el fin de impedir la aplicación de lo dispuesto en la Resolución 126 de 2010 en cuanto hacía a la regulación tarifaria allí contenida.

En efecto, en los considerandos de la Resolución 079 de 2011, advierte la CREG que:

“La Comisión, a través de la Resolución CREG 126 de 2010, estableció los criterios generales para la remuneración del servicio de transporte de gas natural y el esquema general de cargos del Sistema Nacional de Transporte, y dictó otras disposiciones en materia de transporte de gas natural.

“Las disposiciones del Decreto 2730 de 2010 modificado por el Decreto 2807 del mismo año fueron incorporadas a la Resolución CREG 126 de 2010, sin que las mismas tuvieran efecto sobre las fórmulas tarifarias según se expone en el Documento CREG 100 de 2010.

“El Decreto 2730 de 2010 modificado por el Decreto 2807, fue derogado por el Decreto 2100 de 2011.

“La Comisión encontró conveniente modificar la Resolución CREG 126 de 2010 tras la eliminación de disposiciones contenidas en el Decreto 2730 de 2010 modificado por el Decreto 2807 de 2010.

“De conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 9 del Decreto 2696 de 2004 y el numeral 3 del artículo 2 de la Resolución CREG 097 de 2004, la Comisión decidió por unanimidad no someter la presente Resolución a las disposiciones sobre publicidad de proyectos de regulación previstas en el citado decreto, debido a la existencia de razones de conveniencia general y de oportunidad, toda vez que actualmente se adelantan las actuaciones administrativas encaminadas a la aprobación de los cargos de transporte con base en la metodología tarifaria aprobada mediante Resolución CREG 126 de 2010 y en este sentido se requiere contar con señales regulatorias previas y claras en relación con los contratos de transporte de gas natural. (...).

“El documento CREG 065 de 2011 contiene los análisis en que se soporta esta Resolución.” (Destaca el Tribunal).

Por lo anterior, es claro para el Tribunal que las disposiciones de la Resolución 126 de 2010 en cuanto hace a la regulación de la metodología tarifaria, nunca tuvieron efecto en el Contrato STF-06-96 en lo referido a las estipulaciones contractuales relacionadas con el pacto remuneratorio contenido en la cláusula 4.1.

De esta manera, es evidente para el Tribunal que en el Otrosí No. 7, las partes incorporaron al Contrato el concepto de “pareja de cargos”, fijando sus extremos en 0% fijo y 100% variable, acuerdo que a la luz de la normativa vigente –que

constituyó la causa misma de su celebración- era viable, posible y lícito, como quedó demostrado en el curso del trámite, así como en atención a lo dispuesto con la regulación expedida posteriormente por la CREG y consignada en la resolución 079 de 2011.

Así se acreditó en el proceso no solo con la prueba documental, sino que lo reconocieron los declarantes que rindieron testimonio en el trámite. (Ver: Testimonios de ANA MARIA FERREIRA, LUIS IGNACIO BETANCOUR, SANDRA FONSECA) parecer que comparte el Ministerio Público en su alegato de conclusión.

Encuentra el Tribunal que nada distinto podían pactar las partes en el Otrosí No. 7, según la fecha de su suscripción, puesto que para entonces se encontraba vigente la Resolución 001 de 2000 que, de una parte incorpora a la regulación del sector del servicio objeto del Contrato STF-06-96 el concepto de “pareja de cargos”, como estructura tarifaria para los Contratos de Transporte de Gas –como el que ocupa la atención de este Tribunal-, y de otra, permitía a los cocontratantes seleccionar libremente la “pareja de cargos” que conviniera a sus mutuos intereses con la asignación porcentual de cargos que libremente escogieran, en los términos previstos en la regulación.

Debían entonces las partes incluir en el Contrato la “pareja de cargos” como pacto remuneratorio, y así lo hicieron. Y en ese momento hubieran podido reconsiderar la asignación porcentual de la distribución de los cargos, que ya tenían convenida; pero no lo hicieron. Por el contrario, confirmaron dicha asignación al mantener inmodificada la estipulación referida al pacto remuneratorio inicialmente convenido (0% fijo - 100% Variable), la cual, a partir de la suscripción del Otrosí, debe entenderse conformada con los nuevos cargos del Contrato, según su modificación en el mismo Otrosí No. 7, como antes se explicó.

Es pertinente agregar que la pareja de cargos, en los porcentajes 0% fijo - 100% variable está permitida por la regulación actualmente vigente, como se deduce de la Resolución CREG 121 del 2 de noviembre de 2012 y fuera además confirmado en varias de las declaraciones de los testigos, entre ellas, en la de la señora Ana María Ferreira Miani, lo cual implica que es viable aplicar dicha pareja de cargos, con independencia del factor de carga, esto es del volumen de gas transportado en el período tarifario anterior.

Las consideraciones del Tribunal en este punto concuerdan con las del Regulador que con plena competencia interpretó su propia normativa y delimitó con fuerza vinculante para las partes la órbita y límites de su aplicación, en doctrina que por su contundencia y claridad, y especialmente por originarse en el autor de la normativa cuya aplicación se disputa, acoge el Tribunal en su análisis para la solución de la controversia sometida a su definición.

Por ello, es claro para el Tribunal que los pactos consignados en el Otrosí No. 7, en el contexto del respeto a su vigencia reconocida por el Regulador (Resolución 079 de 2011), vinculan a las partes hasta la expiración del plazo contractual, 31 de diciembre de 2019, salvo modificación del Contrato de común acuerdo por las partes, según lo dispuesto en la cláusula 4.17 del Contrato STF-06-96 y décima octava del Otrosí No. 7, permanecerán con fuerza vinculante para ellas las estipulaciones referidas al pacto remuneratorio contenido en la cláusula 4.1 del Contrato y en la Sección III del mismo, conforme con su modificación por el Otrosí No. 7.

3.4. El abuso de la posición dominante o contractualmente abusiva por parte de TGI.

Debe ocuparse el Tribunal del análisis de los dos aspectos antes referidos y frente al tema se tiene que en la demanda, pretensión 14.2 se solicita que se declare que: “TGI actuó con abuso de posición dominante y/o de manera contractualmente abusiva, al cobrar unilateralmente a Termoemcali montos distintos a los contractualmente estipulados por la prestación del servicio de transporte de gas, y al pretender variar unilateralmente la modalidad o tipo contractual y la asignación de riesgos pactados en el Contrato STF-06-96, que determinan que el componente de inversión de la tarifa de transporte de gas debe ser pagado exclusivamente en función del volumen de gas efectivamente transportado.”

A este respecto, habiendo el laudo establecido en acápites anteriores, que por virtud del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, las partes no quedaron obligadas a modificar la pareja de cargos de 0% fijo y 100% variable pactada en el Contrato STF-06-96, TGI no se encontraba facultada para facturar cargos por transporte de gas aplicando de manera unilateral los valores correspondientes a los cargos en proporción 70% fijo - 30% variable.

TGI ha expresado que decidió facturar aplicando la pareja de cargos 70% fijo y 30% variable, *“en cumplimiento del deber de no agravar su propio daño”*, en vista de la negativa de TERMOEMCALI a modificar los porcentajes pactados y de su decisión de no acudir al mecanismo de aproximación ordinal, habida consideración de que para TGI, tal pareja sería la *“que corresponde a la mínima pareja de cargos a la cual podría aspirar TERMOEMCALI en el procedimiento de aproximación ordinal en función de su factor de carga histórico, sin que ello implicara que dicha pareja de cargos correspondiera a aquella a la que TGI hubiera aspirado como resultado de un proceso de negociación o del mismo proceso de aproximación ordinal.”*

Quedó probado dentro del proceso que TGI decidió facturar de acuerdo con las parejas de cargos referidas, a pesar de que TERMOEMCALI le había solicitado *“abstenerse de realizar cualquier cobro a Termoemcali utilizando una pareja de cargos distinta a la pactada en el Contrato actualmente vigente.”*⁷⁷

Ahora bien, aún cuando en las facturas expedidas por TGI con base en la pareja de cargos 70% fijo, 30% variable, ésta agregó una nota en la que expresó que tal pareja de cargos, *“que se aplicará desde el 20 de marzo de 2013 será provisional, puesto que no se ha terminado el proceso establecido por las Resoluciones 126 de 2010 y 079 de 2011 expedidas por CREG para fijar la nueva pareja de cargos”*, reitera el Tribunal que no estaba facultada por la ley o el Contrato para cambiar de manera unilateral la forma de facturar el servicio, por lo cual tal conducta resulta abusiva.

En relación con la ejecución abusiva de un contrato, la Corte Suprema de Justicia ha expresado:

“[...] No se trata [...] de restringir el legítimo ejercicio de los derechos sino, lo que es bien distinto, de comprometer la responsabilidad de las personas que, al pretender hacer efectivas las prerrogativas con que cuentan, superan, de una u otra forma, el marco de legalidad de las mismas.”⁷⁸

⁷⁷ Comunicación GTE-7349-13, enviada a TGI el día 10 de enero de 2013, en la que rechazó la propuesta de aplicar la pareja de cargos 98% fijo y 2% variable.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1º de noviembre de 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Citada por RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Las facultades unilaterales en la contratación moderna. Primera Edición. Editorial Legis. Bogotá, 2014. Página 152.

Y sobre el reconocimiento de la figura en materia contractual, la misma Corporación afirmó:

“(…) al pregonar la Sala que en “...*materia contractual tiene cabida el abuso del derecho*”, el que puede “...*presentarse en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el periodo post-contractual*” (G. J., t. LXXX, pag. 656), fluye con notoria nitidez cómo la Corporación ha reconocido la vigencia y posibilidad del fenómeno, aún por fuera del espacio inicial, circunscrito al ejercicio de la propiedad, para llegar a admitir la extralimitación en las facultades nacidas de los acuerdos de voluntades, pues en esos casos puede ocurrir el comportamiento de uno de los pactantes que, aunque pareciera respaldado por el derecho que en verdad le asiste, actúe “...*con detrimento del equilibrio económico de la contratación...*” (G. J., t. CCXXXI, pag. 746); de esta manera, la jurisprudencia también vino a señalar cómo es posible que por este aspecto fuese dable fijar límites a la autonomía de la voluntad en materia negocial.”⁷⁹

También a este respecto ha manifestado la Corte Constitucional:

“(…) en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue.”⁸⁰

Ahora bien, la conducta abusiva de TGI no constituye en este caso fuente de indemnización, pues aunque TGI facturó a TERMOEMCALI aplicando la pareja de cargos 70% fijo, 30% variable, ésta última pagó las sumas que correspondían a la pareja de cargos 0% fijo, 100% variable, de manera que no se generó para la convocante un perjuicio, pues no canceló un mayor valor.

De otra parte, es pertinente mencionar que para el Tribunal, el deber de mitigar los propios daños, no constituye fundamento suficiente para la decisión de TGI de facturar aplicando las parejas de cargos que consideró unilateralmente como la mejor posibilidad que podría obtener TERMOEMCALI, si se hubiera avenido a acudir al procedimiento de aproximación ordinal, al cual, como se explicó antes no estaba obligada a acudir.

Lo anterior, pues dicho deber tiene como sustento el incumplimiento de la otra parte según lo refiere la doctrina, en los siguientes términos:

“... como aplicación concreta del principio de ejecución de buena fe de los contratos, el derecho europeo continental señala que la parte lesionada, **es decir, el acreedor a quien se le ha incumplido una obligación estipulada**, debe actuar con diligencia y acuciosidad para reducir, tanto como le sea posible, el perjuicio que ha sufrido.”⁸¹

⁷⁹ Sentencia del 16 de septiembre de 2010. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M. P. César Julio Valencia Copete. REF.: 11001-3103-027-2005-00590-01

⁸⁰ Sentencia C258/13.

⁸¹ VAN OMMESLAGHE, Jean Pierre. Droit des Obligations. V.I. pp.26 y ss. Citado por SUESCUN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo I. Pag. 205 y 206. Legis. Bogotá, 2005.

En el mismo sentido, Díez – Picazo⁸², a este respecto ha expresado:

“(…) **quien sufre el incumplimiento del contrato**, debe adoptar todas las medidas que razonablemente se encuentren en su mano para mitigar la extensión del daño causado por el incumplimiento y no puede pretender que la otra parte le compense de aquellos daños que no son consecuencia del incumplimiento, sino de su propia falta en la adopción de tales medidas.”

En el caso que nos ocupa, TGI atribuyó unilateralmente a TERMOEMCALI, de acuerdo con su particular y tardía interpretación, el incumplimiento del contrato celebrado entre ellas, al considerar que su entender del mismo, a la luz de lo previsto en artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, era la correcta.

Con base en tal interpretación, y sin tener en cuenta lo que al respecto había conceptualizado la CREG, TGI decidió facturar a TERMOEMCALI en términos diferentes a los pactados en el contrato, postura que el Tribunal no encontró legalmente admisible.

De acuerdo con lo antes expuesto, el Tribunal concluye que al facturar con base en una pareja de cargos diferente a la pactada entre las partes, TGI incurrió en abuso de su derecho contractual a exigir la remuneración por concepto de transporte de gas basado en su particular punto de vista.

De la misma manera, TGI incurrió en abuso del derecho al desconocer la asignación de riesgos pactada en el contrato respecto de la remuneración de la inversión, por considerarla contraria a la regulación, sin tener en cuenta los pronunciamientos de la CREG⁸³, en relación con la Resolución 079 de 2011, en los cuales confirmó que las partes no estaban obligadas a modificar las parejas de cargos acordadas en los contratos que se encontraban vigentes al momento en que entró a regir la citada Resolución.

Diciente por excelencia frente al punto es la comunicación 003909 enviada por TGI a TERMOEMCALI el 3 de mayo de 2013, en la que se señaló:

“Visto lo anterior, se concluye que TERMOEMCALI, en una conducta que resulta contraria a la buena fe comercial, ha pretendido dilatar la negociación de la pareja de cargos aplicable al contrato hasta el punto de negarse a asistir al mecanismo de aproximación ordinal ordenado por la regulación, lo cual constituye un incumplimiento, no sólo de la regulación, si no del contrato STF-06 -96. En razón a ello y, considerando que TGI S.A E. S.P. debe ajustarse a la regulación vigente, nos permitimos informar que, a partir del 20 de marzo de 2013, los cargos de remuneración del contrato se facturarán dando aplicación a la mínima pareja de cargos que resultaría de aplicar el literal 16.3 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, y que corresponderá a la mínima pareja de cargos a la cual podría aspirar TERMOEMCALI en el procedimiento de aproximación ordinal en función de la consideración de su factor de carga histórico (70% fijo - 30% variable), sin que ello implique que dicha pareja de cargos corresponde a aquella a la que TGI S.A. E. S.P. hubiera aspirado como resultado de un proceso de negociación o del mismo proceso de aproximación ordinal.”

⁸² Citado por SUESCUN MELO, Jorge. Ob. Cit. Página 206.

⁸³ Documento CREG 065 de 2011, que contiene los análisis en los que se soporta la Resolución 079 de 2011. Oficio S-2011-004017 del 14 de septiembre de 2011. Oficio S-2013-003732 del 9 de septiembre de 2013. Cuaderno de pruebas 4 del expediente folios 1 a 24.

Tampoco implica la renuncia de TGI S.A. E. S.P. a reclamar los valores dejados de percibir, en caso de que se determine mediante los mecanismos legales pertinentes, que la pareja de cargos aplicables debe ser otra diferente a la aquí establecida.

En cuanto a la facturación del mes de marzo de 2013, ésta se ajustará aplicando pareja de cargos a que se hizo referencia en el párrafo anterior, esto es la pareja " 70% fijo - 30% variable ", lo cual se reflejará en las siguientes facturas." (Se ha subrayado)

De acuerdo con lo antes expuesto, la pretensión 14.2 de la demanda prospera en cuanto a que existió abuso contractual.pero no de la posición dominante como se solicitó de manera alternativa, no principal y subsidiaria, en la pretensión que se despacha, de ahí que sobran consideraciones acerca del abuso de la posición dominante por cuanto el Tribunal estima que la alternativa pertinente es la antes señalada.

3.5. Pretensión de pago de las sumas pagadas en exceso junto con actualización e intereses de mora.

Se indica en la pretensión décima quinta de la reforma de la demanda que “Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento por parte de TGI de lo estipulado en el Contrato STF-06-96 y del actuar abusivo de esa empresa, se condene a TGI a reembolsar a Termoemcali los valores que haya tenido que pagar en exceso en relación con la aplicación de la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable pactada por mutuo acuerdo entre las partes, debidamente actualizados y con aplicación de la tasa de interés pactada en el Contrato STF-06-96 o la que determine el Tribunal Arbitral.”

En el dictamen elaborado por la perito contadora designada por el Tribunal, para responder las preguntas primera y segunda formuladas por la parte convocante, aparece una relación de facturas emitidas por TGI, mensualmente, desde el mes de mayo de 2013 hasta el mes de noviembre de 2014, correspondientes a los períodos de abril de 2013 a octubre de 2014, en las cuales la perito afirma que *“la liquidación se hizo con base en pareja de cargos 70% fijo y 30% variable.”*, a pesar de lo cual, se evidencia en el dictamen que TERMOEMCALI siempre pagó el valor correspondiente a la pareja de cargos 0% fijo y 100% variable.

Para ilustrar lo anterior, se transcribe a continuación la respuesta dada por la perito a la pregunta número 5 formulada por la parte convocante, junto con el cuadro correspondiente, en el que aparece que lo pagado por TERMOEMCALI corresponde a la pareja de cargos 0% fijo, 100% variable, a pesar de que “glosó” los valores en los que difería lo facturado por TGI frente a lo pagado.

“R.: De acuerdo con lo solicitado en la pregunta, a continuación me permito presentar el cuadro comparativo entre la liquidación de las facturas aplicando cargos de inversión 70% fijo 30% variable y cargos 0% fijo 100% variable; adicionalmente se presenta el valor pagado por cada una de las facturas, y la glosa presentada por Termoemcali a cada una de ellas.

FACTURA	VALOR EN \$			
	70% - 30%	0% - 100%	PAGADO	GLOSA
12958	2.745.429.567	2.586.371.127	2.586.371.127	159.058.440
13058	2.341.103.273	1.918.286.229	1.918.286.229	422.817.044
13247	2.446.703.510	2.197.183.801	2.197.183.801	249.519.709
13377	2.649.965.323	2.953.625.481	2.953.625.481	-303.660.158
13477	2.878.885.972	3.637.098.359	3.637.098.359	-758.212.387

**TRIBUNAL ARBITRAL DE TERMOEMCALI I S.A. E.S.P CONTRA
TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P**

13555	2.915.173.127	3.788.358.465	3.788.358.465	-873.185.338
13758	2.779.418.721	3.391.377.562	3.391.377.562	-611.958.841
13911	2.935.770.174	3.790.586.050	3.790.586.050	-854.815.876
14010	2.894.939.689	3.660.205.350	3.660.205.350	-765.265.661
14159	2.771.939.820	3.924.137.659	3.924.137.659	-1.152.197.839
14274	3.037.841.626	3.861.147.852	3.861.147.852	-823.306.226
14402	2.833.451.608	3.334.882.378	3.334.882.378	-501.430.770
14541	2.857.473.834	3.475.932.569	3.475.932.569	-618.458.735
14681	2.971.788.094	3.813.557.100	3.813.557.100	-841.769.006
14804	2.971.277.925	3.957.012.399	3.957.012.399	-985.734.474
14941	2.926.300.776	3.862.088.688	3.862.088.688	-935.787.912
15093	2.791.101.062	3.314.200.665	3.310.244.229	-523.099.603
15231	2.837.218.883	3.263.376.132	3.263.376.132	-426.157.249
15386	2.988.706.469	3.762.669.313		-773.962.844
TOTAL	53.574.489.453	64.492.097.179	60.725.471.430	10.917.607.726

En el cuadro antes transcrito se evidencia que TGI ha recibido un mayor valor de TERMOEMCALI al aplicar la pareja de cargos 0% fijo, 100% variable, al correspondiente a la pareja de cargos 70% fijo, 30% variable.

Lo anterior fue reconocido por el apoderado de la convocante, en su alegato de conclusión,⁸⁴ en cuanto manifestó:

“Se precisa que dado que Termoemcali, luego de glosarlas oportunamente⁸⁵, ha pagado la totalidad de facturas que le han presentado aplicando la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo - 100% variable contractualmente estipulada, y que el valor así pagado ha superado en cerca de DOCE MIL MILLONES DE PESOS (\$12.000.000.000) lo que TGI hubiera recibido si se estuviera aplicando la pareja de cargos regulados 70% fijo - 30% variable cobrada por esa transportadora, tal como lo estableció la Señora Perito Contable en las respuestas a las solicitudes de aclaración y complementación 3.4 y 4 formuladas por la convocante, no habría lugar a reembolsar suma alguna a Termoemcali en caso de proferirse laudo arbitral a su favor (pretensión décima quinta).” (Se ha subrayado)

En tales condiciones, habiendo concluido el Tribunal que es procedente aplicar la pareja de cargos convenida entre las partes 0% fijo, 100% variable y habiendo pagado TERMOEMCALI los valores correspondientes a dicha pareja de cargos, independientemente de lo facturado por TGI, no hay lugar a restitución alguna por parte de ésta última.

De acuerdo con lo anterior, esta pretensión no prospera.

3.6. LAS EXCEPCIONES PERENTORIAS FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LAS DEMANDAS.

3.6.1. Reforma de la demanda y las excepciones planteadas en la respectiva contestación.

Aplicadas las directrices anteriores se observa que como obligada consecuencia se impone desestimar varias de las excepciones perentorias propuestas en la respuesta a la demanda reformada y, en concreto, las siguientes:

⁸⁴ Alegato de conclusión de TERMOEMCALI, página 73.

⁸⁵ Ver respuesta de la Señora Perito Contable a la pregunta 5 del cuestionario formulado por Termoemcali.

Improcedencia de las pretensiones por falta de fundamento jurídico de las mismas y por ser las mismas violatorias de la Ley 142 de 1994, de la regulación y del Contrato STF-06-96.

Incumplimiento de TERMOEMCALI del artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994.

Incumplimiento de TERMOEMCALI del artículo 126 de la Ley 142 de 1994.

La Ley 142 de 1994, se entiende incorporada al Contrato STF-06-96, por estar vigente al tiempo de su celebración, por lo que no podría alegar TERMOEMCALI, que las disposiciones en ésta contenida, no le son aplicables.

Incumplimiento de TERMOEMCALI de los acuerdos contenidos en el numeral 1.2 literal e) y el numeral 1.4 de la Sección II del Contrato STF-06-96.

El numeral 1.4. de la Sección II del Contrato se refiere a los cargos de transporte en su integridad.

A la luz de la ley y regulación, asistir al mecanismo de aproximación ordinal es obligatorio, en caso de no llegar a un acuerdo sobre la pareja de cargos a aplicar en el Contrato STF-06-96, por lo que está probado el incumplimiento de la convocante respecto de esta obligación

El servicio de transporte de Gas es una actividad regulada pese a lo cual, la convocante pretende desconocer la obligatoriedad de la regulación de la CREG

Incumplimiento de TERMOEMCALI del principio “pacta sunt servanda.”

Los actos propios, es decir la conducta de TERMOEMCALI a lo largo de la ejecución contractual, corrobora que los cargos deben ajustarse según la regulación que establezca la CREG y evidencia que en esta demanda TERMOEMCALI está violando el principio de que nadie debe ir en contra de sus propios actos.

TGI actuó conforme a lo pactado en el Contrato STF-06-96 y de acuerdo con la regulación aplicable.

Inexistencia del supuesto incumplimiento de TGI

Inexistencia del deber de buena fe por parte de TERMOEMCALI

Abuso del derecho por parte de TERMOEMCALI-

Obstrucción indebida por parte de TERMOEMCALI a la efectividad de los derechos de TGI a recibir la remuneración que le corresponde y generación de un daño por incumplimiento.

TGI ha procedido de manera prudente para no agravar su propio daño, al facultar con las proporciones mínimas que resultarían de la

aproximación ordinal, considerando los topes que para ello establece la regulación.

El perjuicio causado a TGI, debe ser íntegramente reparado.

Prescripción y caducidad, en caso de encontrarlo probado en el curso el proceso,

En consecuencia, a más de la primera, como se dijo común a las dos demandas, prosperan las siguientes pretensiones de la demanda: segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima segunda, décima tercera y décima cuarta, tal como se advierte en la parte resolutive del laudo y no hay lugar a declarar la décima y la décima primera por no ser objeto de una decisión concreta, al corresponder a declaraciones que no son propias de una sentencia judicial por conllevar manifestaciones interpretativas cuyos alcances son propios de la parte motiva del laudo, y en ella se plasmó la opinión del Tribunal.

Se niega la pretensión décima quinta por cuanto no existe suma alguna que deba pagar TGI a TERMOEMCALI I S.A. E.S.P., según lo antes expuesto de ahí que tampoco prospera la pretensión décima octava en materia de intereses moratorios; y en cuanto a la décima sexta se estará a lo que en este laudo se decida respecto de las costas del proceso.

3.6.2. Las pretensiones de la reforma de demanda de Reconvención y las excepciones propuestas en la respectiva contestación.

Debe ahora el Tribunal decidir la demanda de reconvención y en aras de la síntesis que debe presidir la redacción de toda sentencia, se pone de presente de entrada que, salvo la pretensión primera común con la demanda inicial que se acepta, debido a la forma como están redactadas las pretensiones de la reconvención, las razones que han llevado al Tribunal a admitir las pretensiones antes determinadas de la demanda inicial, son el sustento para negar varias de la demanda de reconvención, a partir de la tercera inclusive en adelante, que están soportadas en que se admita particular interpretación que unilateralmente TGI dio al contrato y las determinaciones que como consecuencia de dicho entendimiento generaron la decisión que fue comunicada a TERMOEMCALI I S.A. E.S.P.

En este orden de ideas se tiene que las dos primeras pretensiones se encaminan a que el Tribunal declare la vigencia del contrato y determine la normatividad aplicable, lo que se despachó en el análisis antes mencionado y es aspecto que no ha sido motivo de controversia.

Empero, se advirtió que quien incumplió el contrato fue TGI, las restantes siguientes pretensiones están llamadas al fracaso debido a que TERMOEMCALI no incumplió la obligación contenida en (i) el numeral 1.4 de la Sección II del Contrato STF-06-96; y/o (ii) la regulación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas; y/o (iii) el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, al negarse a cumplir con la metodología establecida en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, tal como fue modificado por la Resolución 079 de 2011 para determinar la pareja de cargos que se aplicaría al Contrato STF-06-96, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012; tampoco estaba obligada a realizar un nuevo acuerdo por lo que no incumplió “la obligación de acudir al mecanismo de aproximación ordinal previsto en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, mecanismo que tiene como propósito la determinación de los cargos que

remuneran la inversión ante la ausencia de acuerdo entre las partes sobre los mismos” y, en consecuencia no debe pagar las sumas a las que se refieren las pretensiones novena y décima, de ahí que si las pretensiones anteriores que se niegan, eran la base que soportaba las pretensiones de condena, estas igualmente se despachan desfavorablemente.

3.6.2.1. Las excepciones frente a la demanda de reconvencción que formuló TERMOEMCALI I S.A. E.S.P. fueron:

1. **Contrato cumplido.**
2. **Pago de lo contractualmente debido.**
3. **El Contrato es ley para las partes.**
4. **Inexistencia de la obligación.**
5. **Cobro de lo no debido.**
6. **Ausencia de causa y falta de fundamento de las pretensiones formuladas por TGI.**
7. **Controversia contractual y no regulatoria.**
8. **Falta de competencia.**
9. **Validez de la pareja de cargos regulados pactada entre TGI y Termoemcali.**
10. **Enriquecimiento sin causa.**
11. **TGI no puede ir contra sus actos propios (Venire Contra factum proprium non valet)**
12. **Mala fe de TGI.**
13. **Fuerza Mayor o Caso Fortuito o Evento Excusable**
14. **Interpretación a favor de Termoemcali.**
15. **Abuso del derecho y de la posición dominante.**
16. **Inexistencia de mora.**
17. **Compensación.**
18. **Toda excepción derivada de cualquier oposición, réplica, contrarréplica, y en general de cualquier medio de defensa de la demandada.**

Algunas de ellas más que hechos exceptivos, constituyen planteamientos acerca de cómo interpretar textos legales, pero es lo cierto que ante lo ya analizado están llamadas a prosperar la primera, la segunda y la cuarta, porque la demandada en reconvencción no ha incumplido el contrato, ha pagado lo que de acuerdo con el mismo le corresponde por lo que no surge obligación a su cargo, de ahí que sea

innecesario entrar a analizar todas las restantes indicadas en atención a lo señalado en el art. 306 del C. de P.C.

V. LAS OBJECIONES A LOS JURAMENTOS ESTIMATORIOS MUTUAMENTE PRESENTADOS RESPECTO DE LA REFORMA DE DEMANDA Y DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

De lo antes expuesto en este laudo se evidencia que el juramento contenido en la demanda, resultó equivocado.

En efecto, en la reforma de la demanda se manifestó:

“IV. CUANTIA Y JURAMENTO ESTIMATORIO

De conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código General del Proceso, estimo bajo juramento las pretensiones indemnizatorias de esta demanda en la cuantía de ochocientos treinta y un millones trescientos noventa y cinco mil ciento noventa y tres pesos (\$831.395.193), que corresponde a la sumatoria de los montos rechazados por Termoemcali de las facturas de venta No. 12958, No. 13058 y No. 13247 por incumplir lo contractualmente estipulado en cuanto a la remuneración a que tiene derecho TGI por el servicio de transporte de gas que presta, en particular, por desconocer la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable pactada por mutuo acuerdo...” (Se ha subrayado)

De acuerdo con lo evidenciado en el dictamen pericial, TERMOEMCALI, a pesar de que “glosó” los valores en los cuales difería lo facturado por TGI respecto de la pareja de cargos 0% fijo, 100% variable, siempre pagó lo que correspondía a esta pareja, de manera que no hay valor alguno que deba ser restituido por TGI, según se estableció en el punto anterior del laudo, lo que aparentemente podría dar lugar a aplicar la multa que contempla el art. 206 del Código General del Proceso.

Empero, la ley 1743 de diciembre de 2014 en su artículo 13 modificó la mencionada disposición al señalar:

“ARTÍCULO 13. Modificación al Juramento Estimatorio. En adelante el inciso cuarto y el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso quedarán así:

“Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada. “Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

“La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Por considerar el Tribunal que en el caso concreto nos encontramos en la hipótesis contemplada en el párrafo inmediatamente anterior en atención a que la pretensión que se denegó, no lo fue por falta de demostración de los perjuicios, sino por haberse establecido en el proceso que la suma estimada estaba pagada, considera el Tribunal que como no se puede imputar que la actuación del convocante haya sido negligente o de mala fe, debido a que al estimar la cifra carecía de las bases que le permitieran conocer que esas sumas ya estaban pagadas, lo que se vino a establecer con el dictamen pericial en este proceso, por lo que no es del caso aplicar la sanción del cinco por ciento (5%) que con destino al Consejo Superior de la Judicatura señala la disposición.

Con relación a la objeción al juramento estimatorio realizado en la reforma a la demanda de reconvención, con condicionamientos por el mismo valor que lo hizo la demandante, se advierte que el mismo se soportó en que (...)

- 1) “A la fecha, los valores que resultarían de aplicar el mecanismo de aproximación ordinal no se pueden determinar, pues para ello se requiere que las partes, en cumplimiento del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, acudan a dicho mecanismo,
- 2) Por lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso, bajo la gravedad de juramento estimo que la cuantía de la presente demanda de reconvención asciende por lo menos a \$831.395.193, que es el valor que TERMOEMCALI se ha negado a pagar (glosado) respecto de las facturas que se indican a continuación”.

Considera el Tribunal que como no se puede imputar que la actuación de la reconviniendo haya sido negligente o de mala fe, no es del caso aplicar la sanción del cinco por ciento (5%) que con destino al Consejo Superior de la Judicatura señala la disposición.

3. COSTAS

Tomando en consideración que no prosperaron todas las pretensiones de la demanda, como tampoco todas las de la demanda de reconvención, o, desde otra óptica, algunas excepciones perentorias prosperaron y otras no, el Tribunal acoge la orientación señalada por la H. Corte Suprema de Justicia quien advierte, en sentencia de mayo 8 de 1981, que *“cabe abstenerse de hacer esta condena o de hacerla solo en la forma parcial cuando la demanda no prospere totalmente”*, lo que no es nada diverso a la aplicación del numeral 6º del art. 392 del C. de P. C., que, a la letra, prescribe: *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”*, disposición que de manera textual se repite en el numeral 5 del art. 365 del Código General del Proceso.

Por tal razón y atendidos los fundamentos antes señalados, el Tribunal en su discrecionalidad que basa en las normas transcritas, no hará condena en costas y, por ende, cada parte asume los gastos del proceso que realizaron, así como los honorarios de sus apoderados judiciales.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida de gastos, se ordenará rendir cuentas y la devolución del saldo, si a ello hubiera lugar.

4. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado por **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P CONTRA TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar que el Contrato STF-06-96 suscrito entre **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P y TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P** (antes Ecogas y anteriormente Ecopetrol) el 30 de octubre de 1996 para el transporte de gas natural, y sus modificaciones, se encuentra vigente y vincula a las partes.

SEGUNDO.- Declarar que el concepto de parejas de cargos regulados fijo y variable para remunerar la inversión del servicio de transporte de gas, fue establecido a partir de la expedición de la Resolución CREG 001 del 20 de enero de 2000.

TERCERO.- Declarar que la Resolución CREG 001 de 2000 autorizó a remitentes y transportadores a pactar por mutuo acuerdo una pareja de cargos regulados fijo y variable para remunerar la inversión en el servicio de transporte de gas contratado.

CUARTO.- Declarar que mediante la suscripción del Otrosí No. 7 del 14 de septiembre de 2004, **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P y TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P**, pactaron una pareja de cargos regulados 0% fijo y 100% variable para remunerar hasta el 31 de diciembre de 2019 la inversión del servicio de transporte de gas en el Contrato STF-06-96.

QUINTO.- Declarar que **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P y TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P** no pactaron en el Contrato STF-06-96 ni en sus Otrosíes, que la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable acordada estaría sujeta a cambios por las disposiciones que la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG expidiera en un futuro.

SEXTO.- Declarar que la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable que estipularon **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P y TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P** mediante la suscripción del Otrosí No. 7 del 14 de septiembre de 2004, no se modificó por el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por la Resolución CREG 079 de 2011 y no obliga a **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P** a modificar la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable estipulada en el Contrato STF-06-96 mediante la suscripción del Otrosí No. 7 del 14 de septiembre de 2004.

SEPTIMO.- Declarar que **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P y TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P** no pactaron que se aplicaría el procedimiento de aproximación ordinal para la determinación de la pareja de cargos regulados de inversión aplicable a dicho contrato.

OCTAVO.- Declarar que **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P** no puede facturar a **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P** por el componente de inversión del servicio de transporte de gas, montos distintos a los resultantes de aplicar la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable.

NOVENO.- Declarar que **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P** incumplió el Contrato STF-06-96 al cobrar a **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P** montos distintos a los contractualmente estipulados por la prestación del servicio de transporte de gas por desconocer la pareja de cargos regulados de inversión 0% fijo y 100% variable pactada.

DECIMO.- Declarar que **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P** TGI, actuó de manera contractualmente abusiva al cobrar unilateralmente a **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P** montos distintos a los estipulados por la prestación del servicio de transporte de gas en el Contrato STF-06-96 y el otrosí No. 7 del 14 de septiembre de 2004.

DECIMO PRIMERO.- Negar las restantes pretensiones de la demanda.

DECIMO SEGUNDO.- Respecto de reforma de la demanda de reconvención declarar que el Contrato STF-06-96 suscrito entre **ECOPETROL**, hoy **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P** TGI y **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P** con todos sus Otrosíes, se encuentra vigente y vincula a las partes.

DECIMO TERCERO. Respecto de la reforma de la demanda de reconvención declarar que para la fecha de suscripción del Contrato STF-06-96 se encontraba vigente la Ley 142 de 1994 y en particular los artículos 88.1 y 126 de la Ley 142 de 1994, los cuales se entienden incorporados al texto del referido Contrato STF-06-96 y, por lo tanto, vinculan a las partes, en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

DECIMO CUARTO.- Negar todas las restantes pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención.

DECIMO QUINTO.- Declarar que prosperan las excepciones denominadas “Pago de lo contractualmente debido” e inexistencia de la obligación” formuladas por **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P** en la contestación a la reforma de la demanda de reconvención.

DECIMO SEXTO.- Abstenerse de pronunciarse sobre las demás excepciones formuladas por **TERMOEMCALI I S.A. E.S.P** respecto de las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención, de conformidad con lo previsto en la Ley.

DECIMO SEPTIMO.- Declarar no probadas las excepciones propuestas por **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. – TGI S.A. E.S.P** en la contestación a la reforma de la demanda, salvo la de inexistencia del perjuicio indemnizable, que prospera.

DECIMO OCTAVO.- Declarar que no prospera la tacha por sospecha respecto de los declarantes **LUIS IGNACIO BETANCUR ESCOBAR, EDUARDO AFANADOR IRIARTE** y **ANA MARÍA FERREIRA MIANI**.

DECIMO NOVENO.- Declarar que el peritazgo presentado por la experta **ANA MARÍA FERREIRA MIANI** no está afectado por error grave.

VIGESIMO.- Declarar que, por las razones expuestas en la parte motiva del laudo, no hay lugar a imponer condena en costas y cada parte asume los respectivos gastos.

VIGESIMO PRIMERO.- Declarar que el saldo de los honorarios, causados al quedar en firme el auto que declaró la competencia en la primera audiencia de trámite de fecha de 25 de septiembre de 2014, debe ser entregado a los árbitros y a la secretaria del Tribunal y se ordena su pago.

VIGESIMO SEGUNDO.- En firme el presente Laudo se procederá a su archivo en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y el Presidente rendirá cuenta a las partes de los gastos del proceso y, si hubiere lugar a ello devolverá el excedente a su favor.

VIGESIMO TERCERO.- Ordenar que por Secretaría se expida copia auténtica del presente Laudo, con las anotaciones que ordena la ley, con destino a las partes y al Procurador Judicial, y una copia adicional para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El presente laudo quedó notificado en estrados.

HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO
Presidente

PATRICIA MIER BARROS
Árbitro

ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS
Árbitro

JEANNETTE NAMÉN BAQUERO
Secretaria

