



## **LAUDO ARBITRAL**

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**COMERCIALIZAR S.A. E.S.P.**

**Vs.**

**FAMILIA DEL PACÍFICO S.A.S. Y PRODUCTOS FAMILIA S.A.**

Santiago de Cali, treinta (30) de Agosto de dos mil doce (2012)

Agotado el trámite y estando dentro de la oportunidad legal, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que pone fin al presente proceso y resuelve las diferencias surgidas entre COMERCIALIZAR S.A. E.S.P., de una parte, y FAMILIA DEL PACÍFICO S.A.S. Y PRODUCTOS FAMILIA S.A., de otra.

### **I. DE LA CONTROVERSIA Y SUS ANTECEDENTES**

#### **1. EL CONTRATO.**

El contrato que da base a este proceso tuvo como origen la oferta mercantil No. CSA-2090-12-2008-egr, de fecha 9 de diciembre de 2008, presentada por COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. a la compañía FAMILIA SANCELA S.A., hoy FAMILIA DEL PACÍFICO S.A.S. Y PRODUCTOS FAMILIA S.A., para celebrar contrato de servicios públicos domiciliarios para el suministro de energía eléctrica, y la cual fue aceptada mediante orden de compra de fecha 22 de diciembre de 2008, quedando perfeccionado el negocio jurídico.



## 2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

Contenida en la oferta mercantil No.CSA-2090-12-2008-egr, de fecha 9 de diciembre de 2008, presentada por COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. a las sociedades hoy denominadas FAMILIA DEL PACÍFICO S.A.S. Y PRODUCTOS FAMILIA S.A., cuyo texto es el siguiente:

### **"SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS – CLAUSULA COMPROMISORIA:**

*Para solucionar eventuales controversias o diferencias que surgieren con ocasión del negocio jurídico contendido en la presente oferta mercantil, relacionadas con su ejecución, interpretación o liquidación, las partes acuerdan someter sus diferencias a un Tribunal Arbitral. No obstante, las partes podrán tratar de dirimir la eventual diferencia o controversia de manera directa y amigable o en su defecto acudir a convocar el Tribunal Arbitral. En caso de no agotarse o lograrse un acuerdo amigable, el asunto se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que sesionara en la Cámara de Comercio de Cali, según la parte interesada en convocarlo, el cual se ceñirá a las siguientes reglas: a) Será convocado por cualquiera de las partes o por ambas; b) Estará compuesto por tres árbitros nombrados conjuntamente por las partes, en caso de no presentarse acuerdo en el nombramiento conjunto, las partes delegan expresamente la designación en la Cámara de Comercio de Cali, en cuyo centro de conciliación y arbitraje funcionara y sesionara el Tribunal; c) La organización interna del Tribunal, así como los costos y honorarios aplicables, estarán sujetos a las reglas estipuladas para este propósito por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la cámara de comercio de Cali o Bogotá, según sea el caso; d) El Tribunal fallara en derecho y en un término de seis meses."*

## II. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.

### 1. HECHOS EN QUE SE SUSTENTA LA DEMANDA

La parte convocante sustentó la demanda en los hechos que se resumen así:

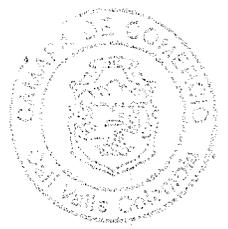
**1.1.-** COMERCIALIZAR S.A. ESP presentó oferta mercantil a FAMILIA DEL PACÍFICO SAS y PRODUCTOS FAMILIA S.A. para suministrarles energía eléctrica, oferta que fue aceptada.

**1.2.-** En la Oferta Mercantil se estipuló que los diferentes reglamentos del sector eléctrico, entre ellos el de Operación expedido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), regirían la prestación del servicio.

**1.3.-** La Oferta Mercantil de servicios públicos domiciliarios, debidamente aceptada, no es un contrato de adhesión; por el contrario las partes tuvieron la oportunidad de discutir sus términos.

**1.4.-** La Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) expidió la Resolución Creg-010 de 2010 sobre el "funcionamiento del Mercado Mayorista de Energía" que constituye el Reglamento de Operación, resolución que debe aplicarse a la relación contractual entre las partes convocante y convocadas porque así fue previsto en la oferta mercantil aceptada.

**1.5.-** De conformidad con la Resolución Creg-010 de 2010, se incrementaron los precios que se transaban en la Bolsa de Energía (incrementándose el componente de Generación "G" de la tarifa); entre el 15 de febrero de 2010 (cuando entró en vigencia la aludida Resolución) y hasta el 18 de marzo de 2010 (fecha en que las convocadas dejaron de recibir el suministro de energía), el precio de la energía transada en la Bolsa subió en promedio \$108,05/kwh por encima del precio convenido en el contrato, ya que el precio de Bolsa en promedio fue de \$218,72/kwh, mientras el precio del contrato fue de \$110,67/kwh.



1.6.- El 17 de febrero de 2010, COMERCIALIZAR S.A. ESP informó a FAMILIA DEL PACÍFICO SAS y PRODUCTOS FAMILIA S.A. sobre el incremento del componente de Generación "G" de la tarifa, debido a la expedición de la Resolución Creg-010 de 2010, que estaba prevista en la oferta, incremento sobre el cual no estuvieron de acuerdo las hoy convocadas considerando que se trataba de una modificación unilateral de la oferta mercantil.

1.7.- Mediante contrato de transacción celebrado el 01 de marzo de 2010, las partes de común acuerdo terminaron la relación contractual, dejando pendiente la resolución del conflicto surgido con ocasión de la entrada en vigencia de la referida Resolución de la CREG.

1.8.- Entre enero de 2009 y el 14 de febrero de 2010, el precio de la energía que se transaba en la Bolsa de Energía estuvo por encima del precio del contrato (la CREG no intervino durante este período), y durante ese tiempo la convocante asumió ese mayor valor del precio del contrato, lo que le ocasionó graves pérdidas por valor total de \$4.198'514.330, que fueron asumidos por COMERCIALIZAR S.A. ESP, sin que presentará ninguna solicitud de restablecimiento económico contractual a las convocadas.

## 2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Con base en los hechos anteriores la parte convocante pretende, en resumen:

Que se declare que las sociedades FAMILIA DEL PACÍFICO SAS y PRODUCTOS FAMILIA S.A. deben reconocer y pagar a COMERCIALIZAR S.A. ESP las siguientes sumas de dinero:

1.- El mayor valor de la tarifa de energía, ocasionado por efecto de la expedición de la Resolución Creg-010 de 2010, la cual modificó el Reglamento de Operación aplicable al contrato, que conllevó un incremento de los precios de la energía transada en la Bolsa de



Energía, durante el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2010 al 17 de marzo de 2010.

2.- Los intereses moratorios sobre el capital que represente el mayor valor de la tarifa de energía, desde que se hizo exigible el pago de la obligación, hasta el momento en que se produzca el pago total de la misma.

3.- Las costas y agencias en derecho.

### **3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

El apoderado de las convocadas contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, aceptando pocos hechos, aclarando otros y negando la mayoría de ellos; tal como se resume a continuación:

3.1. Los precios del contrato de suministro de energía no deben incrementarse en razón a la entrada en vigencia de la Resolución Creg-010 de 2010. Ningún otro comercializador de energía, como EPM, CODENSA, ISAGEN, entre otros, pretendió incrementar los precios de la energía comprometida con base en la citada Resolución; esos otros comercializadores, teniendo contratos a largo plazo de suministro de energía con precios fijos, cumplieron la Resolución Creg-010 de 2010, sin trasladar ningún efecto, a sus clientes.

3.2. COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. reconoció que la expedición de la Resolución en mención, no modificó los contratos que mantenía vigentes.

3.3. El contrato de suministro de energía celebrado entre FAMILIA DEL PACÍFICO SAS y PRODUCTOS FAMILIA SA. y COMERCIALIZAR S.A. ESP se pactó sobre precios fijos, previendo sí eventos de revisión de dichos precios, que no se presentaron.

3.4. Debe probarse que la Resolución Creg-010 de 2010 incidió en los precios de bolsa de la energía. Pero de todas maneras si así fuera, los fenómenos climáticos como el Niño, son absolutamente previsibles. Quien vende futuros cuenta con mecanismos de cobertura, pero



COMERCIALIZAR S.A. ESP obró negligente y temerariamente pues sus coberturas no llegaban al 30% de sus compromisos futuros, por lo que claramente asumió el riesgo de exponerse a dichos aumentos de precios en la bolsa de la energía, lo que le ocasionó pérdidas que la colocaron en situación de iliquidez desde noviembre de 2009, al punto que COMERCIALIZAR S.A. ESP tuvo que solicitar a algunos clientes pagos por anticipado.

**3.5.** La Resolución Creg-010 de 2010 es una excusa de la convocante para cobrar algo a lo que no se tiene derecho. La demanda omite mostrar los precios de la energía que venían desde septiembre de 2009, que es cuando comienzan los efectos del Niño. En agosto del 2009, el precio más alto fue de \$138 kw, en septiembre de \$269, en octubre de \$284, en noviembre de \$201, en diciembre hay precios de \$265 el kw. En febrero el precio promedio del kilowatio de energía en bolsa \$196,04, y en marzo de 2010 \$192,48, lo que deja sin fundamento la pretensión de la convocante (la Resolución Creg-010 de 2010 se expidió en el mes de febrero).

**3.6.** La Resolución en mención no altera los elementos del precio por modificar cargos regulados, ni un cambio en condiciones regulatorias en la asignación de pérdidas, únicos eventos que permitirían revisar los precios pactados.

**3.7.** Cuando una empresa se compromete a ventas de futuros tiene dos maneras de asumirlas: o adquiere coberturas o cuenta con el patrimonio que le permita soportar los riesgos del mercado. Pero no se le puede trasladar el mayor valor al cliente.

**3.8.** El contrato se terminó de mutuo acuerdo porque COMERCIALIZAR S.A. ESP había incumplido los pagos de la energía por ella adquiridos, por lo cual ya se había anunciado por la autoridad regulatoria que iba a producirse suspensión de suministro de energía (proceso de limitación de suministro) para sus usuarios.

**3.9.** La Resolución Creg-010 de 2010 no regula temas relativos a la formación de precios en la Bolsa de Energía ni a los precios pactados libremente en los contratos a largo plazo, así como tampoco dispone la renegociación o modificación unilateral de los mismos, tal como lo

señaló la Superintendencia de Servicios Públicos en la Resolución 2011 8140159451 del 16 de marzo de 2011.

**3.10.** El precio de la energía en bolsa presenta ciclos: los precios de febrero y marzo de 2010, que son los que reclama la convocante, no son extraordinarios frente a los de meses como agosto de 2009, cuando no había entrado a regir la Resolución Creg-010 de 2010.

**3.11.** COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. cedió el 100% de los derechos económicos del contrato celebrado entre las partes al Patrimonio Autónomo Comercializar, con lo cual COMERCIALIZAR S.A. ESP queda sin derechos sobre el contrato, y por ende carece de acción para la presente reclamación.

#### **4. EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

Adicionalmente las convocadas propusieron las excepciones de mérito que se resumen a continuación.

##### **4.1. Cumplimiento del contrato por parte de las convocadas**

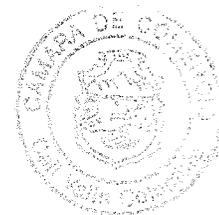
Las convocadas han cumplido las obligaciones pactadas en el contrato de suministro de energía, y nada deben como resultado de su ejecución.

##### **4.2. Carencia de derecho para pedir**

Toda vez que la convocante transfirió a título de fiducia mercantil los derechos económicos derivados del negocio jurídico de suministro de energía generado en la oferta mercantil CSA-2090-12-2008-egr a Fiduciaria Colpatria S.A., COMERCIALIZAR S.A. ESP no es titular del derecho a reclamar ajustes del precio de energía, pues solo la Fiduciaria está legitimada por activa para pedirlos.

##### **4.3. Culpa exclusiva de la víctima**

La oferta se refiere al suministro de energía a unos precios fijos determinados. Los riesgos deben ser asumidos por COMERCIALIZAR S.A. ESP y no pueden ser trasladados a las convocadas. Quien se obliga a vender "futuros" que no produce, debe adquirir coberturas



que le permitan minimizar dichos riesgos, pero si no lo hace, confiado en que el precio pactado estará por encima del costo de adquisición de dichos futuros, necesariamente asume el riesgo, y las consecuencias recaerán enteramente en su patrimonio. Si por el contrario se hubieran obtenido grandes utilidades, estas pertenecerían a la convocante, sin que las convocadas tuvieran derecho a que se les trasladen a ellas.

En la oferta se pactó "que en caso de presentarse una aplicación de pérdidas distintas a las previstas en la regulación vigente, y EL OFERENTE tuviera que asumir valores superiores a los que actualmente se trasladan en forma regulada a la tarifa de EL DESTINATARIO, revisarán la tarifa aquí ofertada en aras de establecer el equilibrio económico de las partes". Este fue el único evento que daría lugar a la revisión de precios, y ello no ocurrió; por lo tanto la convocante no puede pretender tal cosa.

Quien se compromete a vender a un precio determinado debe asumir el riesgo del incremento de los precios en la Bolsa de Energía. Si algún perjuicio se derivó para la convocante, se debe a su propia culpa.

Reitera lo anterior la respuesta dada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a COMERCIALIZAR S.A. ESP el 16 de abril de 2010: "La Superintendencia una vez realizado el análisis jurídico y fáctico de la situación particular de su empresa, concluye que la situación de COMERCIALIZAR S.A. ESP es resultado de la decisión empresarial que asumió de manera voluntaria, riesgos de mercado que condujeron a su crisis...".

#### **4.4. No aplicación de la Resolución 010 de 2010 al contrato objeto del litigio / La Resolución 010 de 2010 no modificó los precios del contrato**

La Resolución Creg-010 de 2010 no modifica el contrato celebrado entre las partes. En parte alguna introduce una variable a los factores que componen los cargos regulados, que son aquellos que son de obligatorio cumplimiento por todos los oferentes y que están debidamente establecidos por la CREG. Recuérdese que sobre los cargos no regulados, las partes pueden pactar libremente en un



contrato del mercado no regulado al paso que los cargos regulados son de obligatorio cumplimiento.

#### **4.5. Firmeza de las glosas a las facturas, por el pretendido ajuste derivados de la expedición de la Resolución 010 de 2010**

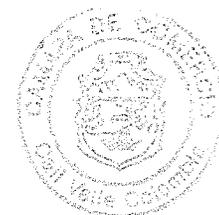
Resulta que la pretensión del cobro formulada por COMERCIALIZAR S.A. ESP fue objeto de glosa por parte de las convocadas, mediante comunicaciones del 8 y del 26 de abril de 2010. Evidentemente estas constituyen glosas a las facturas, y COMERCIALIZAR S.A. ESP tenía de conformidad con el artículo 183 y siguientes de la Ley 142, 15 días hábiles para dar respuesta mediante acto administrativo, sin que lo hubiera hecho, configurándose entonces un silencio administrativo positivo, cuyo efecto es que se entienden aceptadas las glosas formuladas.

Adicionalmente, en comunicación del 11 de marzo de 2010 PRODUCTOS FAMILIA S.A. glosa el cobro pretendido por COMERCIALIZAR S.A. ESP, por el rubro denominado "ajuste Res 10 de 2010" señalando textualmente que "La explicación en detalle de la glosa se encuentra en el cuadro anexo y los soportes de la misma se presentan en comunicación anexa (Soporte Glosa Febrero -09-03-10), la cual no fue respondida dentro del término legal indicado.

El Consejo de Estado en Expediente 5376 y del 18 de febrero de 1993 Expediente 4310 se refiere al silencio administrativo positivo. Siendo así, mal puede la convocante pretender revivir una discusión que jurídicamente ha quedado zanjada.

#### **4.6. Nadie puede fundar válidamente una pretensión en contra de sus propios actos de ejecución contractual. Teoría de los actos propios.**

COMERCIALIZAR S.A. ESP al resolver otros recursos por el pretendido cobro de la Resolución Creg-010 de 2010, acepta que no es procedente pretender trasladarlo al cliente con el cual tiene un contrato "del tipo de tarifa precios fijos". Siendo así, y existiendo tales decisiones contenidas en actos administrativos expedidos por la empresa, no puede de ninguna manera lícita pretender aplicar interpretaciones diferentes para otros usuarios que se encuentran en condiciones iguales.



4.7. Las que observen y verifiquen de acuerdo a la sana crítica los señores árbitros de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil

### III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL

#### 1. TRÁMITE INICIAL

- 1.1. La demanda fue presentada ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, el 12 de Octubre de 2011.
- 1.2. Aceptada la designación como árbitros por los doctores MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ ARIZABALETA, LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO y ANTONIO PABÓN SANTANDER, en audiencia celebrada el 29 de noviembre de 2011 tuvo lugar la instalación del Tribunal, en la cual se designó como Presidenta a la Dra. María del Pilar Ramírez y como secretaria a la Dra. Luzbian Gutiérrez Marín.
- 1.3. En audiencia realizada el 12 de diciembre de ese año, la Secretaria tomo posesión bajo juramento ante la Presidenta, se admitió la demanda y se corrió traslado de la misma, a las partes demandadas, por el término de 10 días.
- 1.4. Las convocadas en forma oportuna dieron contestación a la demanda y propusieron excepciones frente a la demanda principal de las cuales se corrió el traslado respectivo a la parte convocante.
- 1.5. El 16 de enero de 2012 tuvo lugar la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada y se procedió a la fijación de honorarios y gastos, los cuales fueron pagados por las partes.
- 1.6. La primera audiencia de trámite se inició el día 27 de febrero de 2012, (Acta No. 4) y finalizó el día 16 de marzo del mismo año, (Acta No. 5) audiencias en virtud de las cuales el Tribunal, previo análisis de la cláusula compromisoria, de la existencia y de la debida representación de cada una de las partes, de las pretensiones formuladas por la convocante y de las excepciones



presentadas en la contestación de la demanda, se declaró competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias de contenido particular, económico y patrimonial puestas a su consideración. Así mismo en la citada audiencia el tribunal, decretó las pruebas solicitadas por las partes.

- 1.7. El 22 de marzo de 2012, (Acta No. 6) se inició la práctica de las pruebas decretadas.
- 1.8. Finalmente, en audiencia celebrada el 14 de agosto de 2012 (Acta No. 14), los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998.
- 1.9. Las partes previeron la duración del arbitraje, conforme consta en la cláusula compromisoria, en un término de seis (6) meses. En consecuencia el presente laudo se profiere dentro del término, toda vez que la primera audiencia de trámite finalizó el día 16 de marzo de 2012 y en consecuencia los 6 meses de duración se vencen el día 16 de septiembre del mismo año.

#### **IV CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

Síguese de cuanto queda expuesto que la relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, por tener virtualidad legal para invalidar lo actuado en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al Art. 145 del C de P.C., motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes convocada y convocante, propósito en orden al cual son conducentes las siguientes CONSIDERACIONES:

##### **1. RESOLUCIÓN DE LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE**

El estatuto procesal civil, si bien establece en el Numeral 4 del artículo 238 los parámetros para la contradicción del dictamen pericial, no



define en qué consiste el "error grave" y, por lo tanto, ha correspondido a la jurisprudencia y a la doctrina encargarse de ello. La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL en sentencia de fecha 12 de diciembre de 2005. Magistrado Ponente: JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR Expediente C-2530731840012001-00005-01 ha señalado:

*"Ahora, como por "error" se entiende el "concepto equivocado o juicio falso" y por "grave" lo que es "grande, de mucha entidad o importancia", según se define en el Diccionario de la Real Academia Española, es claro que no cualquier tacha contra el dictamen conduce a descalificarlo. Los reparos procedentes al respecto son los que, amén de protuberantes, en términos generales, se oponen a la verdad o a la naturaleza de las cosas, a tal punto que si no se hubieren cometido los resultados habrían sido diametralmente distintos.*

*La Corte, reiterando doctrina anterior, en el punto tiene explicado que las características de los errores de ese linaje y que permiten diferenciarlos de otros defectos imputables al dictamen pericial, "es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven" (Auto de 8 de septiembre de 1993, CCXXV-455)"*

Analizadas en su conjunto Las pruebas aportadas para probar la objeción aparece plenamente establecido que ellas no desvirtúan el contenido del dictamen; muy por el contrario los testigos confirman lo dicho por la perito en todas sus respuestas y del estudio del citado dictamen se desprende, que efectivamente la perito de manera



expresa y con fundamentos, responde la pregunta del apoderado al solicitar la prueba, manifestando:

*"En resumen, esta experticia considera, por lo analizado, verificado y soportado con estudios de expertos, que la resolución CREG 010 sí tuvo incidencia en la determinación del precio de bolsa de la energía durante el periodo 15 de febrero a Marzo 17 de 2010.*

*Sin embargo es necesario expresar que la solicitud de la convocante de determinar y evidenciar la magnitud de dicha incidencia en el precio de energía no es posible ser cuantificada por cuanto los factores que pueden incidir en la creación o conformación de precios como el de la energía son múltiples y variables y considera además que no solamente son determinados única y exclusivamente por la entrada en vigencia de la resolución CREG 010 de 2010, sin desconocer el efecto de la misma en el precio de energía en el periodo Febrero 15 a Marzo 17 de 2010."*

La anterior respuesta no aparece desvirtuada con las pruebas practicadas en este trámite como tampoco se evidencia en el dictamen errores "protuberantes", que, "se oponen a la verdad o a la naturaleza de las cosas" o que se tomara "como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen"

Lo que pretende el apoderado de la convocante es una respuesta que se convierte en un imposible técnico consistente en saber cuál fue el efecto exacto de la resolución CREG número 010 en el precio de bolsa de la energía. El Tribunal no desconoce que la mencionada resolución efectivamente tuvo una influencia en ese precio pero no considera que exista error y mucho menos calificable de grave por el hecho de que la perito haya manifestado que resulta imposible determinar con exactitud



la incidencia de esa norma en el precio, toda vez que los precios que se fijan en bolsas están sujetos a infinidad de variables.

Así lo manifestó expresamente la testigo Sandra Fonseca, experta en mercado de energía, en los siguientes términos:

*"Todas las condiciones de mercado en cada hora de cada día tienen incidencia en los precios finales del mercado, quiero ser muy clara con eso, o sea se trata de un mercado donde todas las señales que se ven en el mercado cambian el precio (...) obviamente todas las condiciones del mercado incluyendo la aplicación de esta resolución y todas las demás resoluciones del mercado de energía mayorista cambian el resultado de los precios de bolsa por supuesto (...) Pero uno no puede aislar el efecto de esa resolución del resto de condiciones del mercado, si uno pudiera hacer eso pues no se trataría de un mercado competitivo y uno podría predecir los precios (...)".*

Así las cosas, Teniendo como fundamento lo que ha de entenderse por error grave, fácilmente se concluye que los argumentos expuestos para atacar el dictamen no lo constituyen y por ende no hay lugar a declarar probada la objeción por error grave formulada.

## **2. RESOLUCIÓN DE LA TACHA DE SOSPECHOSA A LA TESTIGO ELIANA GARZÓN R.**

La testigo Eliana Garzón Rayo, fue tachada de sospechosa por el apoderado de la parte convocada, en atención a su calidad de socia de Comercializar S.A. E.S.P.

Al rendir su testimonio, manifestó de manera extensa y detallada la forma como fueron las condiciones de la oferta planteada a Familia con dos modalidades de precio con swicheo a posteriori, que los precios



señalados en el contrato son precios de referencia porque finalmente el precio es variable dada la modalidad pactada; explicó la diferencia entre usuario regulado y no regulado, así como el cobro de la energía dependía del consumo y la hora del mismo; también explicó los componentes de la tarifa.

Afirmó que la resolución CREG 010 de 2010 modificó el reglamento de operación, intervino el mercado y afectó las restricciones y las pérdidas; y que al revisar los cálculos efectuados por la perito sobre el valor de compra versus el valor de venta, el valor es muy aproximado al calculado por Comercializar, pero sostuvo que en su parecer le hizo falta el soporte regulatorio. Así mismo manifestó estar de acuerdo con la apreciación de la perito relativa a que el precio del contrato corresponde a una combinación de precios fijos horarios y escalonados con bolsa. Informó sobre las diferentes causas que influyeron en el precio de bolsa y en el comportamiento del mercado tales como: la cantidad de agua embalsada, las condiciones climáticas, las deficiencias de gas, etc., y como, según su criterio, la resolución CREG 010 de 2010, afectó la oferta mercantil, porque alteró el reglamento de operación.

Analizado el testimonio con el rigor que exige la ley, al ser tachado de sospechoso, encuentra el Tribunal que la testigo informó ampliamente sobre los hechos que le constan, no negó su vínculo con la convocante y explicó claramente en qué consiste tal vinculación. Es un testimonio espontáneo, coherente, responsivo, fundado, claro, preciso y con conocimiento, por cuanto fue actora durante todo el desarrollo del contrato, por lo cual no carece de eficacia probatoria sino que simplemente su vínculo con la convocante implica una valoración con mayor severidad. Efectuada esa labor el Tribunal considera que no hay lugar para que prospere la tacha propuesta.



### 3. LAS PRETENSIONES DE LA PARTE CONVOCANTE Y SU FUNDAMENTO

Para comenzar el estudio de las cuestiones sujetas a decisión de este Tribunal resulta necesario, en primer lugar, efectuar un análisis de las pretensiones de la demanda y de su fundamento. Observa el Tribunal que el petitum de la convocatoria se encamina, de manera concreta, a dos condenas específicas, a saber, que las convocadas deben reconocer y pagar a la convocante "el mayor valor de la tarifa de energía, ocasionado por efectos de la expedición de la Resolución Creg - 010 de 2010, la cual comportó una modificación al reglamento de operación aplicable al contrato, que conllevó un incremento de los precios de la energía transada en la Bolsa de Energía (...)", y el pago de unos intereses moratorios sobre el capital que represente el mayor valor de la tarifa de energía.

Y si bien las pretensiones se edifican sobre el aumento de la tarifa originado, en sentir del demandante, por la expedición de la Resolución Creg - 010, lo cierto es que las peticiones de la demanda, que son claramente peticiones de condena, no fueron planteadas como consecuencia de alguna declaratoria anterior, lo cual implica que el Tribunal, dentro de la obligación que tiene como juez de interpretar la convocatoria, está en el deber de establecer, con base en los hechos relatados por el convocante, el fundamento jurídico de las condenas solicitadas.

No puede pasarse por alto que, por regla general, la condena dentro de cualquier proceso judicial exige unos fundamentos que la sostengan y que, en materia contractual, como sería en este caso, se edifican bien sea en un incumplimiento de las obligaciones o en un desequilibrio negocial sobreviniente.

No se trata en este caso del primero de los eventos por cuanto la parte convocante en ningún momento ha invocado una desatención de las obligaciones por parte de la convocada, sino que nos encuadraríamos



en una hipótesis de desequilibrio contractual, que conlleva necesariamente el estudio del contrato y de la distribución de los riesgos en él asumidos por cada una de sus partes como, a continuación, pasa a efectuarse.

### 3.1. El contrato que da origen a este proceso

Examinadas las pruebas documentales allegadas al proceso, el Tribunal observa que Comercializar S.A. E.S.P. presentó una oferta titulada "Oferta Mercantil No. CSA-2090-12-2008-egr Negocio Jurídico - Suministro de Energía Eléctrica", la cual fue aceptada por las convocadas, perfeccionándose de esa manera un contrato que, como quedó dicho, las partes denominaron "contrato de suministro de energía eléctrica".

Resulta indispensable analizar el contenido de la oferta mercantil emitida por la convocante, y de su correspondiente aceptación por parte de las convocadas, con el propósito de establecer cuáles son las normas aplicables a este contrato y cuáles los parámetros exigidos a las partes en el escenario planteado.

El artículo 968 del Código de Comercio define el suministro como *"el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios"*.

La doctrina ha propuesto una serie de aproximaciones diversas a la naturaleza jurídica del contrato de suministro, clasificándolo en repetidas ocasiones como una subespecie de un contrato principal diferente (ha sido definido como una modalidad de la compraventa, por ejemplo). Sin embargo, la legislación colombiana lo ha tratado como un acuerdo típico y autónomo, revestido de características propias y singulares.

Como elementos esenciales del suministro encontramos, por un lado, el cumplimiento de prestaciones periódicas o continuadas de bienes o



servicios, y por el otro, una contraprestación, que generalmente es dineraria<sup>1</sup>. Habrá periodicidad cuando las prestaciones se deban cumplir en una serie de fechas determinadas, mientras que la continuidad hace referencia al evento en el que el suministro es constante e ininterrumpido.

En relación con la contraprestación por el suministro, si hay periodicidad se deberá un pago cada vez que se cumpla con una prestación; si, por el contrario, el suministro es continuo, normalmente, se pagan mensualidades o instalamentos periódicos de acuerdo con lo pactado o con la costumbre mercantil.

En términos de sus características principales puede decirse que el suministro es un contrato: (i) sinalagmático o bilateral, pues ambas partes son simultáneamente acreedores y deudores de la otra; (ii) oneroso, en la medida en que cada una de las partes se grava en beneficio de la otra; (iii) consensual, porque la ley no exige solemnidades para su perfeccionamiento; y (iv) conmutativo, pues ambas partes conocen desde el principio de su relación contractual la naturaleza y cuantía de las prestaciones que deben y que van recibir.

El contrato que nos ocupa tiene por objeto el suministro de energía eléctrica en forma continuada, por parte de la empresa demandante, a cambio de una contraprestación de dinero a cargo de la parte demandada.

Esto se evidencia en la cláusula de la oferta mercantil relativa al objeto de la misma, según la cual: "Comercializar S.A. E.S.P. entregará al nivel de tensión de la subestación en las instalaciones de EL DESTINATARIO, la demanda de energía eléctrica requerida para atender la totalidad de

---

<sup>1</sup> Aunque por regla general el suministro se paga en dinero, es posible esta obligación se cumpla con la entrega de otras cosas, en la medida en que el Código de Comercio empleó el vocablo "contraprestación". Ésta es una de las principales diferencias entre el suministro y la compraventa.



las instalaciones que se presentan en el siguiente cuadro o parcialmente las instalaciones que EL DESTINATARIO indique (...)" [Se resalta]

Estudiado el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, efectivamente puede concluirse que se trata de un contrato de suministro, por reunirse en él los requisitos esenciales del mismo, a pesar de que, en lo que se refiere al precio, se introdujo una forma de determinación variable.

En efecto, la oferta mercantil presentada por la entidad demandante a la parte demandada planteó dos alternativas de fijación del precio de la energía, que en sus propias palabras pretendían "el mejor beneficio de las actuales y futuras condiciones del mercado por parte del DESTINATARIO":

- Alternativa 1: "Precio de Generación – Modalidad Precios Fijos." Esta opción implicaba un cargo fijo para el componente de generación, en forma horaria, para cada uno de los años ofertados. Implicaba que este elemento, el costo generación, se mantendría estático en la fórmula empleada para determinar la tarifa final de la energía suministrada por Comercializar S.A.
- Alternativa 2: "Precio de Generación – Modalidad de Escalones". De acuerdo con la oferta, esta posibilidad pretendía "maximizar el comportamiento homogéneo de la industria, considerando el 100% de beneficio de la bolsa; contempla la combinación de Precios Fijos horarios establecidos como un Precio Techo (...) y en las horas en que el Precio de Bolsa (PB) se encuentre por debajo de valores denominados ESCALONES, el cargo de generación se establecería así" (Ver Anexo No. 2 de la Oferta Mercantil CSA-2090-12-2008-egr.)

De acuerdo con la demanda arbitral y su contestación, así como con las declaraciones rendidas en el curso del proceso e igualmente con las



alegaciones finales presentadas por las partes, la existencia de esa doble modalidad de precios, que en últimas bien puede calificarse como uno de los elementos constitutivos de la causa del contrato, se encaminaba a que el cliente, en este caso las demandadas, obtuviera el mejor precio posible de energía, dentro de los rangos establecidos en el contrato.

Así lo reconoce el apoderado de la parte convocante en su alegato de conclusión al manifestar que *"Bien puede observarse que el Precio Variable era el mejor precio en las dos alternativas, otra cosa es que se colocara un piso y un techo y en ese rango flotaba el precio hora a hora y precisamente se calculaba la mejor opción para así determinar el precio horario de la energía a suministrar (...)"*

Nos encontramos entonces ante un contrato de suministro con un precio variable dentro unos rangos máximos y mínimos acordados por las partes, y cuya finalidad era otorgar al cliente comprador de energía el mejor precio posible, dentro de los límites fijados, conviniendo las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, unos rangos dentro de los cuales tendrían que ejecutarse las prestaciones que para cada una de ellas surgieran. De esta forma el comercializador quedaba obligado a moverse dentro de los topes que él mismo fijó en su oferta y cobrando el precio más favorable para cada momento, y el comprador obligado a adquirir la energía dentro de esos rangos, sin que le fuera posible exigir precios menores al límite inferior convenido.

Consecuencia necesaria de la finalidad del contrato de suministro, resulta el hecho de que estemos ante un contrato de ejecución sucesiva, el cual por su naturaleza implica la asunción de una serie de riesgos por ambas partes, toda vez que las condiciones de ejecución de las prestaciones periódicas quedan expuestas a que las circunstancias vigentes al momento de la celebración del negocio puedan variar en el tiempo. De esta forma, corresponde a continuación analizar la



distribución de riesgos que se presentó en el contrato que da origen a este proceso.

### 3.2. La distribución de los riesgos en el contrato

El tema de distribución de riesgos en materia contractual, constituye sin duda uno de los tópicos de mayor complejidad para el intérprete. Y si bien la doctrina clásica francesa defiende a ultranza el principio del *pacta sunt servanda* negándose a abordar los temas relativos al equilibrio del contrato, lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico, el tema de la distribución de riesgos como un desarrollo más de la autonomía de la voluntad también goza de pleno respaldo legislativo, permitiendo nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que el deudor llegue hasta el punto de asumir por su cuenta el caso fortuito, tal como se desprende el texto del artículo 1732 del Código Civil que dispone lo siguiente "*si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado*".

Existiendo el respaldo legal para que las partes autónomamente distribuyan sus riesgos, no puede el intérprete, en este caso el juez, apartarse de lo que los contratantes libremente convinieron, y si surge una controversia o un vacío en relación con el alcance de los riesgos asumidos por cada una de las partes, como ocurre en el presente caso, le corresponderá acudir a las reglas de interpretación previstas en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil.

No aparece en el texto de la oferta presentada por Comercializar una cláusula específica de distribución de riesgos en la cual las partes, en desarrollo del principio de la autonomía privada, hayan repartido de manera clara y expresa aquellos que cada uno habría de asumir.

Sin embargo se observa en ella una cláusula denominada "garantías de la oferta" conforme a la cual el oferente garantizaba el servicio ofrecido



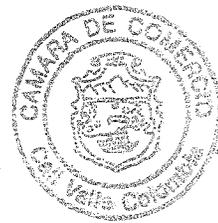
precisando que éste se regiría por las normas del derecho privado, por las leyes 142 y 143 de 1994 y por los reglamentos de red de comercialización, de distribución, de operación de racionamiento y de medida expedidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Estudiadas las pretensiones de la demanda y los hechos en que ellas se fundamentan, se puede observar que el demandante ha considerado que la expedición de la resolución CREG 010 de 2010 modificó las denominadas garantías de la oferta y con ello modificó las condiciones de ejecución del contrato generándole una pérdida que, en su concepto debía ser asumida por las convocadas. En otras palabras, para la actora la referida resolución 10 de la CREG no era uno de los eventos que ella debía asumir como riesgo propio o inherente a su posición negocial.

Radica en este punto el problema a resolver por parte de este Tribunal y para ese efecto resulta indispensable, como ya se dijo, acudir a las reglas de interpretación de los contratos con el objeto de desentrañar la verdadera intención de los contratantes y de esa manera poder realizar una interpretación acorde con el sentido que éstos quisieron dar al negocio jurídico al momento de su celebración.

### 3.2.1. La causa del contrato

El concepto de causa del negocio jurídico, entendida como "*el motivo que induce al acto o contrato*" (artículo 1524 del Código Civil), resulta de gran utilidad en casos como el que nos ocupa para que el juez pueda resolver la controversia que se le plantea. En efecto, si bien el concepto de causa tiene como primera consecuencia, la posibilidad de que el juzgador determine si los móviles del contrato tienen conformidad con la ley, con las buenas costumbres y con el orden público, también le permite apreciar, en determinadas ocasiones, el alcance del compromiso adquirido por las partes, llegando incluso a erigirse como



herramienta ilustrativa de lo que en materia de riesgos cada una de las partes estuvo dispuesta a asumir.

El contrato que da origen a este proceso goza de dos particularidades que resultan de gran importancia para resolver la controversia, la primera de ellas se refiere a que se proponen dos alternativas de precio, y la segunda a que esa doble opción tiene por objeto "el mejor beneficio de las actuales y futuras condiciones del mercado por parte de EL DESTINATARIO". No quisieron los contratantes convenir un precio fijo ni incluso se limitaron a acordar dos extremos simplemente. Decidieron acudir a un esquema con dos modalidades de precios distintas que le otorgaban a las convocadas dos seguridades: la primera que de esas opciones siempre se escogería la más beneficiosa para ellas y, la segunda, que el precio que pagarían por la energía no sobrepasaría los rangos máximos y mínimos previstos en el contrato. A su turno, la convocante tendría aseguradas por todo el periodo contractual unas compras permanentes de energía y tendría la posibilidad de conocer de antemano los límites máximos y mínimos a los que vendería esa energía, lo cual le permitiría negociar, con mayor conocimiento, en el mercado mayorista.

Ese esquema de precios acordado sin duda generó en las demandadas la confianza legítima y una sana creencia de regularidad en cuanto al esquema de riesgos acordado en el contrato y fue uno de los principales móviles para su celebración.

De esta manera las demandadas lograban dos objetivos claros al aceptar la oferta presentada por Comercializar: obtener siempre el mejor precio dentro de los rangos contractuales y, quizás la más importante, sustraerse de las vicisitudes y de los azares del mercado pues, como quedó demostrado en el proceso, el precio de la energía es un precio que se negocia en bolsa y que como tal está sujeto a variaciones provenientes de múltiples y diversas causas.



En este sentido la experta en mercado de energía Sandra Fonseca manifestó en relación con este tipo de contratos lo siguiente:

*"(...) lo que hace un contrato es cubrir el precio del mercado, el riesgo del mercado que es el precio; entonces yo sé que compro a ese precio y sé que me tienen que vender a ese precio o sea es la forma en que yo puedo estabilizar los precios con el que compro la energía como usuario.*

*"Si yo no hago eso en el contrato pues lo que estoy es expuesto a las variaciones de la bolsa (...)"*

No puede ser otra la voluntad de las partes ni la causa del contrato pues lo cierto es que, desde el punto de vista comercial, se trataba de una propuesta suficientemente atractiva que permitía a la convocante ofrecer una ventaja comercial y a las convocadas, conocer de antemano los costos máximos y mínimos de energía por el periodo contractual.

Establecido lo anterior, cabe preguntarse entonces si dentro de ese esquema comercial era concebible que las demandadas tuvieran que asumir los efectos de las variaciones regulatorias propias de este tipo de mercados. Pregunta que, atendiendo a la causa del contrato y a la intención de los contratantes, necesariamente tiene que responderse de manera negativa, pues no solamente iría en contravía de lo que las demandadas buscaban con la celebración de un negocio jurídico como el que nos ocupa, sino que desnaturalizaría sin duda el esquema de precios convenido. En este punto resulta necesario precisar que la finalidad perseguida por una de las partes al celebrar el contrato, tiene que ser apreciada coherentemente con la finalidad de las demás partes del mismo, todo ello en la perspectiva de un acto común. De esta forma, si bien una de las motivaciones más importantes de la convocante era adquirir y conservar un cliente, ofreciendo condiciones especiales que le permitieran una posición de mercado atractiva al



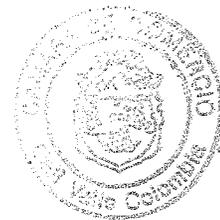
proponer dos esquemas de precios y siempre – dentro de ellos- el más beneficioso para el comprador, ello implicaba de suyo que éste último encontraba interesante la propuesta formulada, en la medida en que ella le generaba la certeza de quedar protegido de las variaciones constantes del mercado.

De esta forma, Comercializar era consciente de que había garantizado unos límites de precios y que su riesgo radicaba en poder conseguir, en un mercado sujeto a variaciones provenientes de múltiple causas - entre ellas las modificaciones normativas – mejores costos de energía para obtener así una utilidad.

Refuerza la anterior conclusión la circunstancia de que la representante legal de la convocante reconoce en su interrogatorio de parte que frente a la situación presentada en el mercado durante el año 2010, propuso a las demandadas un aumento de precios para ese año cuyo valor le sería devuelto en los tres años siguientes. La doctora Luz Marina Gómez al respecto manifestó:

*"(...) nosotros estábamos en conversaciones con los clientes más importantes entre ellos Familia y les pedimos que hiciéramos una aumento de precios en el año 2010 de común acuerdo, les manifestamos abiertamente que no íbamos a proceder de manera ilegal, que era una decisión entre las dos partes y que ese mayor valor del año 2010 le sería retornado devuelto en los 3 años siguientes en una proporción que se acordaba".*

Cabe razonablemente cuestionarse lo siguiente: ¿Si Comercializar consideraba que el aumento de precios generado por la resolución 10 de la CREG era un riesgo propio de las convocadas, por qué razón solicitaba un aumento concertado del precio y se comprometía a devolverlo en los tres años siguientes?



Evidentemente constituye esa manifestación un reconocimiento claro de que ese riesgo, ocurrido en el año 2010, era propio de Comercializar y que quizás lo que requerían era un apoyo financiero.

Y es que precisamente la razón de ser de un contrato de esta naturaleza, como ya se dijo, es que el comercializador pueda, dentro de unos rangos conocidos, negociar buenos precios en bolsa para obtener beneficios en el suministro y, a su turno, el comprador o adquirente pueda abstraerse de los efectos del mercado, aceptando unas reglas de juego claras que le permiten mantenerse protegido de los fluctuaciones propios de ese tipo de mercados.

Aceptar la tesis de que los efectos de los cambios regulatorios constituyen un riesgo de las convocadas, desconocería la razón de ser del contrato pues precisamente lo que aquellas buscaron con la aceptación de la oferta fue protegerse de las variaciones de un mercado cuyos precios se fijan en bolsa. No puede pasarse por alto en este punto específico, que uno de los principios aceptados de manera general en lo que a distribución de riesgos se refiere, consiste en que cada parte se hace cargo de aquello razonablemente previsto en la actividad que va ejercer con ocasión del contrato. Y en este caso resulta inobjetable que quien razonablemente queda expuesto a las variaciones del mercado - incluidas en ellas los efectos de los cambios normativos - es quien contractualmente queda en el deber de comprar en la bolsa las cantidades de energía a suministrar. Resultaría contrario a la lógica sostener que la actividad contractual de las convocadas las dejaba expuestas a las variaciones de los precios de la energía en el mercado mayorista, pues precisamente - se reitera - el contrato se suscribió para eliminar ese riesgo.

De esta forma, el riesgo que asumieron las demandadas consistía en que los precios del mercado se cayeran por debajo de los límites contractualmente previstos y a su turno el riesgo asumido por la



convocante era, como en efecto sucedió, que los precios de bolsa fueran superiores a los límites máximos acordados en el contrato.

### 3.2.2. Los efectos de la resolución número 10 de la CREG

Ahora bien, ¿en dónde se generaron los impactos de la resolución 10 de la CREG? Sin duda se generaron en el precio del mercado de la energía, esto es, en el ámbito de alcance exclusivo de Comercializar y no en el contrato pues, como también quedó demostrado en el expediente, con el texto mismo de ese acto administrativo y con algunas de las declaraciones rendidas, la mencionada resolución no se encaminó ni tuvo como finalidad la modificación de los negocios jurídicos de suministro de energía.

Visto desde otra perspectiva, las consecuencias de la resolución CREG aparecen en el ámbito propio de mayoristas y comercializadores, ámbito que, como se dijo, quedó por fuera del alcance de las convocadas pues precisamente, al celebrar el suministro, decidieron apartarse y protegerse de las constantes fluctuaciones de un precio fijado en bolsa.

Argumentando a contrario, no podrían pretender las convocadas que si las normas regulatorias hubiesen generado una baja ostensible en los precios de bolsa de la energía, Comercializar redujera los precios contractualmente acordados y se disminuyeran los límites inferiores, pues precisamente la filosofía del contrato se encaminaba a mantenerla distante de las variaciones del mercado lo cual ha de entenderse tanto para variaciones generadoras de aumentos excesivos como para variaciones generadoras de bajas sustanciales.

Pero a lo anterior ha de agregarse que las modificaciones normativas introducidas por la resolución 10 de la CREG no pueden tenerse como un riesgo extraordinario del contrato pues como se dijo, en un mercado



tan regulado como el de la energía, el riesgo jurídico tiene que ser evaluado por los profesionales al momento de ofrecer sus contratos. Adicionalmente, aparece acreditado en el expediente que esa resolución no obedeció a una circunstancia intempestiva e imprevisible que tomara por sorpresa a los actores del mercado de energía. Por el contrario la citada resolución de la CREG obedeció a un proceso que, como su texto mismo lo indica, se inicia (hoja número 2) con un racionamiento programado de gas natural (resolución 18-1654 de 2009). Y en este mismo sentido la testigo Sandra Fonseca manifestó lo siguiente:

*“La resolución 10 viene digamos como resultado de unas resoluciones anteriores, a unas resoluciones anteriores inclusive desde el año 2009 donde se preveía que se estaba iniciando un fenómeno climatológico del niño, donde se preveía que era posible que digamos la hidrología fuera a ser más crítica como finalmente se empezó a dar”.*

No puede entonces considerarse que la expedición de la citada resolución 10 constituyó un evento sorpresivo para los profesionales del mercado de energía, pues las circunstancias climáticas y normativas del momento histórico, permitían tener como posible un eventual racionamiento energético, circunstancia que sin duda en el conocimiento de un experto en la materia, exigía tener como posible un alza de precios como la que se presentó en este caso.

En consecuencia, es importante tener en cuenta que la parte convocante no solamente asumió el riesgo de las variaciones del mercado sino que adicionalmente, en el caso de la resolución CREG, debió poder evaluar los efectos económicos que para ella tendría una eventual y probable escasez de energía.

### 3.2.3. Las dificultades financieras de Comercializar



Si a lo anterior se agrega la circunstancia igualmente acreditada en el proceso y consistente en que la convocante desde 2009 comenzó a presentar dificultades financieras llegando incluso a ser objeto de la denominada limitación de suministro como lo reconoce la representante legal en su interrogatorio de parte, forzoso es concluir que ello implicó para esa sociedad una limitación en la negociación de energía lo cual evidentemente le generó menos posibilidad de contratación en el mercado y por ende una menor opción de conseguir buenos precios.

Esos obstáculos económicos, aunados al hecho inobjetable de que la resolución CREG 10 contribuyó en parte a un alza del valor de la energía en el mercado mayorista resultan de imposible atribución jurídica a las sociedades convocadas, por lo cual las pretensiones de la demanda están llamadas al fracaso, como en efecto se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

#### **4. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS CONVOCADAS**

Del estudio de las excepciones propuestas, y especialmente de su contenido más que de su denominación, el Tribunal encuentra probada, con fundamento en los análisis anteriormente realizados, aquella que las convocadas denominaron "CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA", la cual no obstante su inapropiada denominación, se fundamenta en el hecho de que el riesgo de las variaciones del mercado fue asumido por la convocante. En esos términos, habrá de declararse probada en la parte resolutive de esta providencia y por enervar ésta la totalidad de las pretensiones de la demanda, deja relevado al Tribunal de tener que estudiar los demás medios de defensa formulados.

#### **V. LIQUIDACIÓN DE COSTAS**

Teniendo en cuenta que ninguna de las pretensiones de la demanda habrá de prosperar, y que se probó una de las excepciones propuestas



en la contestación de la demanda, el Tribunal de conformidad con lo previsto por el numeral 1° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil condenará en costas a la parte convocante.

En aplicación de las tarifas previstas en el acuerdo 1887 de 2003, y 2222 del 10 de Diciembre de 2003, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, el Tribunal fija la suma de ONCE MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$ 11'800.000), por concepto de agencias en derecho.

Siguiendo el anterior razonamiento, procede el Tribunal a efectuar la liquidación de costas:

### 1. Costas:

Honorarios árbitros: \$11.877.174 c/u. x 3	\$ 35.631.522
IVA honorarios árbitros: \$1.900.348 c/u x 2	\$ 3.800.696
Honorarios Secretaria	\$ 5.938.586
IVA honorarios Secretaria	\$ 950.174
Gastos de administración (Cámara de Comercio)	\$ 5.938.586
IVA gastos de admón (Cámara de Comercio)	\$ 950.174
Gastos de Funcionamiento	\$ 15.000.000
<b>LIQUIDACIÓN TOTAL</b>	<b>\$ 68.209.738</b>

Cada parte sufragó el 50% de lo anterior  
o sea la suma de:

	\$34.104.869.
<b>SUBTOTAL (1)</b>	<b>\$34.104.869.</b>

### 2. Agencias en Derecho:

Agencias en derecho a favor de la parte convocada: \$ 11.800.000

<b>SUBTOTAL (2)</b>	<b>\$ 11.800.000</b>
---------------------	----------------------

<b>TOTAL COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:</b>	<b>\$ 45.904.869</b>
--	----------------------



Teniendo en cuenta las liquidaciones anteriores, en la parte resolutive se condenará a COMERCIALIZAR S.A. ESP al pago de la suma de CUARENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$ 45.904.869) por concepto de costas y de agencias en derecho a favor de las convocadas.

## VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO:** Declarar no probada la objeción por error grave formulada por el apoderado de la parte convocante respecto del dictamen pericial.

**SEGUNDO:** Declarar no probada la tacha de sospechosa a la testigo Eliana Garzón Rayo, por los motivos expuestos.

**TERCERO:** Declarar probada la excepción denominada "CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA" formulada por la parte convocada, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Denegar, en consecuencia, la totalidad de las pretensiones de la demanda.

**QUINTO:** Condenar a COMERCIALIZAR S.A. ESP a pagar a favor de FAMILIA DEL PACÍFICO SAS y PRODUCTOS FAMILIA S.A. la suma CUARENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL



OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$ 45.904.869) correspondiente a las costas y agencias en derecho de este Tribunal.

**SEXTO:** Ordenar la expedición, por Secretaría, de copia auténtica e íntegra de este Laudo con destino a cada una de las partes y al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, para lo de su cargo.

**SÉPTIMO:** En firme esta providencia, protocolícese el expediente en una de las notarías del círculo de Cali.

Esta providencia queda notificada en estrados.

  
MARIA DEL PILAR RAMÍREZ A.  
Presidente

  
LUIS EDUARDO ARELLANO J.  
Árbitro

Con salvamento de voto

  
ANTONIO PABÓN SANTANDER  
Árbitro

  
JULIANA GIRALDO SERNA  
Secretaria Ad-doc



## SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto que merecen las decisiones mayoritarias, me permito salvar el voto, por las siguientes razones:

### Análisis Factivo, Probatorio y Jurídico

#### **Precio contenido en la oferta mercantil**

En la oferta mercantil CSA-2090-12-2008-egr suscrita por COMERCIALIZAR S.A. E.S.P. se lee:

"Nuestra propuesta contiene dos (2) alternativas buscando el mejor beneficio de las actuales y futuras condiciones del mercado por parte de EL DESTINATARIO...:

...Alternativa 1.

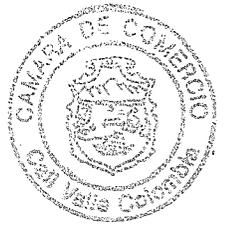
Precio de Generación – Modalidad Precios Fijos

Precios Fijos para el Cargo No Regulado (Generación) en forma horaria, que se presentan en el Anexo No. 1 (muestra los precios fijos de todo el periodo ofertado) para cada uno de los años ofertados.

Alternativa 2.

Precio de Generación – Modalidad de Escalones

Esta modalidad busca maximizar el comportamiento homogéneo de la industria, considerando el 100% de beneficio de la bolsa; contempla la combinación de Precios Fijos horarios establecidos como un Precio Techo (se muestra en el Anexo No. 2 los precios techo para todo el periodo ofertado; y en las horas en que el Precio de Bolsa (PB) se encuentre por debajo de valores denominados "ESCALONES", el cargo de generación se establecería así:



ESCALONES AÑO 2009				
MODALIDAD DE ESCALONES	ESCALON	Si el precio de bolsa es Mayor de:	Si el precio de bolsa es menor que:	Se cobra:
	1		58,50	60,00
	2	58,50	62,50	64,00
	3	62,50	66,50	68,00
	4	66,50	70,50	72,00
	5	70,50	74,50	76,00
	6	74,50	78,50	80,00
	7	78,50	82,50	84,00
	8	82,50	86,50	88,00
	9	86,50	90,50	92,00
	10	90,50	94,50	96,00
	11	94,50	98,50	100,00
	12	98,50		ANEXO No.2

ESCALONES AÑO 2010-2011				
MODALIDAD DE ESCALONES	ESCALON	Si el precio de bolsa es Mayor de:	Si el precio de bolsa es menor que:	Se cobra:
	1		64,00	65,50
	2	64,00	68,00	69,50
	3	68,00	72,00	73,50
	4	72,00	76,00	77,50
	5	76,00	80,00	81,50
	6	80,00	84,00	85,50
	7	84,00	88,00	89,50
	8	88,00	92,00	93,50
	9	92,00	96,00	97,50
	10	96,00	100,00	101,50
	11	100,00	104,00	105,50
	12	104,00		ANEXO No.2



...  
....EL OFERENTE ofrece a EL DESTINATARIO nuestros SERVICIOS DE CONMUTACIÓN AUTOMÁTICA (diaria) ya presentado a ustedes y por el cual EL DESTINATARIO pagará por este servicio un valor de \$1,3/kwh leído (\$ de Junio de 2008). Este valor se actualizará mes a mes con base en el crecimiento del IPP....”.

De una simple lectura de los apartes de la oferta anteriormente transcritos, se puede concluir que la oferta mercantil no es a precio fijo, pues esta tiene establecida la modalidad de conmutación automática que consiste en la combinación de la alternativa 1 denominada Precios Fijos, que tiene valores (\$/kWh) para tres franjas horarias que se actualizan con base al crecimiento del IPP; y la alternativa 2 denominada Modalidad de Escalones, los cuales se calculan para cada hora de acuerdo al precio de la Bolsa de energía. En esta modalidad la conmutación automática opera cuando al final de cada día se comparan los precios resultantes de cada alternativa y se escoge la mejor alternativa para el cliente que finalmente es la que se liquida. Como el precio más bajo se determinaba hora tras hora, al final el precio cobrado por la convocante a las convocadas son una combinación de los dos sistemas, de tal forma que nunca hubo un precio fijo permanente ni tampoco solo escalones, la tarifa final cobrada era la resultante de la aplicación de ambas modalidades. Lo anterior fue ampliamente explicado por la representante legal de COMERCIALIZAR S.A. ESP en el interrogatorio que se le practicó.

Igualmente el testigo FERNANDO MEJÍA explicó que en la oferta no hay precio fijo sino unos precios de referencia que varían de acuerdo a los consumos. Dijo que la oferta tenía dos alternativas:

1.- Unos precios variables dependiendo de la hora y del consumo. No es exactamente un precio fijo como se denominó en la oferta porque hay unos topes máximos y mínimos, es decir, hay una franja y el precio varía hora a hora.

2.- Precios escalonados con un techo.



Explicó el señor FERNANDO MEJÍA que los consumos se liquidaron con las dos alternativas aplicando la conmutación automática, es decir, escogiendo el precio más favorable al cliente. Lo anterior fue ratificado por la testigo ELIANA GARZÓN RAYO.

En este punto estoy de acuerdo con la conclusión a que llega el laudo, pues en él se sostiene que el contrato de suministro fue a precio variable, escogiéndose el mejor precio para las convocadas. Pero lo que no comparto es que las convocadas no tenían porque asumir los efectos de las variaciones regulatorias, como paso a explicarlo a continuación.

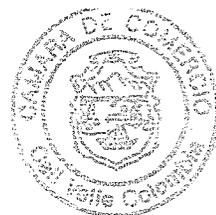
### **El Reglamento de Operación como parte de la Oferta Mercantil.**

Debe definirse si el Reglamento de Operación forma parte de la Oferta Mercantil CSA-2090-12-2008-egr.

Al respecto resulta pertinente transcribir las cláusulas GARANTÍAS DE LA OFERTA y OTRAS CONDICIONES TÉCNICAS Y OPERATIVAS contenidas en la Oferta en mención:

"GARANTÍAS DE LA OFERTA: El OFERENTE garantiza el servicio ofrecido, el cual se regirá por las normas de derecho privado, en especial por las Leyes 142 y 143 de 1994, los reglamentos de Red, de Comercialización, de Distribución, de Operación, de Racionamiento y de Medida expedidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)." (Subrayado fuera de texto).

"OTRAS CONDICIONES TÉCNICAS Y OPERATIVAS: Los demás aspectos técnicos y operativos que no se encuentren expresamente mencionados en la presente oferta mercantil, se regirán por la normatividad vigente de la Comisión de Regulación de Energía y Gas y las autoridades competentes, cuyas disposiciones se entenderán incorporadas al negocio comprendido en la presente oferta." (Subrayado fuera de texto).



En la primera cláusula transcrita denominada GARANTÍAS DE LA OFERTA dice de manera expresa y clara que el servicio ofrecido por COMERCIALIZAR S.A. ESP se regirá, además de las leyes 142 y 143 de 1994, por los reglamentos expedidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), entre ellos por el Reglamento de Operación. Y en la segunda cláusula transcrita denominada OTRAS CONDICIONES TÉCNICAS Y OPERATIVAS se ratifica que las disposiciones expedidas por la CREG, en aspectos operativos no mencionados expresamente en la Oferta, se entienden incorporadas a la misma. No cabe ninguna duda de que el Reglamento de Operación forma parte de la Oferta Mercantil CSA-2090-12-2008-egr, y que en ella se establece la aplicación de dicho Reglamento de Operación durante la ejecución de la relación contractual.

**La Resolución Creg-010 de 2010 como parte del Reglamento de Operación.**

En la demanda se afirma que la Resolución Creg-010 de 2010 modificó el Reglamento de Operación, a lo cual se opone el apoderado de las convocadas en su escrito de contestación de demanda.

El Reglamento de Operación está pactado en la Oferta Mercantil, como se definió en el acápite anterior.

El Reglamento de Operaciones lo define la ley 143 del 1994 así:  
"ARTÍCULO 11. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones generales:....

.....Reglamento de operaciones: conjunto de principios, criterios y procedimientos establecidos para realizar el planeamiento, la coordinación y la ejecución de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica. El reglamento de operación comprende varios documentos que se organizarán conforme a los temas propios del



funcionamiento del sistema interconectado nacional." (Subrayado fuera de texto).

De la anterior definición se puede concluir que todas las normas que la CREG establezca para regular el funcionamiento del mercado mayorista forman parte del Reglamento de Operación.

La Resolución Creg-010 de 2010 versa según su encabezamiento sobre "funcionamiento del Mercado Mayorista de Energía", lo cual a juicio del suscrito significa Reglamento de Operación. Evidentemente el tercer inciso de los considerandos de la Resolución Creg-010 de 2010 señala lo siguiente:

"De acuerdo con lo establecido en el literal c) del artículo 74.1 de la ley 142 de 1994, le corresponde a la CREG establecer el Reglamento de Operación, para regular el funcionamiento del Mercado Mayorista".

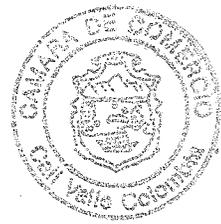
Es decir que haciendo uso de este considerando tercero, se pueden evidenciar las facultades de la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG-, para establecer el Reglamento de Operación. En conclusión, según mi entendimiento, es claro que la Resolución Creg-010 de 2010 es una modificación transitoria del Reglamento de Operación.

Esto fue aceptado de manera expresa por la testigo citada por las convocadas, doctora Sandra Stella Fonseca Arenas.

### **Modificación del precio del kw de energía por parte de la Resolución Creg-010 de 2010.**

Se dice en la contestación de la demanda presentada por el apoderado de FAMILIA DEL PACIFICO SAS y PRODUCTOS FAMILIA S.A. que la Resolución Creg-010 de 2010 no modificó el precio de venta del kWh de energía al usuario, afirmación que en sentido contrario se sostiene en la demanda presentada por COMERCIALIZAR S.A. ESP.

Para el suscrito, mal podría la Resolución en cita, señalar expresamente una autorización para el aumento del precio de venta del kWh de



energía a los usuarios finales, porque indudablemente esto hace parte del mercado no regulado, en donde juegan libremente la oferta (energía ofrecida por los generadores) y la demanda del país en cada hora. Dicho en otras palabras la CREG no podía expresamente subir el precio de la Bolsa a un determinado nivel pero sí podía dar las normas y regulaciones que en su aplicación conllevarán al incremento de precios. Por tanto, en mi concepto, la Resolución Creg-010 de 2010 implícitamente, sí dio vía libre para que se aumentaran los precios de la energía adquirida en la Bolsa de Energía afectando directamente el componente G de la tarifa.

El componente G quiere decir cuánto vale producirla en la planta de generación, no hace referencia a su distribución. Pero dentro de la tarifa de la producción está incluido un Cargo por Confiabilidad que es un pago adicional por parte de los usuarios, que la CREG le permite a las empresas generadoras para asegurarles un ingreso mínimo en el caso que no estén operando, según lo explicó la representante legal de COMERCIALIZAR S.A. ESP en su interrogatorio de parte. **Y resulta claro que la Resolución Creg-010 de 2010 está adicionando ese Cargo de Confiabilidad, lo que a la postre significa que está subiendo el precio.** Efectivamente en los considerandos de la Resolución citada se lee lo siguiente: "En el país se están presentando condiciones de caudales bajos en los ríos a causa de la presencia del Fenómeno de El Niño, que podrían incidir en las condiciones de abastecimiento de la demanda, razón por la cual se ha considerado conveniente establecer un valor mínimo del agua embalsada según el riesgo de abastecimiento futuro de la energía, con el fin de tener mayor confiabilidad en el suministro de la energía en la estación de verano 2009-2010 y adicionar la garantizada con el esquema del Cargo por Confiabilidad, con un esquema de mercado". **Esto significa que la Resolución CREG 010 intervino directamente y al alza, el precio de la bolsa.**



Otro de los considerandos de la Resolución Creg-010 de 2010 establece: "En el seguimiento del mercado, desde la expedición de la Resolución CREG-137 de 2009, se ha encontrado que los precios de la Bolsa de Energía no reflejan el uso que se está dando a los recursos en el Sistema Interconectado Nacional ni la condición de escasez hidrológica presente." Para la CREG los precios de la energía en bolsa no están reflejando la condición de escasez de los embalses. Esto significa que antes de la entrada en vigencia de la Resolución en mención los precios de la energía en bolsa en concepto de la CREG estaban bajos, y que con la entrada en vigencia de la Resolución Creg-010 de 2010, se produjo un alza significativa en los precios de la energía en bolsa. Reitero que la Resolución Creg-010 de 2010 no admite de manera expresa el aumento de los precios de energía, pero dicho aumento es el efecto lógico y natural de la Resolución.

Y resulta apenas elemental que COMERCIALIZAR S.A. ESP pretenda ajustar los precios de suministro de energía a su costo de adquisición en la Bolsa de Energía. Esto a mi juicio es legítimo. Téngase en cuenta que la convocante no está alegando el equilibrio contractual para el periodo anterior a la entrada en vigencia de la Resolución Creg-010 de 2010, lo cual lo hubiera podido pretender, sino que solamente está pidiendo que los precios en el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2010 y 17 de marzo del mismo año, se le paguen a lo que a ella le costó adquirir la energía en la Bolsa. Con esta pretensión la convocante no está obteniendo ninguna utilidad, pero sí está tratando de evitar el incremento de las pérdidas ocasionadas por la venta del kWh de energía por un precio inferior al costo y desproporcionado por efecto de una nueva norma de adquisición en la Bolsa, condición que se había tenido prevista en el contrato dadas las cláusulas GARANTÍAS DE LA OFERTA y OTRAS CONDICIONES TÉCNICAS Y OPERATIVAS.

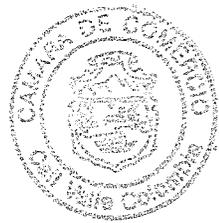
En la comunicación del 10 de febrero de 2010, la Superintendencia de Industria y Comercio, conceptúa a la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG sobre el proyecto de la Resolución Creg-010 de



2010, a través de la cual se modificaría la Resolución Creg-137 de 2009, donde se indica: "...Esta Superintendencia encuentra que el citado proyecto acentúa la restricción de la libre competencia en el mercado de energía mayorista que introdujo la resolución 137 de 2009. De hecho, el efecto conjunto buscado con esas resoluciones es modificar las condiciones de precio de oferta de los generadores hidráulicos e incidir sobre la cantidad de energía de origen térmico que debe despacharse primero. Con esas medidas la CREG busca que el precio en la bolsa de energía refleje más claramente la escasez relativa de agua actual y previsible con el fin de preservar la confiabilidad en el suministro de electricidad".

Por su parte, en la comunicación de fecha 13 de febrero de 2012 aportada por la parte convocante con su escrito de reforma de demanda, en el cual se limitó a adicionar las pruebas solicitadas, la Superintendencia de Industria y Comercio informa la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG lo siguiente con respecto a la Resolución Creg-010 de 2010: "...la Superintendencia considero que si bien el citado proyecto "acentúa la restricción de la libre competencia en el mercado de energía mayorista que introdujo la resolución 137 de 2009" igualmente consideró que "(...) con esas medidas la CREG busca que el precio en la bolsa de energía refleje más claramente la escasez relativa de agua actual y previsible con el fin de preservar la confiabilidad en el suministro de electricidad" con lo cual la "Superintendencia encuentra justificada la incidencia sobre la libre competencia que implica el citado proyecto en el mercado de energía mayorista." (Subrayado fuera de texto).

**Al incidir la Resolución Creg-010 en el aumento del precio del kilovatio de energía en bolsa, como efecto resultante de la modificación normativa, ello conlleva como consecuencia lógica a que se rompa el fundamento del esquema contenido en la oferta relacionado con las modalidades del precio pactadas.**



Un punto que se discute en el presente proceso es si la Resolución en mención modificó o no los cargos regulados. La tarifa se compone, según se puede leer en la oferta, de cargos no regulados (generación y comercialización), cargos regulados (dentro de los cuales están las pérdidas de generación -por transporte,) las restricciones, las contribuciones a la CREG y a la SSPD, etc.). Para los convocados, la Resolución Creg-010 de 2010 no afectó los cargos regulados. A mi juicio, algunos cargos regulados sí fueron afectados por la Resolución en cita.

Por una parte, se afecta el cargo regulado de "Pérdidas" dado que si la Resolución Creg-010 modificó el precio de generación, y el cálculo de las pérdidas se hace como un porcentaje regulado, sobre la base del precio de generación, consecuentemente afecta dicho cargo, al estar asociadas directamente al costo de la generación.

Por otro lado, afecta el cargo de "Restricciones" en virtud que en el literal g del artículo 1 de la Resolución CREG - 10 de 2010 se estableció, lo siguiente "El ASIC liquidará, con las reglas vigentes, la energía vendida y embalsada en el momento de su entrega al mercado. Con el valor de la energía vendida y embalsada que se entregó al mercado se pagará al agente esta energía valorada al Precio del compromiso y la diferencia se asignará a la demanda a través de las restricciones".

Por consiguiente, la misma Resolución analizada estableció que la energía vendida y embalsada por los generadores hidráulicos representaría un incremento sobre el componente de "Restricciones".

Lo anterior fue reconocido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el informe Sectorial de Energía, Gas Natural y Gas Licuado de Petróleo que presentase sobre el año 2010, en el cual, con relación a las medidas adoptadas por la Resolución CREG 010 de 2010 señaló: "Dado que, en general, el precio de bolsa cuando se vendió la energía embalsada fue inferior al precio de bolsa de los meses anteriores, las ventas de la energía embalsada representaron un



sobrecosto neto importante con cargo a las restricciones"; Por ello, naturalmente se concluye que si existió una afectación a los cargos regulados perdidas y restricciones de la tarifa de energía eléctrica.

Por otra parte, la testigo Sandra Fonseca afirmó que la Resolución Creg-010 no afectó los cargos regulados cuando la misma resolución está afectando explícitamente restricciones y las pérdidas se afectaron como consecuencia del incremento del precio de generación en la Bolsa.

La testigo de las convocadas doctora Sandra Stella Fonseca Arenas, a lo largo de su testimonio se mantuvo en que el precio de bolsa no subió por la Resolución 10, pero cuando el apoderado de la convocante le exhibió la gráfica de XM con los precios de energía en bolsa durante la vigencia de la Resolución Creg-010, respondió que "...enero a febrero 14, todo este tiempo, febrero 15, marzo 17; en este espacio y a partir de febrero 15, marzo 17, acá se ve un pico y obviamente en promedio está más alto que este período que se está mostrando". A mi juicio la testigo aceptó que la Resolución Creg-010 sí incidió en la formación de precios de bolsa.

Así mismo, en el Informe No. 51 de 2010 del Comité de Seguimiento del Mercado Mayorista de Energía Eléctrica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en su resumen ejecutivo (página iv y v), se admite que la Resolución 010 de 2010 representó un sobrecosto para la demanda; en palabras de la Superintendencia, ésta entidad expresó: "En febrero, para reforzar la confiabilidad del sistema y a raíz de los bajos precios de oferta de la energía hidráulica, desplazada del despacho para cumplir la condición de generación térmica forzada, la CREG expidió la Resolución 010 de 2010, para comprar y embalsar por parte del mercado, esa energía hidráulica desplazada, al precio de oferta presentado por el agente. Esto finalmente representó un sobrecosto para la demanda, dado que el precio de compra de la energía embalsada fue superior al precio de su venta posterior. La CREG con la Resolución 070 de 2010 corrigió las distorsiones mencionadas



anteriormente", corroborando que la resolución CREG 010 si introdujo nuevas variables en la formación de los precios de Bolsa.

En ninguna parte de la oferta dice que esos cambios regulatorios por parte de la CREG debían ser asumidos por la oferente. Por el contrario, la oferta señala en las cláusulas de "Garantías De La Oferta" y "Otras Condiciones Técnicas Y Operativas" que los cambios en la regulación proferida por la CREG y especialmente los cambios en el Reglamento de Operación, se entendían incorporados al negocio jurídico que surgió entre las partes; luego, en mi criterio, el aumento del precio del kilovatio de energía, durante el periodo de vigencia de la Resolución Creg-010, debe trasladarse al usuario final. Las consecuencias de la la mentada resolución no pueden quedarse en el ámbito de los mayoristas y comercializadores, como lo sostiene la posición mayoritaria.

Es más en la cláusula "CAMBIO EN CONDICIONES REGULATORIAS EN LA ASIGNACIÓN DE PERDIDAS" de la oferta mercantil se determina: "EL OFERENTE y EL DESTINATARIO acuerdan que en caso de presentarse una aplicación de perdidas distintas a las previstas en la regulación vigente, y EL OFERENTE tuviera que asumir valores superiores a los que actualmente se trasladan en forma regulada a la tarifa de EL DESTINATARIO, revisarán la tarifa aquí ofertada en aras de establecer el equilibrio económico de las partes". Dada la anterior cláusula el incremento en las perdidas legítimamente hace parte del contrato y COMERCIALIZAR estaría facultada a aplicarlo. En suma en mi concepto, puede aplicar los incrementos del componente G por las cláusulas GARANTÍAS – Reglamento de Operación y Otras Condiciones Técnica y Operativas, y puede aplicar los incrementos de pérdidas por la cláusula Cambio Condiciones Regulatorias por Pérdidas.

Como las convocadas son usuarios no regulados, cada relación contractual es diferente.



Las condiciones pactadas bajo la oferta mercantil CSA-2090-12-2008-egr, por sus características de consumo, nivel de tensión, período ofertado, etc.; correspondían y regirían expresamente para las plantas de FAMILIA, hecho que se aceptó con la respectiva orden de compra y se materializó con la entrega del suministro de energía, infiriendo que COMERCIALIZAR para las demás relaciones contractuales que tenía, se regía por una oferta diferente, pactada de acuerdo a condiciones específicas del usuario.

Es decir, en el mercado no regulado del sector energético, las partes son libres para determinar las condiciones contractuales sobre las cuales se rigen sus relaciones negócias, en virtud que el artículo 42 de la Ley 143 de 1994 estableció que *"Las transacciones de electricidad entre empresas generadoras, entre distribuidoras, ente aquellas y éstas y entre todas ellas y las empresas dedicadas a la comercialización de electricidad y los usuarios no-regulados, son libres y serán remuneradas mediante los precios que acuerden las partes"*.

COMERCIALIZAR, al negociar y suscribir la cláusula Garantías de la Oferta, la de Otras Condiciones Técnicas y Operativas, y la cláusula Cambio en las Condiciones Regulatorias en la Asignación de Pérdidas tenía la potestad de hacer uso de las mismas, en los eventos que así lo ameritara, tal como sucedió con la modificación de normas relacionadas con el Reglamento de Operación que en últimas representaron un sobre costo en el precio.

La primera pretensión de la demanda es que las convocadas deben reconocer y pagar a la convocante las sumas de dinero por concepto del mayor valor de la tarifa de energía, ocasionado por efectos de la expedición de la Resolución Creg-010 de 2010, la cual comportó una modificación al reglamento de operación aplicable al contrato, que conllevó un incremento de los precios de la energía transada en la Bolsa de Energía, durante el período comprendido entre el 15 de febrero de 2010 al 17 de marzo de 2010, con respecto al negocio jurídico derivado



de la Oferta Mercantil contenida en el documento CSA-2090-12-2008-erg de fecha 09 de diciembre de 2008. Y respetando el criterio de los otros dos honorables árbitros, las pruebas apuntaron a la prosperidad de dicha pretensión.

Para el suscrito es claro que la Resolución Creg-010 de 2010 constituyó un hecho imprevisto que modificó los cimientos de la Oferta Mercantil, como anteriormente se explicó. Así lo sostuvo el testigo FERNANDO MEJÍA, quien dijo que la Resolución mencionada conllevó a unos sobrecostos para COMERCIALIZAR S.A. ESP; reconoció que fue una intervención extraordinaria del ente regulador en el mercado.

La Resolución Creg-010 de 2010 intervino el mercado de energía en Colombia, generando un precio mayor, cambió las reglas regulatorias de la CREG, como organismo de control y determinación del mercado, lo cual es ajeno a la Oferta Mercantil rompiendo el equilibrio financiero contractual y afectando gravemente a COMERCIALIZAR S.A. ESP, y beneficiando sin razón a las sociedades convocadas, aún cuando el contrato le permitía a COMERCIALIZAR aplicar el incremento causado en el precio por la Resolución Creg-010.

En la aclaración y complementación al dictamen pericial, la perito Miryam Caicedo Rosas, concluyó: "...que la Resolución CREG 010 sí tuvo incidencia en la determinación del precio de bolsa de la energía durante el período 15 de febrero a Marzo 17 de 2010".

En los considerandos de la aclaración y complementación, la perito manifestó:

"De acuerdo a lo revisado, validado y analizado al momento de reportar el precio de la bolsa de Energía durante este periodo, se pudo determinar que efectivamente dicho precio fue afectado a raíz de la resolución CREG 010 ya que como se puede observar en el cuadro No. 1 PRECIOS DE BOLSA DE ENERGÍA FEBRERO 15 A 28 Y MARZO 01 A 17 DE 2010 páginas 4 y 5 del dictamen pericial inicial, en el que se reporta el

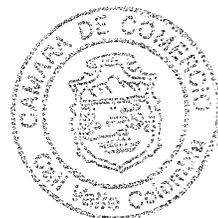


precio por día y por hora, los precios tuvieron incrementos importantes en diferentes horas y en días como Febrero 16, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 y Marzo 02, 03, 04, 09, 16 y 17 en los que el precio superó los \$330/kw, obteniéndose así precios promedio simples de \$243,907/kwh para Febrero 15 a 28 de 2010 y de \$192,542 para Marzo 01 al 17 de 2010.

Si esto es comparado con los precios de Bolsa de los meses inmediatamente anteriores a la entrada en vigencia de la Resolución CREG 010 de 2010, esto es, los meses de Diciembre de 2009 y Enero de 2010, presentados en el CUADRO No. 6 PRECIOS DE BOLSA DE ENERGÍA DICIEMBRE 01 AL 31 DE 2009 (VERSIÓN TXF) y CUADRO No. 7 PRECIOS DE BOLSA DE ENERGÍA ENERO 01 AL 31 DE 2010 (VERSIÓN TXF), se puede apreciar que en comparación al período Febrero 15 a Marzo 17 de 2010, los precios en Diciembre estuvieron en un rango de \$32,893/kwh hasta un máximo de 307.457/kwh con un precio promedio simple de \$195.054/kwh, esto teniendo en cuenta que en días como el 24 de diciembre (atípico) el precio fue considerablemente más bajo de lo usual (\$32,893/kwh), mientras en el mes de Enero los precios estuvieron en un rango de \$97.687/kwh hasta un máximo de \$305,687/kwh con un precio promedio simple de \$152,350/kwh".

El señor FERNANDO MEJÍA manifestó en su testimonio que la Resolución en cita afectó el precio en bolsa, y cambió las condiciones existentes al momento de la oferta; afectó los cargos regulados y el costo de las pérdidas pues incrementó el valor de la energía. Dijo que antes de la Resolución el precio de venta era de \$103/kwh y el precio de bolsa estaba en \$142/kwh; con la entrada en vigencia de la Resolución el precio de bolsa subió a \$218/kwh, a partir de febrero 15 de 2010. Insistió en que cambiaron las condiciones existentes al momento de la negociación, en junio de 2008 había unas condiciones de mercado totalmente diferentes a las existentes a partir de febrero 15 de 2010 y hasta la terminación del contrato.

La testigo ELIANA GARZÓN RAYO, gerente de ENERTOTAL S.A. ESP, sostuvo que la Resolución Creg-010 intervino el mercado porque cambió



el Reglamento de Operación, afectó las restricciones y también las pérdidas (como consecuencia del cambio en el Reglamento de Operación).

Desconocer que la Resolución Creg-010 de 2010 causó una perturbación al desarrollo de la oferta, no parece conducir al sentido de equidad que pretende realizar el Derecho al regular las relaciones intersubjetivas. En mi opinión, deben considerarse esas circunstancias extraordinarias, ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, como es la expedición de la mencionada Resolución, de tal manera que se restablezca el equilibrio prestacional entre las partes. Para el suscrito, una cosa es la variable del precio de bolsa por los cambios de clima por ejemplo, lo cual era entendible que lo asuma la convocante, pero otra muy distinta es la variación imprevista del precio producida por la Resolución en estudio.

El hecho de que el testigo FERNANDO MEJÍA hubiere sostenido que a la postre, si se hubiera ejecutado toda la oferta mercantil y no se hubiera terminado antes de tiempo de común acuerdo por las partes, no desvirtúa que para febrero 15 de 2010, fecha en la cual entró a regir la Resolución, el precio de la energía en bolsa se disparara.

Finalmente considero que las dificultades financieras que pudo atravesar COMERCIALIZAR S.A. ESP no tienen relación con lo que se discute en este proceso.

### **Conclusión**

Por las razones anteriores, considero que las pretensiones de la demanda debieron prosperar.

Santiago de Cali, 30 de agosto de 2012

  
**LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO**

**Arbitro**