

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE

ISAGEN S.A. E.S.P. y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

Vs.

TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., tres (3) de agosto de 2017

CONTENIDO.

CAPÍTULO PRIMERO – ANTECEDENTES	5
1.1.PARTES.....	5
1.2.LOS PACTOS ARBITRALES - CONTRATOS DE COMPROMISO-	6
1.3.EL TRÁMITE ARBITRAL	8
1.4.LAS DEMANDAS.....	14
1.4.1 LA DEMANDA DE ISAGEN CONTRA TGI.	14
(A) Pretensiones.....	14
(B) Hechos en que se funda la demanda de ISAGEN	16
1.4.2 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE ISAGEN POR PARTE DE TGI.	23
1.4.3 LA DEMANDA DE EPM CONTRA TGI.....	27
(A) Pretensiones	28
(B) Hechos en que se funda la demanda de EPM.....	29
1.4.4 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE EPM POR PARTE DE TGI. .	37
1.4.5 LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE TGI CONTRA ISAGEN.....	37
(A) Pretensiones	37
(B) Hechos en que se funda la Demanda de reconvencción de TGI contra ISAGEN	54
1.4.6. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA DE RECONVENCION DE TGI POR PARTE DE ISAGEN.....	188
1.4.6. LA DEMANDA DE RECONVENCION REFORMADA DE TGI CONTRA EPM.	188
(A) Pretensiones:	188
(B) Hechos en que se funda la Demanda de reconvencción de TGI contra EPM.	195
1.4.7. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA DE TGI POR PARTE DE EPM.	257
1.5 DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR	257

1.6. MANIFESTACION EXPRESA DE LAS PARTES	258
CAPÍTULO SEGUNDO - PRESUPUESTOS PROCESALES	259
CAPITULO TERCERO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	265
3.1. EL MARCO JURÍDICO DE LOS CONTRATOS OBJETO DE ESTUDIO POR EL TRIBUNAL.....	265
3.1.1. Consideraciones sobre el entendimiento Constitucional del régimen de los servicios públicos.....	265
3.1.2. Consideraciones sobre la ley 142 de 1994 y las funciones de las Comisiones de Regulación en general y de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG en particular, y el régimen jurídico de los contratos de las empresas de servicios públicos.....	267
3.1.3. Reseña de algunos aspectos de los contratos objeto del presente litigio.....	275
3.2.LOS LITIGIOS PRINCIPALES.....	280
3.2.1. La controversia sobre la nulidad total de los contratos celebrados por las partes.....	280
3.2.2. La controversia sobre la validez de la cláusula de duración de los contratos celebrados por las partes, y del aparte demandado de la cláusula 23 de los mismos.....	310
3.2.2.1. Síntesis de las posiciones de las partes.....	311
3.2.2.1.1. Síntesis de la posición de la parte actora.....	311
3.2.2.1.2. Síntesis de la posición de la parte convocada.....	318
3.2.2.2. Consideraciones del Tribunal	323
3.2.3. La controversia sobre la revisión de los contratos celebrados por las partes.....	348
3.2.3.1. Síntesis de las posiciones de las partes.....	348
3.2.3.2. La norma legal invocada y sus requisitos de aplicación.....	356
3.2.3.3. Hechos relevantes probados y consideraciones del Tribunal sobre esta controversia.....	365
3.3. LOS LITIGIOS DE RECONVENCIÓN.....	384
3.3.1. Las pretensiones relativas a la validez de los contratos.....	384
3.3.2. La cláusula de ajuste regulatorio de los contratos.....	385

3.3.3. El texto del primer inciso de la cláusula contenida en el numeral 6 del Capítulo II de los contratos ESTF-026-2008, ESTF-025-2008 y ESTF-08-2009, y la cláusula contenida en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-07-2005	388
3.3.4. El texto del Parágrafo de la cláusula del numeral 6 del Capítulo II de los contratos ESTF-026-2008, ESTF-025-2008 y ESTF-08-2009, y los numerales 2 y 13 del Capítulo II del Contrato ESTF-07-2005.....	391
3.3.5. La aplicación a los contratos de las opciones establecidas para la determinación de los cargos que remuneran la 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.....	393
3.3.6. La vigencia de las fórmulas tarifarias aplicables a los contratos debatidos.	397
3.3.7. (i) La alegada obligación de las partes de ajustar la pareja de cargos pactada en el respectivo contrato, en razón del cambio en las opciones establecidas para la determinación de los cargos que remuneran la 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. (ii) El alegado incumplimiento de ISAGEN y EPM al negarse a cumplir con la metodología establecida en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por la Resolución 079 de 2011, para determinar la pareja de cargos que se aplicaría a los contratos debatidos a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012.....	401
3.3.7.1. Síntesis de las posiciones de las partes.....	401
3.3.7.2. Consideraciones del Tribunal.	407
3.3.8. Consideraciones sobre las pretensiones consecuenciales y condenatorias de las demandas de reconvenición.	415
4. LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR LAS PARTES.....	417
5. OBJECIONES A LOS JURAMENTOS ESTIMATORIOS.....	418
6. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.	418
CAPÍTULO CUARTO COSTAS.....	419
CAPÍTULO QUINTO PARTE RESOLUTIVA.....	420

CAPÍTULO PRIMERO – ANTECEDENTES

1.1. PARTES

Las Convocantes y demandadas en reconvención en este proceso son: (i) **ISAGEN S.A. E.S.P.** (en adelante también “**ISAGEN**”), sociedad anónima y empresa de servicios públicos mixta, constituida mediante escritura pública 230 del 4 de abril de 1995, ante la Notaría Única de Sabaneta (Antioquia), con domicilio social en la ciudad de Medellín; representada legalmente por LUIS FERNANDO RICO PINZÓN y/o JOSÉ MAURICIO MAYA ACHICANOY, todo lo cual consta con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, que obra en el expediente¹, y (ii) **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN E.S.P.** (en adelante también “**EPM**”), entidad estatal domiciliada en Medellín, organizada como empresa industrial y comercial del Estado del orden Municipal, creada por el Consejo Administrativo de Medellín mediante Acuerdo No. 58 del 6 de agosto de 1955 y transformada por el Acuerdo No. 69 del 10 de diciembre de 1997 expedido por el Concejo Municipal de Medellín, representada inicialmente por JUAN ESTEBAN CALLE RESTREPO, como consta en el Decreto No. 0001 de 2012 del Alcalde de Medellín² y posteriormente por JORGE LONDOÑO DE LA CUESTA, como consta en el Decreto No. 001 de 2016 del Alcalde de Medellín³, y en los acuerdos Municipales que en copia obran en el expediente⁴.

En este proceso ambas convocantes y demandadas en reconvención actuaron a través del mismo apoderado judicial, a quien en forma oportuna se le reconoció personería para actuar con fundamento en los poderes que obran en el expediente.

¹ Documentos visibles a folio 17 y ss. del cuaderno principal No. 1 de EPM y 42 y ss. del cuaderno principal No. 2 de ISAGEN.

² Documentos visibles a folios 29 y 32 del cuaderno principal No. 1 de EPM

³ Documentos visibles a folios 28, 29, 30 y 31 del cuaderno principal No. 2 de EPM

⁴ Documentos visibles a folios 25 a 28 vuelta del cuaderno principal No. 1 de EPM y 33 a 43 del cuaderno principal No. 2 de EPM.

La Convocada y demandante en reconvención en este proceso es **TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P.** (en adelante también “**TGI**”), entidad estatal organizada como sociedad anónima comercial de nacionalidad colombiana, empresa servicios públicos domiciliarios, constituida el 16 de febrero de 2007 por escritura pública 67 ante la Notaría 11 del Círculo de Bucaramanga, con domicilio social en Bogotá D.C.; representada legalmente por DAVID RIAÑO ALARCÓN, todo lo cual consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra en el expediente⁵.

En este proceso actuó a través de apoderada judicial, a quien en forma oportuna se le reconoció personería para actuar con fundamento en el poder que obra en el expediente.

1.2. LOS PACTOS ARBITRALES -CONTRATOS DE COMPROMISO-

El pacto arbitral con base en el cual ISAGEN S.A. E.S.P. convocó a TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P., está contenido en el compromiso suscrito por las partes el día 30 de mayo de 2014⁶, que textualmente estipula:

“Primera. Objeto: Mediante el presente compromiso, las partes pactan acudir a un Tribunal de Arbitramento, con el fin de que se resuelvan: (i) Las diferencias surgidas en relación con los temas planteados en la solicitud de conciliación extrajudicial presentadas por ISAGEN en contra de TGI, respecto del contrato ESTF-025-2008, cuyo trámite se adelantó en la Procuraduría 160 judicial II para Asuntos Administrativos de la ciudad de Bucaramanga, bajo el

⁵ Documentos que obran a folios 31 y ss. del cuaderno principal No. 1 de ISAGEN y folios 51 y ss. del cuaderno principal No. 1 de EPM.

⁶ El compromiso se encuentra visible a folios 29 y 30 del cuaderno principal No. 1 de ISAGEN.

número de radicación 424803 del 11 de diciembre de 2013; y (ii) Las diferencias que existen entre las partes respecto de la interpretación, ejecución y cumplimiento de los contratos ESTF-07-2005, ESTF-025-2008 y ESTF-08-2009, derivadas de la interpretación, aplicación, alcance y efectos que sobre éstos habrían tenido las Resoluciones CREG 57 de 1996, CREG 001 de 2000, CREG 125 de 2003, CREG 126 DE 2010, CREG 079 de 2011, CREG 110 de 2011, CREG 121 de 2012 y demás que fueren aplicables en el marco de la Ley 142 de 1994, incluyendo, pero sin limitarse a los efectos y perjuicios económicos, relacionados con las tarifas y el alcance e interpretación de la obligación de aplicación, para las partes y respecto de estos contratos, del mecanismo de aproximación ordinal previsto en la regulación.

“Parágrafo. En aras del principio de economía procesal, las partes acuerdan que ISAGEN, instaurará una demanda en contra de TGI, que se referirá a las pretensiones relativas a las diferencias indicadas en el numeral primero anterior en relación con el contrato ESTF-025-2008 suscrito por las partes a que se refiere este compromiso. Por su parte, TGI Instaurará una demanda de reconvencción que acumule las pretensiones relativas a las diferencias indicadas en el numeral (ii) anterior en relación con los contratos ESTF-07-2005, ESTF-025-2008 y ESTF-08-2009, suscritos entre las partes a que se refiere este compromiso.”

El pacto arbitral con base en el cual EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. convocó a TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P., está contenido en el compromiso suscrito por las partes el día 16 de junio de 2014⁷, que textualmente estipula:

“Primera. Objeto: Mediante el presente compromiso, las partes pactan acudir a un Tribunal de Arbitramento, con el fin de que se resuelvan: (i) Las diferencias surgidas en relación con los temas planteados en la solicitud de conciliación extrajudicial presentada por EPM en contra de TGI, cuyo trámite

⁷ El compromiso se encuentra visible a folios 33 y 34 del cuaderno principal No. 1 de EPM.

se adelantó en la Procuraduría 158 judicial II para Asuntos Administrativos de la ciudad de Bucaramanga, bajo el número de radicación 0103-2013. (ii) Las diferencias que existen entre las partes respecto de la interpretación, ejecución y cumplimiento del contrato ESTF-026-2008, derivadas de la interpretación, aplicación, alcance y efectos que sobre éste habrían tenido las Resoluciones CREG 57 de 1996, CREG 001 de 2000, CREG 125 de 2003, CREG 126 DE 2010, CREG 079 de 2011, CREG 110 de 2011, CREG 121 de 2012 y demás que fueren aplicables en el marco de la Ley 142 de 1994, incluyendo, pero sin limitarse a los efectos y perjuicios económicos, relacionados con las tarifas y el alcance e interpretación de la obligación de aplicación, para las partes y respecto de dicho contrato, del mecanismo de aproximación ordinal previsto en la regulación.

“Parágrafo. En aras del principio de economía procesal, las partes acuerdan que EPM, instaurará una demanda en contra de TGI, que incluirá las pretensiones relativas a las diferencias indicadas en el numeral (i) anterior en relación con el contrato ESTF-026-2008 suscrito por las partes a que se refiere este compromiso. Por su parte, TGI instaurará una demanda de reconvencción que incluya las pretensiones relativas a las diferencias indicadas en el numeral (ii) anterior en relación con el contrato ESTF-026-2008, suscrito entre las partes a que se refiere este compromiso.”

1.3. EL TRÁMITE ARBITRAL

Las actuaciones que se han adelantado en el presente proceso hasta la fecha se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1.- Con fundamento en el compromiso, Isagen S.A. E.S.P. y Empresas Públicas de Medellín E.S.P., presentaron el día 26 de febrero de 2015, de manera individual, ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, la solicitud de

convocatoria de un Tribunal Arbitral para dirimir las diferencias existentes con Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P.

2.- Las partes de común acuerdo, en cada trámite, nombraron como árbitros a los doctores José Orlando Montealegre Escobar, Isaac Alfonso Devis Granados y Juan Carlos Varón Palomino, quienes aceptaron en la debida oportunidad.

3.- El día 18 de junio de 2015 se llevó a cabo la instalación en cada uno de los trámites, en donde se declaró legalmente instalado cada Tribunal y se designó como Presidente al doctor José Orlando Montealegre y como Secretario al doctor Fabricio Mantilla, como consta en el acta No. 1 de fecha 18 de junio de 2015⁸. Por no aceptación del doctor Mantilla, se designó el día 30 de julio de 2015 al doctor Jaime Humberto Tobar Ordoñez como Secretario en cada uno de los trámites, como consta en el acta No. 3⁹, quien tomó posesión del cargo en cada uno de los procesos, el día 28 de agosto de 2015.

4.- En la audiencia de instalación, se fijó como lugar de funcionamiento y sede de la secretaria del Tribunal la Sede Chapinero del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; lugar que fue modificado a partir del 25 de octubre de 2016, en razón del traslado del Centro de Arbitraje y Conciliación a la Sede ubicada en la calle 76 # 11-52, tal y como lo ordenó el Tribunal¹⁰.

5.- Mediante providencia de fecha 18 de junio de 2015, en cada uno de los procesos, el Tribunal se pronunció sobre la admisión de la demanda y por considerar que no reunía los requisitos de ley, procedió a inadmitirla cada una de ellas, concediendo a las respectivas convocantes el término de 5 días para subsanarlas.

6.- Una vez subsanado de manera oportuna el defecto indicado en la inadmisión de las demandas, mediante demandas integradas presentadas el 19 de junio de

⁸ Acta No. 1, visible a folios 119 y ss. del cuaderno principal No. 1 de Isagen y a folio 89 y ss. del cuaderno principal No. 1 de EPM.

⁹ Acta No. 3, visible a folios 174 y ss. del cuaderno principal No. 1 de Isagen y folios 158 y ss. del cuaderno principal No. 1 de EPM.

¹⁰ Acta No. 27 del 6 de octubre de 2016, contentiva del auto No. 37 de esa misma fecha.

2015¹¹, el Tribunal, mediante providencias de fecha 23 de junio de 2015, admitió las demandas y ordenó su notificación y correspondiente traslado a la parte convocada, y ordenó comunicar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público¹².

7.- Una vez resueltos los recursos de reposición formulados contra los autos admisorios, el día 14 de octubre de 2015, dentro de la oportunidad legal, la convocada contestó cada demanda oponiéndose a las pretensiones; formuló objeción al juramento estimatorio, propuso excepciones y pidió pruebas¹³; y por otra parte presentó demandas de reconvencción¹⁴.

8.- El Tribunal, mediante auto No. 5 de fecha 14 de octubre de 2015, contenido en el acta No. 4¹⁵, admitió las demandas de reconvencción y ordenó correr el traslado correspondiente a la respectiva convocante, quien el 28 de enero de 2016, en su oportunidad legal las contestó, oponiéndose a las pretensiones, proponiendo excepciones y pidiendo pruebas¹⁶; contestaciones de las cuales se corrió traslado a la parte convocada, quien descorrió los respectivos traslados¹⁷.

9.- El día 11 de febrero de 2016 se llevó a cabo la audiencia de conciliación para el trámite de ISAGEN, la cual fue declarada fallida, como consta en el acta No. 8¹⁸. En esa misma oportunidad se fijaron los honorarios y gastos del proceso, sumas

¹¹ Demanda de ISAGEN visible a folios 131 y ss. del cuaderno principal No. 1 de ISAGEN y demanda de EPM visible a folios 101 a 115 del cuaderno principal No. 1 de EPM.

¹² Documentos visibles a folios 146 y 147 del cuaderno principal No. 1 de Isagen y en los folios 116 y 117 del cuaderno principal No. 1 de EPM.

¹³ Documentos visibles a folios 190 a 279 del cuaderno principal No. 1 de Isagen y a folios 159 a 257 del cuaderno principal No. 1 de EPM

¹⁴ Documentos visibles a folios 281 a 376 del cuaderno principal No. 1 de Isagen y en los folios 259 a 306 del cuaderno principal No. 1 de EPM.

¹⁵ Acta No. 4, visible a folios 377 a 379 del cuaderno principal No. 1 de Isagen y en los folios 308 a 309 del cuaderno principal No. 1 de EPM

¹⁶ Documentos visibles a folios 1 a 41 del cuaderno principal No.2 de Isagen y en los folios 1 a 26 del cuaderno principal No. 2 de EPM.

¹⁷ Memoriales visibles a folio 163 y ss. del cuaderno principal No. 2 de Isagen y en los folios 103 a 157 del cuaderno principal No. 2 de EPM.

¹⁸ Acta No. 8 visible a folio 168 del cuaderno principal No. 2 de Isagen

que fueron entregadas oportunamente por las partes ISAGEN y TGI al Presidente del Tribunal, en las proporciones que a cada una le correspondía.

10.- El día 11 de febrero de 2016 la apoderada de Transportadora de Gas Internacional reformó la demanda de reconvención contra Empresas Públicas de Medellín¹⁹.

11.- Por petición de las partes, el proceso se suspendió entre el día 16 de febrero y 10 de marzo de 2016.

12.- El día 23 de marzo de 2016, el apoderado de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., en oportunidad legal, procedió a contestar la reforma de la demanda de reconvención²⁰. Por su parte la apoderada de la sociedad Transportadora de Gas Internacional, en la oportunidad legal, describió el traslado de las excepciones formuladas por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.²¹.

13.- Mediante escrito de fecha 8 de abril de 2016, el apoderado de Isagen y de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la apoderada de Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., solicitaron conjuntamente al Tribunal la acumulación de los procesos arbitrales.

14.- El Tribunal de Arbitramento, mediante auto proferido el día 11 de abril de 2016, en atención a la solicitud conjunta de las partes y por reunirse los requisitos de ley, resolvió decretar la acumulación del proceso arbitral de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. al proceso arbitral de Isagen S.A. E.S.P., ambos contra Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., para tramitarlos como un solo proceso.

Así mismo, el Tribunal ordenó continuar con la numeración de las actas siguiendo con las del proceso de Isagen S.A. E.S.P., lo anterior sin perjuicio de tener los

¹⁹ Escrito visible a folios 107 a 157 del cuaderno principal No. 2 de EPM.

²⁰ Escrito visible a folios 191 a 216 del cuaderno principal No. 2 de EPM.

²¹ Escrito visible a los folios 288 a 293 del cuaderno principal No. 2 de EPM.

cuadernos principales y de pruebas del proceso de Empresas Públicas de Medellín, como integrantes del expediente²².

15.- Mediante auto No. 14 del 11 de abril de 2016, se declaró agotada y fracasada la audiencia de conciliación entre Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., y por lo tanto, en esa misma audiencia, mediante auto No.15 del 11 de abril de 2016, se fijaron los honorarios y gastos del proceso, sumas que fueron entregadas oportunamente por las partes Empresas Públicas de Medellín E.S.P., y Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P., al Presidente del Tribunal, en las proporciones que a cada una le correspondía.

16.- El día 19 de mayo de 2016 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite en la cual el Tribunal se declaró competente; contra esta decisión, la parte Convocada interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto en audiencia, no reponiendo la decisión adoptada²³.

17.- Ejecutoriada la providencia por la cual asumió competencia, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes.

18.- Durante el Proceso fueron practicados los testimonios de: Ever Maya Sánchez, (Acta No. 15 del 2 de agosto de 2016); Juan Fernando Vásquez Velásquez (Acta No. 16 del 5 de agosto de 2016); Sonia Rocío Sanabria (Acta No. 19 del 22 de agosto de 2016); Martha Cecilia Jiménez Yepes y Juan Carlos Castro Padilla (Acta No. 20 del 24 de agosto de 2016); Carlos Pablo Márquez (Acta No. 21 del 25 de agosto de 2016); John Freddy Mejía Barrada (Acta No. 22 del 9 de septiembre de 2016); Manuel Maiguashca (Acta No. 25 del 21 de septiembre de 2016); Luis Ignacio Justiniano Betancur Escobar (Acta No. 26 del 5 de octubre de 2016); Jorge Bernardo Jaeckel Kovaes, Ana María Ferreira Miani (Acta No. 27 del 6 de octubre de 2016); Marcela Gómez Clark (Acta No. 35 del 23 de febrero de 2017). Las declaraciones fueron grabadas y de las transcripciones se informó a las partes.

²² Auto No. 13 del 11 de abril de 2016.

²³ Acta No. 12 de fecha 19 de mayo de 2016, visible a folio 217 del cuaderno principal No. 12.

19.- Las Convocantes desistieron de los Testimonios de Liliana María Zapata y Claudia Lucía Castellanos (Acta No. 20 del 24 de agosto de 2016); Ricardo Ramírez y Alberto Rodríguez Hernández (Acta No. 15 del 2 de agosto de 2016) y la Convocada desistió de la práctica del Testimonio de la señora Ángela Cadena (Acta No. 15 del 2 de agosto de 2016).

20.- Fueron librados oficios a Termoemcali, Termovalle, Termodorada, Celsia, y Central Hidroeléctrica de Caldas, los cuales fueron respondidos; salvo el de Termoemcali, del cual la parte convocante desistió (Acta No. 37 del 20 de abril de 2017).

21.- Las experticias aportadas por los apoderados de las partes fueron agregadas al expediente y sobre las mismas se ejerció la correspondiente audiencia de contradicción, el de Jaime Blandón y el de Luis Carlos Valenzuela el 19 de septiembre de 2016 (Acta No. 23); el de Felipe Villegas Gómez y el de David Yanovich Wancier el 20 de septiembre de 2016 (Acta No. 24) y el de Marcela Meléndez el 8 de marzo de 2017 (Acta No. 36).

22.- A solicitud de las partes, se decretó y practicó el dictamen pericial financiero y contable por parte de la señora Marcela Gómez Clark, perito designada por el Tribunal. Este fue rendido el día 5 de agosto de 2016, y las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones que fueron rendidas el día 9 de diciembre de 2016. Así mismo, se llevó a cabo la audiencia de contradicción del dictamen, el día 23 de febrero de 2017 (Acta No.35).

23.- Los apoderados de las partes y el Agente del Ministerio Público manifestaron expresamente en la audiencia llevada a cabo el 23 de febrero de 2017 (Acta No. 35), reiterada en la audiencia llevada a cabo el día 9 de mayo de 2017 (Acta No. 38), que no tenían ninguna objeción con la actuación procesal desplegada por el Tribunal en el trámite arbitral, ni con la duración del proceso, las suspensiones solicitadas y decretadas, la acumulación del proceso y la forma en que las pruebas fueron practicadas y que se encontraban conformes en el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales.

24.- Los apoderados de las partes y el Agente del Ministerio Público manifestaron expresamente en la audiencia llevada a cabo el día 8 de marzo de 2017 (Acta No. 36) que entienden que no existen normas andinas que puedan tener que ver con este proceso y que por ello consideran que no es necesario que el Tribunal Arbitral solicite una interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones - CAN.

25.- El día 20 de abril de 2017 (Acta No. 37) el Tribunal declaró terminada la etapa probatoria y señaló para el día 9 de marzo de 2017 la diligencia de alegatos de conclusión, los cuales fueron expuestos por estos de manera oral, dejando un documento escrito sobre los mismos que se incorporó al expediente (Acta No. 38).

26.- Concluidos los alegatos, el Tribunal señaló el presente día y hora para llevar a cabo la audiencia de fallo.

1.4 LAS DEMANDAS.²⁴

1.4.1 LA DEMANDA DE ISAGEN CONTRA TGI.

(A) Pretensiones.

En su demanda la Convocante ISAGEN presentó las siguientes pretensiones contra TGI:

1. Principales:

“Primera principal: Se declare la nulidad del contrato ESTF-025-2008.

“Segunda Principal: Se ordene a TGI restituir todo valor que con ocasión del contrato ESTF-025- 2008 haya pagado ISAGEN.

“Tercera principal: Se ordene a TGI pagar a ISAGEN, a modo de actualización del valor a presente, intereses bancarios corrientes sobre todas y cada una de las

²⁴ En esta parte del Laudo se conservará la redacción original de las Partes.

sumas que ISAGEN le haya pagado con ocasión del contrato ESTF-025-2008, desde la fecha del pago hasta la fecha en que quede en firme el laudo arbitral.

“Cuarta principal: Se ordene a TGI pagar a ISAGEN, como sanción por mora, intereses bancarios del doble del interés bancario corriente sobre todas las sumas que se ordene pagar en respuesta a las peticiones segunda principal y tercera principal, desde la fecha en que se ordene que se verifique los pagos o reintegros y hasta que efectivamente se haga cada pago o reintegro.

2. Subsidiarias:

“Primera subsidiaria: Se declare que es nulo el número 5.3 de la sección I ESTF del contrato ESTF 025 2008, en el que se consignó que el plazo de ejecución es hasta el 31 de diciembre de 2020.

“Segunda subsidiaria: Se declare que el plazo de ejecución del contrato ESTF 025 2008 es de dos años a partir del 1 de diciembre de 2012.

“Tercera subsidiaria: Se declare que es nulo el párrafo dos de la cláusula 23.3 del contrato ESTF-025-2008, en que se establece que “[e]n caso de terminación anticipada del contrato por causas imputables a cualquiera de las partes, la parte incumplida reconocerá y pagará como única indemnización a la otra parte a título de pena, una suma equivalente al 100% del valor remanente del contrato”.

“Cuarta subsidiaria: Se declare que en caso de terminación anticipada del contrato por causas imputables a cualquiera de las partes, la parte incumplida reconocerá y pagará a la otra el valor de los perjuicios que corresponda.

3. En defecto de las anteriores:

“Primera por defecto: Se declare que se dan las condiciones para la revisión del contrato ESTF-025-2008.

“Segunda por defecto: Como consecuencia de la anterior declaración, el Tribunal proceda a restablecer el equilibrio del contrato, indicando la forma en que ello debe lograrse.

“Tercera por defecto: En caso que no fuere posible proceder como se pide en la petición Segunda por defecto, se ordene la terminación del contrato ESTF-025-2008 y se ordene la liquidación y las restituciones económicas que corresponda, sin tener en cuenta lo previsto en el párrafo dos de la cláusula 23.3 del mencionado contrato”.

(B) Hechos en que se funda la demanda de ISAGEN

Como fundamentos de hecho, indicó:

“Primero.- TGI tenía para 2008 y aún la tiene, posición dominante en el mercado de transporte de gas al interior del país.

La actividad de transporte de gas natural se ejerce por TGI bajo condiciones de monopolio natural y no existen sustitutos para ese servicio.

TGI era para 2008 y sigue siendo, el único operador del servicio de transporte de gas al interior del país.

TGI tenía para 2008 y aún tiene, más de 25% del mercado de transporte de gas natural al centro del país.

TGI era en 2008 y sigue siendo el único transportador de gas para las térmicas a gas en el interior del país.

“Segundo.- TGI tiene por lo menos desde 2008, posición de dominio contractual en los contratos que suscribe con sus usuarios de transporte de gas.

“Tercero.- ISAGEN suscribió con TGI, en 2008, el contrato ESTF-025-2008, con el objeto de prestar el servicio de transporte de gas natural en firme, en su sistema de gasoductos, desde Ballena hasta el punto ubicado en la brida de salida de la

conexión del ramal que conecta la planta Termocentro, cuatro kilómetros al sur de la estación Sebastopol, con el gasoducto troncal de TGI. El contrato inició el 1 de diciembre de 2012.

“Cuarto.- *TGI tenía en 2008, al momento de negociar y firmar el contrato ESTF - 025 -2008, posición de dominio contractual sobre ISAGEN.*

“Quinto.- *En el contrato se incluyeron cláusulas que son abusivas de la posición dominante de TGI en el mercado. Entre otras: (i) El número 5.3 de la sección I ESTF del contrato ESTF 025 2008, en el que se consignó que el plazo de ejecución es hasta el 31 de diciembre de 2020; y (ii) El párrafo dos de la cláusula 23.3 del contrato ESTF-025-2008, en que se establece que “[e]n caso de terminación anticipada del contrato por causas imputables a cualquiera de las partes, la parte incumplida reconocerá y pagará como única indemnización a la otra parte a título de pena, una suma equivalente al 100% del valor remanente del contrato”.*

Esas cláusulas no se ven compensadas para ISAGEN en ninguna otra parte del contrato.

La cláusula de plazo de ejecución del contrato no ha sido autorizada por la CREG.

“Sexto.- *ISAGEN no tenía para el momento de contratar, la posibilidad de no firmar el contrato con TGI. ISAGEN no tenía alternativa distinta de contratar con TGI la capacidad en firme de transporte de gas natural en el trayecto mencionado.*

“En efecto, mediante la resolución CREG 071 de 2006 la Comisión de Regulación de Energía y Gas definió el esquema de Cargo por Confiabilidad, que vendría a reemplazar el Cargo por Capacidad establecido en la resolución CREG 116 de 1996. Dentro del nuevo esquema se encontraba el requerimiento de que las plantas térmicas presentaran dos contratos en firme, uno de transporte y otro de suministro del combustible, con el fin de optar por la asignación del Cargo por Confiabilidad, es decir que para asegurar el Cargo por Confiabilidad era necesario tanto tener un contrato de suministro con un productor de gas, como uno de transporte con el único transportador de gas del interior, TGI.

“Dado este nuevo requerimiento, ISAGEN se vio abocada a contratar transporte en firme con el fin de poder recibir la remuneración por concepto del Cargo por Confiabilidad de Termocentro, contratación que sólo se podía hacer con TGI por ser el único transportador de gas para las plantas de generación térmica a gas en el interior del país, desde el campo de producción de Ballena.

“La reglamentación de la industria del gas obliga a las empresas generadoras de energía termoeléctrica a gas natural a contratar independientemente el transporte y el suministro del combustible. Adicionalmente la misma regulación dificulta coordinar las fechas de inicio contractual del suministro y transporte con las obligaciones del Cargo por Confiabilidad del sector eléctrico, razón por la cual ISAGEN contrató primero el transporte de gas con TGI y posteriormente esperaba contratar el suministro con un productor de gas de la Guajira.

“Séptimo.- *Para la estructuración de las condiciones del contrato con ISAGEN, TGI abusó de su posición de dominio contractual.*

“Durante las tratativas y negociación previas a la firma del contrato, a ISAGEN no le fue posible hacer modificaciones a las condiciones impuestas por TGI.

“Eso se hizo evidente en la etapa de formación del contrato, entre otras circunstancias, cuando (i) TGI se negó a aceptar que en caso de terminación anticipada del contrato la penalidad fuera por el equivalente a un año del valor del contrato, que era lo que se establecía en los contratos de transporte anteriores, suscritos con el transportador; (ii) TGI impuso como condición un plazo mínimo de ejecución al 2020, lo cual quedó impuesto en el número 5 de la Sección I-ESTF del contrato ESTF-025-2008” (iii) ISAGEN le expresó a TGI, la conveniencia de incluir una cláusula de arbitramento y TGI se negó; (iv) TGI no aceptó la propuesta de ISAGEN de que se estableciera un período de prueba equivalente a un mes, con el fin de que se pudiera verificar la capacidad de consumo al inicio del contrato. En otros contratos firmados por ECOGAS, hoy TGI, con ISAGEN existía período de prueba de un mes; (v) TGI forzó a que en la cláusula 11 del contrato ESTF-025-2008 se exigieran garantías bancarias de cumplimiento a ISAGEN y no aceptó la

solicitud de ésta de constituir garantías sobre el cumplimiento de la construcción del gasoducto..

“Octavo.- En las condiciones descritas en los hechos anteriores, ISAGEN solicitó con insistencia y sustentadamente, que la cláusula de terminación anticipada fuera razonable, por ejemplo que se calculara sobre una penalización equivalente al 100% del valor anual del contrato y no del 100% del valor remanente del contrato. En otros contratos, negociados con TGI, si existió esa previsión razonable. Pero, TGI forzó a que en el párrafo dos de la cláusula 23.3 del contrato ESTF-025-2008, que “[e]n caso de terminación anticipada del contrato por causas imputables a cualquiera de las partes, la parte incumplida reconocerá y pagará como única indemnización a la otra parte a título de pena, una suma equivalente al 100% del valor remanente del contrato.”

“Esa cláusula es el resultado de un abuso de posición de dominio contractual.

“Esa cláusula no se ve compensada para ISAGEN en ninguna otra condición del contrato.

“La cláusula no es bilateral, ni sinalagmática. Para TGI es más rentable que ISAGEN no tenga gas para transportar y, por tanto, no tiene ni tendrá incentivo para dar por terminado anticipadamente el contrato.

“Noveno.- La inversión en ampliación del Gasoducto Ballena – Barrancabermeja, ascendió si mucho a US\$ 145 millones. Esa ampliación soporta un número muy plural de contratos a favor de TGI. La valoración de la compensación económica por terminar el contrato ESTF-025-2008, considerando la remuneración de las tarifas de transporte contenidas en el contrato, es de aproximadamente US\$ 266 millones, lo cual dista mucho de ser una compensación por los gastos realizados en una ampliación que, además de ISAGEN, es remunerada por otras empresas que utilizan el gasoducto.

“Décimo.- La ampliación del gasoducto por parte de TGI se soportó técnicamente con la instalación de equipos de compresión por 63,425 HP (Caballos de Fuerza), los cuales se pueden reubicar en otros puntos de la red de gasoductos para realizar

nuevas ampliaciones o adecuaciones por confiabilidad. Esta situación fue uno de los argumentos de ISAGEN para solicitarle a TGI la revisión de la cláusula de terminación anticipada del contrato.

“Proceder en esa forma es lo que sería consistente con la buena fe que se espera de los contratantes.

“De hecho, traslados de ese estilo fueron realizados en el pasado por TGI, para desinstalar capacidad de transporte que no estaba siendo utilizada por la demanda.

“**Décimo primero.**- En 2008, cuando se firmó el contrato, era claro que el gas para la generación térmica, a partir del año 2012, provendría de Venezuela y de nuevos desarrollos de reservas en el Atlántico conforme a las proyecciones de la industria del gas difundidas en el sector energético por Naturas en su documento “Disponibilidad Futura del Gas en Colombia - Balance Probabilístico de Gas Natural 2008 – 2020”. En esas condiciones, se usaría todo el transporte desde ese punto Ballena para abastecer el parque térmico del interior del país. Sin embargo, ello no ocurrió.

“En ese año no se preveía que el negocio térmico pudiera verse racionado de la contratación de gas natural en firme. La disponibilidad de gas natural en el mercado y el orden de prioridades de atención vigentes no permitían prever lo que pasó. Todo indicaba que el gas para la generación térmica a partir del año 2012 provendría de Venezuela o de nuevos desarrollos de reservas en el Atlántico, y que se usaría todo el transporte desde Ballena para abastecer el parque térmico del interior del país.

“En 2011, sin embargo, la realidad fue muy distinta de lo que se preveía en 2008. Por problemas internos en Venezuela, las importaciones anunciadas no se materializaron y tampoco se incorporaron las reservas de gas provenientes de los prospectos en la Costa Atlántica. En 2009 y 2010 hubo desabastecimiento para la industria de gas, aún aquella contratada en firme, y el gobierno respondió en 2011 con la expedición del decreto 2100, en el que se definió que la demanda para generación térmica no era esencial y que el gas de la Guajira se destinaría prioritariamente a otros agentes.

“A partir de 2011 no fue posible que las plantas térmicas del interior del país accedieran al suministro de gas en firme proveniente de Guajira. Evidencia de lo anterior fue la manifestación de la CREG quien en el congreso de ANDESCO del 2011 afirmó que “el balance a partir de 2014 presenta un escenario de exceso de demanda”, es decir, la oferta no era suficiente para atender la demanda.

“A partir de dicho año, adicionalmente, el país había tomado la decisión de atender el mercado de generación eléctrica con combustibles líquidos durante los períodos de escasez de energía hidroeléctrica, olvidando que había contratos de transporte de gas en firme firmados por los generadores térmicos.

“A febrero de 2015, el gas que se tenía previsto importar desde Venezuela en el 2012 no tiene fecha de entrada y, a pesar de que los productores han anunciado que hay expectativas con respecto a nuevos descubrimientos, tampoco se han incorporado nuevas reservas en la Costa Atlántica y, por el contrario, la producción de gas en esta zona del país ha declinado aceleradamente.

“En los últimos años no ha sido posible la contratación firme de gas de largo plazo, en condiciones que sean viables económicamente, con destino a la generación térmica del interior del país, y no se prevé que esta situación cambie en los próximos años.

“Décimo segundo.- *Con posterioridad a la celebración del contrato, se han presentado hechos sobrevinientes, ajenos a la voluntad de las partes, que afectan la ejecución del contrato e imposibilitan o hacen desproporcionadamente gravosa para ISAGEN la ejecución del objeto.*

“Cada una de las siguientes condiciones es independientemente suficiente para producir el antedicho efecto: En adelante no será posible contratar gas para la generación térmica, por razones como: i) la demanda para generación térmica no es esencial;²⁵ ii) no habrá suficiente disponibilidad de gas para toda la demanda,²⁶

²⁵ Artículo 2, Definiciones, Demanda Esencial, y Parágrafo 2, Artículo 5 del Decreto 2100 de 2011

²⁶ El déficit de gas fue indicado en la presentación que hizo la CREG en el Congreso de Andesco en 2011

iii) el esquema de remuneración a través de componentes fijas mayores al 50% del valor del cargo medio que remunera las inversiones y el AOM hace costoso el servicio de transporte de gas;²⁷ iv) los contratos ofrecidos no serán flexibles a las necesidades de las plantas, es decir se ofrecerán contratos que obligan la compra del gas por el 100% de la capacidad contratada, mientras que la planta de Termocentro sólo operaría el 10% del tiempo según los requerimientos energéticos del sistema eléctrico.

“Décimo tercero.- Como lo señala en el documento “Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018”, presentado al Congreso por el Gobierno Nacional, en lo que respecta a la producción de gas natural, la declinación de los campos de la Guajira no se ha visto compensada totalmente por nuevos descubrimientos, lo que ha ocasionado una reducción progresiva de la cantidad disponible. Lo anterior, sumado al crecimiento de la demanda residencial e industrial y a las condiciones particulares de la demanda para generación de energía eléctrica, lleva a que hoy en día la demanda exceda a la oferta en condiciones de baja hidrología, en las que se demandan grandes volúmenes de generación de termoeléctricas. Las reservas de gas natural, que en el año 2010 eran del orden de 5,4 TPC, hoy se mantienen en 5,5 TPC, lo que implica una eventual pérdida de autosuficiencia hacia el año 2017. En los próximos 4 años la producción se reduciría en 50 millones de pies cúbicos por día.

“Décimo cuarto.- El contrato se firmó inicialmente en unas condiciones que representaban para TGI una Tasa Interna de Retorno (TIR) de 8.8%. Esta TIR se ha visto favorecida posteriormente por dos fuentes de cambio externas al contrato: i) cambios regulatorios materializados en los nuevos cargos de transporte de la resolución CREG 121 de 2012 y ii) la escasez de gas para el negocio termoeléctrico.

²⁷ Ello, porque este costo fijo de transporte equivale a 1.81 US\$/kPCD (Pareja 90 -10 Resolución CREG 121 de 2012 y Resolución CREG 126 de 2010), tarifa que representa más del 100% de los ingresos del cargo de Termocentro que son de 1.74 US\$/kPC (en las pruebas documentales se incluye la comunicación enviada por ISAGEN a la CREG en el año 2010 informando de este impacto, los ingresos unitarios de Termocentro se estimaron con un Precio del Cargo por Confiabilidad – PCC de 14.1445 US\$/MWh, vigente para el 2013, y una eficiencia de 8.0906 MWh/MBTU)

“Décimo quinto.- El hecho de mantener el contrato ESTF-025-2008 en las condiciones a que se ha llegado, con posterioridad a la suscripción del mismo, producen un desmesurado desequilibrio a favor de TGI y en contra de ISAGEN”.

1.4.2 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE ISAGEN POR PARTE DE TGI.

La Convocada, al contestar la demanda de ISAGEN, se opuso a todas las pretensiones principales, subsidiarias y por defectos contenidas en la demanda; se pronunció sobre cada uno de los hechos, solicitó pruebas y formuló excepciones de mérito, cuyos fundamentos se expondrán al tratar su posición jurídica en el proceso, excepciones que denominó y numeró de la siguiente forma:

1. Falta de competencia del Tribunal respecto de las pretensiones primera subsidiaria, segunda subsidiaria, cuarta subsidiaria y tercera por defecto.

2. El Tribunal no es competente para conocer de las pretensiones primera principal, primera subsidiaria y tercera subsidiaria, en la medida en que las mismas corresponden a la competencia privativa de la Superintendencia de Industria y Comercio.

3. En el remoto e improbable caso de que el Tribunal se declarase competente para conocer de las pretensiones primera principal, primera subsidiaria y tercera subsidiaria, en cualquier caso se advierte que de conformidad con la Ley 1340 artículo 27, estaría caducada cualquier facultad (incluida la del Tribunal de Arbitramento) de pronunciarse en relación con la existencia de una infracción al régimen de protección de la competencia.

4. En cualquier caso, la facultad de emitir decisiones sobre la nulidad derivada de la existencia de una infracción al régimen de protección de la competencia, está caducada.

5. El Contrato suscrito entre las partes es válido en su integridad, por lo que la nulidad pretendida por la convocante carece de fundamento legal.

6. No existe posición de dominio en el mercado por parte de TGI.

6.1 TGI no tiene posición de dominio en el mercado y por tanto no puede abusar de lo que no tiene.

6.2 En caso de considerar que TGI detenta posición de dominio en el mercado, no puede afirmarse que TGI abusó de la misma, pues el Contrato se celebró por solicitud de ISAGEN y atendiendo las necesidades de capacidad de ésta.

7. No existe posición de dominio contractual por parte de TGI.

7.1 No se puede presumir que hay posición de dominio contractual, pues no se verifica ninguna causal de posición de dominio contractual y por tanto no hay posibilidad de abusar de dicha posición.

7.2 En caso de considerar que existe posición de dominio contractual, no existe abuso de la misma por parte de TGI.

8. ISAGEN desconoce y vulnera el principio legal según el cual el contrato es ley para las partes.

9. Las partes actuaron libre y voluntariamente como profesionales del sector.

10. Las partes que suscribieron el Contrato, esto es ISAGEN y TGI, ostentan una posición de igualdad tanto en el proceso de formación de la voluntad que dio lugar al Contrato como en la ejecución del mismo.

11. La causa jurídicamente hablando del Contrato es la solicitud de mayor capacidad de ISAGEN a TGI, junto con su plazo.

12. En el supuesto, que no compartimos, de una nulidad del Contrato, ISAGEN pasa por alto que al tratarse de un contrato de ejecución sucesiva, no proceden las restituciones mutuas para devolver las cosas al estado en el que se encontraban antes de celebrarse el contrato.

13. No es cierto que las cláusulas 5.3 de la Sección I y 23 de la Sección II del Contrato sean abusivas.

14. La posibilidad de negociación del Contrato, desde el punto de vista de TGI, está enmarcada y limitada por los criterios de regulación, bien sea directa o indirectamente, esto es, que bien sea por norma expresa, las interpretaciones que de las mismas ha hecho la CREG o los efectos de las interpretaciones y políticas regulatorias.

15. Sin perjuicio de la excepción de incompetencia del Tribunal alegada en la primera excepción, la legislación no establece que los contratos deben suscribirse a 2 años, por lo que no existe la alegada nulidad del plazo de ejecución.

16. Sin perjuicio de la excepción de incompetencia del Tribunal alegada en la primera excepción, el plazo de duración del Contrato fue solicitado por ISAGEN y es el resultado del acuerdo de voluntades, y no vulnera regulación o normatividad alguna.

17. Sin perjuicio de la excepción de incompetencia del Tribunal alegada en la primera excepción, el plazo del Contrato contenido en la cláusula 5.3 es

determinante en la estructura financiera del Contrato y no vulnera regulación o normatividad alguna.

18. La sanción contemplada en la cláusula 23 "*Terminación Anticipada*" fue acordada libremente por las partes en beneficio de ambas y es parte de la estructura financiera del Contrato y de desaparecer, permitiría la conducta abusiva de ISAGEN para tener patente de curso para incumplir el Contrato.

19. La sanción establecida en la cláusula 23 del Contrato tiene la naturaleza jurídica de cláusula penal, pactada por las partes para aquellos casos de terminación por los incumplimientos establecidos en la misma, y en consecuencia, a ambas partes les aplican las normas que rigen cláusulas penales.

20. No se dan los elementos para que proceda la revisión del Contrato en los términos del artículo 868 del Código de Comercio.

21. No está acreditado que durante la ejecución contractual se hayan presentado circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles cuyos efectos deban ser soportados por TGI, a la luz de la asignación de riesgos del Contrato.

22. De conformidad con el Contrato, ISAGEN era el responsable de la consecución del Gas para transportar y, por ende, es claro que se le asignó dicho riesgo.

23. La asignación de riesgos en el Contrato está acorde con la legislación y la regulación vigente en la materia.

24. ISAGEN ha actuado de manera contraria a la buena fe.

25. ISAGEN ha actuado de manera contraria a sus propios actos.
26. ISAGEN hace un uso indebido y abusivo de las acciones judiciales al pretender la nulidad de un contrato para evitar honrar sus obligaciones, teniendo en cuenta que la ampliación de transporte se hizo por solicitud de los remitentes y con base en dichas solicitudes TGI dimensionó el proyecto de expansión.
27. La conducta de ISAGEN vulnera el principio de confianza legítima, pues en el esquema de Contract Carriage adoptado en Colombia, los contratos en firme son los que viabilizan las ampliaciones, por lo que pretender la anulación de un contrato para liberarse de las obligaciones del mismo, pone en peligro a todo el sistema de transporte de gas y las inversiones realizadas por TGI por solicitud de ISAGEN.
28. El Honorable Tribunal de Arbitramento no es competente para decidir sobre aspectos cuya definición corresponde al regulador, tales como las prioridades del gas, el cargo por confiabilidad, la separación entre suministro y transporte, entre otros.
29. La forma en que se remuneran las inversiones en el caso del transporte de gas, corresponde a la competencia de la CREG y no puede ser desconocida ni vulnerada por el Honorable Tribunal de Arbitramento.
30. No es cierto que la ampliación del gasoducto para atender las necesidades de ISAGEN sea remunerada por otros remitentes.
31. Excepción genérica.

1.4.3 LA DEMANDA DE EPM CONTRA TGI.

(A) Pretensiones

En su demanda la Convocante EPM presentó las siguientes pretensiones contra TGI:

“1. Principales:

“Primera principal: *Se declare la nulidad del contrato ESTF-026-2008.*

“Segunda Principal: *Se ordene a TGI restituir todo valor que con ocasión del contrato ESTF- 026- 2008 haya pagado EPM.*

“Tercera principal: *Se ordene a TGI pagar a EPM, a modo de actualización del valor a presente, intereses bancarios corrientes sobre todas y cada una de las sumas que EPM le haya pagado con ocasión del contrato ESTF 026 2008, desde la fecha del pago hasta la fecha en que quede en firme el laudo arbitral.*

“Cuarta principal: *Se ordene a TGI pagar a EPM, como sanción por mora, intereses bancarios del doble del interés bancario corriente sobre todas las sumas que se ordene pagar en respuesta a las peticiones segunda principal y tercera principal, desde la fecha en que se ordene que se verifique los pagos o reintegros y hasta que efectivamente se haga cada pago o reintegro.*

“2. Subsidiarias:

“Primera subsidiaria: *Se declare que es nulo el número 5.3 de la sección I ESTF del contrato ESTF- 026-2008, en el que se consignó que el plazo de ejecución es hasta el 31 de diciembre de 2020.*

“Segunda subsidiaria: *Se declare que el plazo de ejecución del contrato ESTF-026-2008 es de dos años a partir del 1 de diciembre de 2012.*

“Tercera subsidiaria: *Se declare que es nulo el párrafo dos de la cláusula 23.3 del contrato ESTF-026-2008, en que se establece que “[e]n caso de terminación*

anticipada del contrato por causas imputables a cualquiera de las partes, la parte incumplida reconocerá y pagará como única indemnización a la otra parte a título de pena, una suma equivalente al 100% del valor remanente del contrato”.

“Cuarta subsidiaria: Se declare que en caso de terminación anticipada del contrato por causas imputables a cualquiera de las partes, la parte incumplida reconocerá y pagará a la otra el valor de los perjuicios que corresponda.

“3. En defecto de las anteriores:

“Primera por defecto: Se declare que se dan las condiciones para la revisión del contrato ESTF-026-2008.

“Segunda por defecto: Como consecuencia de la anterior declaración, el Tribunal proceda a restablecer el equilibrio del contrato, indicando la forma en que ello debe lograrse.

“Tercera por defecto: En caso que no fuere posible proceder como se pide en la petición Segunda por defecto, se ordene la terminación del contrato ESTF-026-2008 y se ordene la liquidación y las restituciones económicas que corresponda, sin tener en cuenta lo previsto en el párrafo dos de la cláusula 23.3 del mencionado contrato”.

(B) Hechos en que se funda la demanda de EPM

Como fundamentos de hecho, indicó:

*“**Primero.-** TGI tenía para 2008 y aún la tiene, posición dominante en el mercado de transporte de gas al interior del país.*

“La actividad de transporte de gas natural se ejerce por TGI bajo condiciones de monopolio natural y no existen sustitutos para ese servicio.

“TGI era para 2008 y sigue siendo, el único operador del servicio de transporte de gas al interior del país.

“TGI tenía para 2008 y aún tiene, más de 25% del mercado de transporte de gas natural al centro del país.

“TGI era en 2008 y sigue siendo el único transportador de gas para las térmicas a gas en el interior del país.

“Segundo.- *TGI tiene por lo menos desde 2008, posición de dominio contractual en los contratos que suscribe con sus usuarios de transporte de gas.*

“Tercero.- *EPM suscribió con TGI, en 2008, el contrato ESTF-026-2008, con el objeto de prestar el servicio de transporte de gas natural en firme, en su sistema de gasoductos, desde Ballena hasta el punto ubicado en la brida de salida de la conexión del ramal que conecta la planta Termosierra, cuatro kilómetros al sur de la estación Sebastopol, con el gasoducto troncal de TGI.: El Contrato de transporte en la ruta Ballena-Nare inició el 1 de diciembre de 2012. Ver Anexo IV del contrato*

“Cuarto.- *TGI tenía en 2008, al momento de negociar y firmar el contrato ESTF-026-2008, posición de dominio contractual sobre EPM.*

“Quinto.- *En el contrato se incluyeron cláusulas que son abusivas de la posición dominante de TGI en el mercado. Entre otras: (i) El número 5.3 de la sección I ESTF del contrato ESTF-026-2008, en el que se consignó que el plazo de ejecución es hasta el 31 de diciembre de 2020; (ii) El párrafo dos de la cláusula 23.3 del contrato ESTF-026-2008, en que se establece que “[e]n caso de terminación anticipada del contrato por causas imputables a cualquiera de las partes, la parte incumplida*

reconocerá y pagará como única indemnización a la otra parte a título de pena, una suma equivalente al 100% del valor remanente del contrato”.

“Esas cláusulas no se ven compensadas para EPM en ninguna otra parte del contrato.

“La cláusula de plazo de ejecución del contrato no ha sido autorizada por la CREG.

“Sexto.-*EPM no tenía para el momento de contratar, la posibilidad de no firmar el contrato con TGI. EPM no tenía alternativa distinta de contratar con TGI la capacidad en firme de transporte de gas natural en el trayecto mencionado.*

“En efecto, mediante la resolución CREG 071 de 2006 la Comisión de Regulación de Energía y Gas definió el esquema de Cargo por Confiabilidad, que vendría a reemplazar el Cargo por Capacidad establecido en la resolución CREG 116 de 1996. Dentro del nuevo esquema se encontraba el requerimiento de que las plantas térmicas presentaran dos contratos en firme, uno de transporte y otro de suministro del combustible, con el fin de optar por la asignación del Cargo por Confiabilidad, es decir que para asegurar el Cargo por Confiabilidad era necesario tanto tener un contrato de suministro con un productor de gas, como uno de transporte con el único transportador de gas del interior, TGI.

“Dado este nuevo requerimiento, EPM se vio abocada a contratar transporte en firme con el fin de poder recibir la remuneración por concepto del Cargo por Confiabilidad de Termosierra, contratación que sólo se podía hacer con TGI por ser el único transportador de gas para las plantas de generación térmica a gas en el interior del país, desde el campo de producción de Ballena.

“La reglamentación de la industria del gas obliga a las empresas generadoras de energía termoeléctrica a gas natural a contratar independientemente el transporte y el suministro del combustible. Adicionalmente la misma regulación dificulta coordinar las fechas de inicio contractual del suministro y transporte con las obligaciones del Cargo por Confiabilidad del sector eléctrico, razón por la cual EPM

contrató primero el transporte de gas con TGI y posteriormente esperaba contratar el suministro con un productor de gas de la Guajira.

*“**Séptimo.**-Para la estructuración de las condiciones del contrato con EPM, TGI abusó de su posición de dominio contractual.*

“Durante las tratativas y negociación previas a la firma del contrato, a EPM no le fue posible hacer modificaciones a las condiciones impuestas por TGI.

*“Eso se hizo evidente en la etapa de formación del contrato, entre otras circunstancias, cuando (i) TGI se negó a aceptar que en caso de terminación anticipada del contrato la penalidad fuera por el equivalente a un año del valor del contrato, que era lo que se establecía en los contratos de transporte anteriores, suscritos con el transportador. Para sustentar su negativa, TGI manifestó que **“es política de TGI incluir dicha penalización (de 100% del remanente del contrato) en todos los contratos de transporte de gas en firme que se suscriban”**; (ii) TGI impuso como condición un plazo mínimo de ejecución al 2020, lo cual quedó impuesto en el número 5 de la Sección I-ESTF del contrato ESTF-026 2008”*

*“**Octavo.**-En las condiciones descritas en los hechos anteriores, EPM solicitó con insistencia y sustentadamente, que la cláusula de terminación anticipada fuera razonable, por ejemplo que se calculara sobre una penalización equivalente al 100% del valor anual del contrato y no del 100% del valor remanente del contrato. En otros contratos, negociados con TGI, si existió esa previsión razonable. Pero, TGI forzó a que en el párrafo dos de la cláusula 23.3 del contrato ESTF-026-2008, que “[e]n caso de terminación anticipada del contrato por causas imputables a cualquiera de las partes, la parte incumplida reconocerá y pagará como única indemnización a la otra parte a título de pena, una suma equivalente al 100% del valor remanente del contrato.”*

“Esa cláusula es el resultado de un abuso de posición de dominio contractual.

“Esa cláusula no se ve compensada para EPM en ninguna otra condición del contrato.

“La cláusula no es bilateral, ni sinalagmática. Para TGI es más rentable que EPM no tenga gas para transportar y, por tanto, no tiene ni tendrá incentivo para dar por terminado anticipadamente el contrato.

“Noveno.-*La inversión en ampliación del Gasoducto Ballena – Barrancabermeja, ascendió si mucho a US\$ 145 millones. Esa ampliación soporta un número muy plural de contratos a favor de TGI. La valoración de la compensación económica por terminar el contrato ESTF-026-2008, considerando la remuneración de las tarifas de transporte contenidas en el contrato, es de aproximadamente US\$ 185 millones, lo cual dista mucho de ser una compensación por los gastos realizados en una ampliación que, además de EPM, es remunerada por otras empresas.*

“Décimo.- *La ampliación del gasoducto por parte de TGI se soportó técnicamente con la instalación de equipos de compresión por 63,425 HP (Caballos de Fuerza), los cuales se pueden reubicar en otros puntos de la red de gasoductos para realizar nuevas ampliaciones o adecuaciones por confiabilidad.*

“Proceder en esa forma es lo que sería consistente con la buena fe que se espera de los contratantes.

“De hecho, traslados de ese estilo fueron realizadas en el pasado por TGI, para desinstalar capacidad de transporte que no estaba siendo utilizada por la demanda.

“Décimo primero.- *En 2008, cuando se firmó el contrato, era claro que el gas para la generación térmica, a partir del año 2012, provendría de Venezuela y de nuevos desarrollos de reservas en el Atlántico conforme a las proyecciones de la industria del gas difundidas en el sector energético por Naturas en su documento “Disponibilidad Futura del Gas en Colombia - Balance Probabilístico de Gas Natural*

2008 – 2020”. En esas condiciones, se usaría todo el transporte desde ese punto Ballena para abastecer el parque térmico del interior del país. Sin embargo, ello no ocurrió.

“En ese año no se preveía que el negocio térmico pudiera verse racionado de la contratación de gas natural en firme. La disponibilidad de gas natural en el mercado y el orden de prioridades de atención vigentes no permitían prever lo que pasó. Todo indicaba que el gas para la generación térmica a partir del año 2012 provendría de Venezuela o de nuevos desarrollos de reservas en el Atlántico, y que se usaría todo el transporte desde Ballena para abastecer el parque térmico del interior del país.

“En 2011, sin embargo, la realidad fue muy distinta de lo que se preveía en 2008. Por problemas internos en Venezuela, las importaciones anunciadas no se materializaron y tampoco se incorporaron las reservas de gas provenientes de los prospectos en la Costa Atlántica. En 2009 y 2010 hubo desabastecimiento para la industria de gas, aún aquella contratada en firme, y el gobierno respondió en 2011 con la expedición del decreto 2100, en el que se definió que la demanda para generación térmica no era esencial y que el gas de la Guajira se destinaría prioritariamente a otros agentes.

“A partir de 2011 no fue posible que las plantas térmicas del interior del país accedieran al suministro de gas en firme proveniente de Guajira. Evidencia de lo anterior fue la manifestación de la CREG quien en el congreso de ANDESCO del 2011 afirmó que “el balance a partir de 2014 presenta un escenario de exceso de demanda”, es decir, la oferta no era suficiente para atender la demanda.

“A partir de dicho año, adicionalmente, el país había tomado la decisión de atender el mercado de generación eléctrica con combustibles líquidos durante los períodos de escasez de energía hidroeléctrica, olvidando que había contratos de transporte de gas en firme firmados por los generadores térmicos.

“A febrero de 2015, el gas que se tenía previsto importar desde Venezuela en el 2012 no tiene fecha de entrada y, a pesar de que los productores han anunciado que hay expectativas con respecto a nuevos descubrimientos, tampoco se han

incorporado nuevas reservas en la Costa Atlántica y por el contrario, la producción de gas en esta zona del país ha declinado aceleradamente.

“En los últimos años no ha sido posible la contratación firme de gas de largo plazo, en condiciones que sean viables económicamente, con destino a la generación térmica del interior del país, y no se prevé que esta situación cambie en los próximos años.

“Décimo segundo.- *Con posterioridad a la celebración del contrato, se han presentado hechos sobrevinientes, ajenos a la voluntad de las partes, que afectan la ejecución del contrato e imposibilitan o hacen desproporcionadamente gravosa para EPM la ejecución del objeto.*

“Cada una de las siguientes condiciones es independientemente suficiente para producir el antedicho efecto: En adelante no será posible contratar gas para la generación térmica, por razones como: i) la demanda para generación térmica no es esencial;²⁸ ii) no habrá suficiente disponibilidad de gas para toda la demanda,²⁹ iii) el esquema de remuneración a través de componentes fijas mayores al 50% del valor del cargo medio que remunera las inversiones y el AOM hace costoso el servicio de transporte de gas;³⁰ iv) los contratos ofrecidos no serán flexibles a las necesidades de las plantas, es decir se ofrecerán contratos que obligan la compra del gas por el 100% de la capacidad contratada, mientras que la planta de Termosierra sólo operaría el 6% del tiempo según los requerimientos energéticos del sistema eléctrico.

²⁸ Artículo 2, Definiciones, Demanda Esencial, y Parágrafo 2, Artículo 5 del Decreto 2100 de 2011.

²⁹ El déficit de gas fue indicado en la presentación que hizo la CREG en el Congreso de Andesco en 2011.

³⁰ Ello, porque este costo fijo de transporte equivale a 1.81 US\$/kPC (Pareja 90 -10 Resolución CREG 121 de 2012 y Resolución CREG 126 de 2010), tarifa que representa el 89% de los ingresos del cargo por confiabilidad de Termosierra que por cada unidad de gas recibiría 2.03 US\$/kPC (en las pruebas documentales se incluye la comunicación enviada por EPM a la CREG en el año 2010 informando de este impacto), los ingresos unitarios de Termosierra se estimaron con un Precio del Cargo por Confiabilidad – PCC de 14.1445 US\$/MWh, vigente para el 2012, y una eficiencia de 6.9610 MBTU/MWh.

“Décimo tercero.- Como lo señala en el documento “Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018”, presentado al Congreso por el Gobierno Nacional, en lo que respecta a la producción de gas natural, la declinación de los campos de la Guajira no se ha visto compensada totalmente por nuevos descubrimientos, lo que ha ocasionado una reducción progresiva de la cantidad disponible. Lo anterior, sumado al crecimiento de la demanda residencial e industrial y a las condiciones particulares de la demanda para generación de energía eléctrica, lleva a que hoy en día la demanda exceda a la oferta en condiciones de baja hidrología, en las que se demandan grandes volúmenes de generación de termoeléctricas. Las reservas de gas natural, que en el año 2010 eran del orden de 5,4 TPC, hoy se mantienen en 5,5 TPC, lo que implica una eventual pérdida de autosuficiencia hacia el año 2017. En los próximos 4 años la producción se reduciría en 50 millones de pies cúbicos por día.

“Décimo cuarto.- El contrato se firmó inicialmente en unas condiciones que representaban para TGI una Tasa Interna de Retorno (TIR) de 8.8%. Esta TIR se ha visto favorecida posteriormente por dos fuentes de cambio externas al contrato: i) cambios regulatorios materializados en los nuevos cargos de transporte de la resolución CREG 121 de 2012 y ii) la escasez de gas para el negocio termoeléctrico.

“Décimo quinto.-El hecho de mantener el contrato ESTF-026-2008 en las condiciones a que se ha llegado, con posterioridad a la suscripción del mismo, producen un desmesurado desequilibrio a favor de TGI y en contra de EPM.

1.4.4 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE EPM POR PARTE DE TGI.

La Convocada, al contestar la demanda de EPM, se opuso a todas las pretensiones principales, subsidiarias y por defecto contenidas en la demanda; se pronunció sobre cada uno de los hechos, solicitó pruebas y formuló excepciones de mérito, cuyos fundamentos se expondrán a espacio al tratar su posición jurídica en el proceso, excepciones que denominó y numeró de la misma manera que lo hizo al contestar la demanda de ISAGEN, que ya se mencionó, referidas por supuesto a EPM.

1.4.5 LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE TGI CONTRA ISAGEN.

(A) Pretensiones

En se demanda de reconvencción la Convocada y demandante en reconvencción TGI presentó las siguientes pretensiones contra ISAGEN:

“1. PRETENSIONES RELATIVAS AL CONTRATO ESTF-025-2009

“1.1. Pretensiones Declarativas relativas a la Pareja de Cargos

1. *“Pretensión Primera:* *Que se declare que el Contrato ESTF-025-2008 suscrito entre TGI e ISAGEN, es válido y vincula a las partes.*

2. *“Pretensión Segunda:* *Que se declare que el numeral 13 del capítulo II del Contrato ESTF-025-2008, “Condiciones Particulares”, intitulado “Ajuste Regulatorio”, constituye una cláusula de ajuste regulatorio en los siguientes términos: “13. Ajuste Regulatorio. Tanto las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces, por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las Partes”, lo que implica que dicho contrato está sujeto a las normas*

que expida la CREG, de manera que podrá ser modificado por ésta en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las partes.

3. “Pretensión Tercera: Que se declare que, de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, “Los cargos imputables a la prestación del servicio objeto de este contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la sección I ESTF y en el numeral 2 del capítulo IV y estarán sujetos a partir de las modificaciones que establezca la comisión de regulación de energía y gas CGREG.”

4. “Pretensión Cuarta: Que se declare que, de conformidad con lo previsto en el párrafo del numeral 6 del Capítulo II del Contrato, “En el momento en que la comisión de regulación de energía y gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecidos en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato”.

5. “Pretensión Quinta: Que se declare que, en virtud de las declaraciones tercera y cuarta anteriores, las partes del Contrato están obligadas a ajustar la pareja de cargos pactada en el mismo, cuando así lo determine la CREG.

6. “Pretensión Sexta: Que, con base en las declaraciones anteriores, se declare que las opciones para la determinación de los cargos que remuneran la 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 ESTF-025-2008 y de obligatorio cumplimiento para las partes.

7. “Pretensión Séptima: Que se declare que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, en el momento en que la CREG modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el Contrato ESTF-025-2008, tal como lo establece el referido numeral 6 del Capítulo II.

8. “Pretensión Octava: Que se declare que, de conformidad con el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, las fórmulas tarifarias aplicables al Contrato ESTF-025-2008 tendrán una vigencia de cinco (5) años, en los términos y condiciones del artículo 126 de la Ley 142 de 1994 ya citado.

9. “Pretensión Novena: Que se declare que ISAGEN incumplió la obligación contenida en: (i) el numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-026-2008; 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, modificado por la Resolución 079 de 2011, para determinar la pareja de cargos que se aplicaría al Contrato ESTF-025-2008, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012.

10. “Pretensión Décima: Que se declare que en la ejecución del Contrato ESTF-025-2008 no se logró un acuerdo entre el remitente (ISAGEN) y el transportador (TGI), para la determinación de la pareja de cargos que remunera 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.

11. “Pretensión Décima Primera: Que se declare que el día 1 de abril de 2013 ISAGEN 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, el cual tiene como propósito la determinación de la pareja de cargos que remunera la inversión para el nuevo periodo tarifario, ante la ausencia de acuerdo entre las partes sobre la misma.

12. “Pretensión Décima Segunda: Que se declare que, en virtud de que el mecanismo de Aproximación Ordinal no puede llevarse a cabo sino con la presencia de las dos partes, la negativa de una de ellas, en este caso, ISAGEN, a concurrir al citado mecanismo, constituye una conducta abusiva, y una obstrucción indebida e

insalvable para su aplicación y un incumplimiento de la regulación y del Contrato, que afecta los derechos de su contraparte contractual, pues le impide hacer uso del mecanismo técnico de solución de diferencias que la regulación creó precisamente para estos efectos.

13. “Pretensión Décima Tercera: *Que se declare que ISAGEN actuó de manera contraria a la buena fe, pues pese a haber reconocido la existencia de la obligación contenida en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-025-2008, posteriormente incumplió dicha obligación, al negarse a aplicar las opciones para la determinación de la pareja de cargos establecidas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.*

14. “Pretensión Décima Cuarta: *Que se declare que ISAGEN actuó de manera contraria a sus actos propios, pues pese a haber reconocido la existencia de la obligación contenida en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-025-2008, posteriormente incumplió dicha obligación, al negarse a aplicar las opciones para la determinación de la pareja de cargos establecidas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.*

15. “Pretensión Décima Quinta: *Que se declare que ISAGEN 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 ESTF-025-2008.*

16. “Pretensión Décima Sexta: *Que se declare que de los valores que resulte obligada a pagar ISAGEN a TGI a partir del mecanismo de aproximación ordinal, se*

descontaran las cantidades ya pagadas por ISAGEN hasta el momento en que se profiera el laudo arbitral.

16.1. Pretensiones Condenatorias relativas a la pareja de cargos:

“Pretensión Décima Séptima: Que se ordene a ISAGEN 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 Octava: Que se condene a ISAGEN 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 ISAGEN hasta la fecha del laudo arbitral.

“Pretensión Décima Novena: Que se condene a ISAGEN 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 ISAGEN 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 ISAGEN.

“Primera Pretensión Subsidiaria a la Décima Novena: Que se condene a ISAGEN al pago de intereses bancario remuneratorio autorizado por la Superintendencia Financiera más el correspondiente ajuste por inflación a través del IPC, sobre todas las sumas a las que se refiere la pretensión décima octava, los cuales deberán reconocerse mes a mes desde el 1 de abril de 2013, fecha en la cual ISAGEN 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 ISAGEN.

“Segunda Pretensión Subsidiaria a la Décima Novena: *Que se condene a ISAGEN al pago de: (i) el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas resultantes de la pretensión décima octava, a partir del el 1 de abril de 2013, fecha en la cual la demandada en reconvención 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; y (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 ISAGEN.*

“Tercera Pretensión Subsidiaria a la Décima Novena: *Que se condene a ISAGEN al pago de intereses a la tasa que el Tribunal Arbitral determine, los cuales deberán reconocerse mes a mes desde el 1 de abril de 2013, fecha en la cual ISAGEN 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 ISAGEN.*

“Cuarta Pretensión Subsidiaria a la Décima Novena: *Que se condene a ISAGEN al pago de : (i) el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas resultantes de la pretensión décima octava, a partir del el 1 de abril de 2013, fecha en la cual la demandada en reconvención 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 ISAGEN.*

“Quinta Pretensión Subsidiaria a la Décima Octava: *Que se condene a ISAGEN al pago del valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas*

resultantes de la pretensión décima octava, a partir del 1 de abril de 2013, fecha en la cual la demandada en reconvención 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 ISAGEN.

16.2. Pretensiones Condenatorias relativas a las costas

“Pretensión Vigésima: Que se condene a ISAGEN a pagar las costas y agencias en derecho que se generen como consecuencia de este proceso.

17. PRETENSIONES RELATIVAS AL CONTRATO ESTF 08-2009

17.1. Pretensiones Declarativas:

“Pretensión Primera: Que se declare que el Contrato ESTF-08-2009 suscrito entre TGI y EPM, es válido y vincula a las partes.

“Pretensión Segunda: Que se declare que el numeral 13 del capítulo II del Contrato ESTF-008-2009, “Condiciones Particulares”, intitulado “Ajuste Regulatorio”, constituye una cláusula de ajuste regulatorio en los siguientes términos: “13. Ajuste Regulatorio. Tanto las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces, por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las Partes”, lo que implica que dicho contrato está sujeto a las normas que expida la CREG, de manera que podrá ser modificado por ésta en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las partes.

“Pretensión Tercera: Que se declare que, de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, “Los cargos imputables a la prestación del servicio objeto de este contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la sección I ESTF y en el numeral 2 del capítulo IV y estarán sujetos a partir de las modificaciones que establezca la comisión de regulación de energía y gas CGREG.”

“Pretensión Cuarta: Que se declare que, de conformidad con lo previsto en el párrafo del numeral 6 del Capítulo II del Contrato, “En el momento en que la comisión de regulación de energía y gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecidos en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato”.

“Pretensión Quinta: Que se declare que, en virtud de las declaraciones tercera y cuarta anteriores, las partes del contrato están obligadas a ajustar la pareja de cargos pactada en el mismo, cuando así lo determine la CREG.

“Pretensión Sexta: Que, con base en las declaraciones anteriores, se declare que las opciones para la determinación de los cargos que remuneran la 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 ESTF-008-2009 y de obligatorio cumplimiento para las partes.

“Pretensión Séptima: Que se declare que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, en el momento en que la CREG modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, se

deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el Contrato ESTF-008-2009, tal como lo establece el referido numeral 6 del Capítulo II.

“Pretensión Octava: *Que se declare que, de conformidad con el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, las fórmulas tarifarias aplicables al Contrato ESTF-026-2008 tendrán una vigencia de cinco (5) años, en los términos y condiciones del artículo 126 de la Ley 142 de 1994 ya citado.*

“Pretensión Novena: *Que se declare que ISAGEN incumplió la obligación contenida en: (i) el numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-08-2009; 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 ESTF-08-2009, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012.*

“Pretensión Décima: *Que se declare que en la ejecución del Contrato ESTF-08-2009 no se logró un acuerdo entre el remitente (ISAGEN) 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 Décima Primera: *Que se declare que el día 1 de abril de 2013 ISAGEN 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, el cual tiene como propósito la*

determinación de la pareja de cargos que remunera la inversión para el nuevo periodo tarifario, ante la ausencia de acuerdo entre las partes sobre la misma.

“Pretensión Décima Segunda: *Que se declare que, en virtud de que el mecanismo de Aproximación Ordinal no puede llevarse a cabo sino con la presencia de las dos partes, la negativa de una de ellas, en este caso, EPM, a concurrir al citado mecanismo, constituye una conducta abusiva, y una obstrucción indebida e insalvable para su aplicación y un incumplimiento de la regulación y del Contrato, que afecta los derechos de su contraparte contractual, pues le impide hacer uso del mecanismo técnico de solución de diferencias que la regulación creó precisamente para estos efectos.*

“Pretensión Décima Tercera: *Que se declare que ISAGEN actuó de manera contraria a la buena fe, pues pese a haber reconocido la existencia de la obligación contenida en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-008-2009, posteriormente incumplió dicha obligación, al negarse a aplicar las opciones para la determinación de la pareja de cargos establecidas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.*

“Pretensión Décima Cuarta: *Que se declare que ISAGEN actuó de manera contraria a sus actos propios, pues pese a haber reconocido la existencia de la obligación contenida en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-008-2009, posteriormente incumplió dicha obligación, al negarse a aplicar las opciones para la determinación de la pareja de cargos establecidas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.*

“Pretensión Décima Quinta: *Que se declare que ISAGEN 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 ESTF-008-2009.

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

17.2. Pretensiones Condenatorias:

“Pretensión Décima Primera: Que se ordene a ISAGEN 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 Cuarta: Que se condene a ISAGEN a pagar las costas y agencias en derecho que se generen como consecuencia de este proceso.

18. PRETENSIONES RELATIVAS AL CONTRATO ESTF-07-2005

18.1. Pretensiones Declarativas

“Pretensión Primera: Que se declare que el Contrato ESTF-07-2005 suscrito entre TGI e ISAGEN, es válido y vincula a las partes.

“Pretensión Segunda: Que se declare que el numeral 13 del capítulo II del Contrato ESTF-007-2005, “Condiciones Particulares”, intitulado “Ajuste Regulatorio”, constituye una cláusula de ajuste regulatorio en los siguientes términos: “13. Ajuste Regulatorio. Tanto las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces, por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las Partes”, lo que implica que dicho contrato está sujeto a las normas que expida la CREG, de manera que podrá ser modificado por ésta en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las partes.

“Pretensión Tercera: 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 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-07-2005, los cargos de transporte aplicables para dicho Contrato, están sujetos a las modificaciones que periódicamente introduzca la CREG en materia tarifaria.

“Pretensión Cuarta: Que se declare que, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del Capítulo II del Contrato, según el cual “Los cargos imputables a la prestación del servicio objeto de este contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la sección I – ESTF y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que establezca la comisión”, y el numeral 13 del Capítulo II del Contrato, según el cual “Tanto las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces, por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las Partes”, 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, en virtud de las declaraciones tercera y cuarta anteriores, las partes del contrato están obligadas a ajustar la pareja de cargos pactada en el mismo, cuando así lo determine la CREG.*

“Pretensión Sexta: *Que, con base en las declaraciones anteriores, se declare que las opciones para la determinación de los cargos que remuneran la 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 ESTF-007-2005 y de obligatorio cumplimiento para las partes.*

“Pretensión Séptima: *Que se declare que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, en el momento en que la CREG modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el Contrato ESTF-007-2005, tal como lo establece el referido numeral 6 del Capítulo II.*

“Pretensión Octava: *Que se declare que, de conformidad con el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, las fórmulas tarifarias aplicables al Contrato ESTF-007-2005 tendrán una vigencia de cinco (5) años, en los términos y condiciones del artículo 126 de la Ley 142 de 1994 ya citado.*

“Pretensión Novena: *Que se declare que ISAGEN incumplió la obligación contenida en (i) el numeral 13 del Capítulo II del Contrato ESTF-07-2005; 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 ESTF-07-2005, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012.

“Pretensión Décima: *Que se declare que en la ejecución del Contrato ESTF-007-2005 no se logró un acuerdo entre el remitente (ISAGEN) 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, ante la ausencia de acuerdo entre las partes sobre la misma.*

“Pretensión Décima Primera: *Que se declare que ISAGEN 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 la pareja de cargos que remunera la inversión para el nuevo periodo tarifario, ante la ausencia de acuerdo entre las partes sobre la misma.*

“Pretensión Décima Segunda: *Que se declare que, en virtud de que el mecanismo de Aproximación Ordinal no puede llevarse a cabo sino con la presencia de las dos partes, la negativa de una de ellas, en este caso, ISAGEN, a concurrir al citado mecanismo, constituye una conducta abusiva, y una obstrucción indebida e insalvable para su aplicación y un incumplimiento de la regulación y del Contrato, que afecta los derechos de su contraparte contractual, pues le impide hacer uso del mecanismo técnico de solución de diferencias que la regulación creó precisamente para estos efectos.*

“Pretensión Décima Tercera: Que se declare que ISAGEN actuó de manera contraria a la buena fe al negarse a aplicar las opciones para la determinación de la pareja de cargos establecidas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.

“Pretensión Décima Cuarta: Que se declare que ISAGEN actuó de manera contraria a sus actos propios, pues pese a haber reconocido la existencia de la obligación de modificar la pareja de cargos, posteriormente incumplió dicha obligación, al negarse a aplicar las opciones para la determinación de la pareja de cargos establecidas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.

“Pretensión Décima Quinta: Que se declare que ISAGEN 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 ESTF-007-2005.

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

2.1. Pretensiones Condenatorias:

“Pretensión Décima Séptima: Que se ordene a ISAGEN 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 Octava: Que se condene a ISAGEN 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 ISAGEN hasta la fecha del laudo arbitral.

“Pretensión Décima Novena: Que se condene a ISAGEN 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 ISAGEN 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 ISAGEN.

“Primera Pretensión Subsidiaria a la Décima Novena: Que se condene a ISAGEN al pago de intereses bancario remuneratorio autorizado por la Superintendencia Financiera más el correspondiente ajuste por inflación a través del IPC, sobre todas las sumas a las que se refiere la pretensión décima octava, los cuales deberán reconocerse mes a mes desde el 1 de abril de 2013, fecha en la

cual ISAGEN 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 ISAGEN.

“Segunda Pretensión Subsidiaria a la Décima Novena: *Que se condene a ISAGEN al pago de: (i) el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas resultantes de la pretensión décima octava, a partir del el 1 de abril de 2013, fecha en la cual la demandada en reconvención 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; y (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 ISAGEN.*

“Tercera Pretensión Subsidiaria a la Décima Novena: *Que se condene a ISAGEN al pago de intereses a la tasa que el Tribunal Arbitral determine, los cuales deberán reconocerse mes a mes desde el 1 de abril de 2013, fecha en la cual ISAGEN 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 ISAGEN.*

“Cuarta Pretensión Subsidiaria a la Décima Novena: *Que se condene a ISAGEN al pago de : (i) el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas resultantes de la pretensión décima octava, a partir del el 1 de abril de 2013, fecha en la cual la demandada en reconvención 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 ISAGEN.

“Quinta Pretensión Subsidiaria a la Décima Novena: *Que se condene a ISAGEN al pago del valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas resultantes de la pretensión décima octava, a partir del 1 de abril de 2013, fecha en la cual la demandada en reconvención 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 ISAGEN.*

1.1. Pretensiones Condenatorias relativas a las costas

Pretensión Vigésima: *Que se condene a ISAGEN a pagar las costas y agencias en derecho que se generen como consecuencia de este proceso.*

(B) Hechos en que se funda la Demanda de reconvención de TGI contra ISAGEN

Como fundamentos de hecho, indicó:

“HECHOS RELATIVOS AL CONTRATO ESTF-025-2008.

A. Hechos previos a la celebración del Contrato

“1. Mediante comunicación 17141927 de 17 de octubre de 2007, ISAGEN manifestó a TGI su interés en contratar el servicio de transporte en firme desde Ballena hasta Vasconia Sebastopol. Pese a que en dicha comunicación ISAGEN no mencionó el plazo estimado requerido de transporte, se evidencia que ISAGEN era

consciente de la necesidad de que el Contrato de transporte fuera a largo plazo para asegurar sus ingresos fijos al transportador por dicho periodo:

“Atentamente nos permitimos presentar el resumen de las propuestas y solicitudes desarrollados alrededor de los aspectos comerciales y mejoras que adelanta TGI al Boletín Electrónico –BEO, que surgieron en el desarrollo de la reunión del miércoles 4 de septiembre de 2007, celebrada en las oficinas de TGI en Bucaramanga.

“1. Ampliación gasoducto Ballena – Barrancabermeja

El proyecto de ampliación que promueve ECOPETROL y TGI es importante para asegurar el abastecimiento de gas en el interior. Para la viabilidad del proyecto se requiere contratos en firme que aseguren ingresos fijos al transportador durante un periodo mayor a 15 años. El esquema normativo para la asignación de capacidad de suministro de los productores, en situaciones donde las solicitudes de suministro son mayores a la disponibilidad del recurso, no garantiza que un remitente pueda obtener el suministro de gas natural para comprometerse con un contrato de largo plazo.

*Teniendo en cuenta la información anterior, **ISAGEN está interesada en adquirir capacidad en firme de transporte proveniente del proyecto de ampliación entre Ballena Barrancabermeja por una cantidad de 53,000 Kpcd,** en la medida que algún productor o importador de gas pueda garantizar el suministro del gas para un periodo de contratación mayor a 15 años. En este sentido confirmamos que tenemos una propuesta de ECOPETROL donde nos podría garantizar el suministro en Ballena hasta el 1 de febrero de 2012 por 48.000 MBTUD.”*

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“2. En el marco de un proceso de expansión emprendido por TGI, mediante comunicación 680 -11584 radicada en TGI el 30 de junio de 2015, ISAGEN formalizó

la solicitud de capacidad de transporte en firme, indicando las cantidades requeridas para cada mercado, así como las parejas de cargos propuestas; veamos:

“Respetado Doctor Pineda:

Dando alcance a nuestra solicitud contenida en la comunicación 17141927 del 17 de octubre de 2007, procederemos a reiterar nuestro interés para una solicitud de transporte en firme entre el nodo de entrada Ballena y el punto de conexión de Termocentro en el gasoducto Sebastopol Vasconia.

La destinación primaria para este servicio será la generación de electricidad, sin embargo, eventualmente se realizarían operaciones de desvío para atender clientes no regulados dentro de nuestras actividades como comercializador de gas natural.

Las cantidades estimadas, los tramos y las fechas a considerar en esta solicitud son los siguientes:

Tramo	Capacidad Estimada kPCD	Fechas estimadas
Ballena – Punto de conexión de Termocentro al Gasoducto Sebastopol – Vasconia.	50,660	Febrero 02 de 2012 y diciembre 31 de 2020 con posibilidad de prórroga por 10 años más

“Para la negociación de las parejas de cargos ISAGEN estaría dispuesto a negociar una pareja de cargos 50% fija y 50% variable”.

Obsérvese que ISAGEN solicitó capacidad de 50.668 hasta diciembre de 2020 con posibilidad de prórroga.

“3 TGI respondió a la solicitud de capacidad en firme de ISAGEN, mediante comunicación 005830 del 30 de julio de 2008, en la que informó cuánta capacidad se asignaría a ISAGEN, así:

----- del 29 de julio de 2008

Apreciada doctora Liliana,

En atención a la comunicación de la referencia, nos permitimos manifestar lo siguiente:

1. La comunicación No. 17141927 enviada por Isagen a TGI el 17 de octubre de 2007, no correspondía a una solicitud de capacidad de transporte de gas natural en firme, pues no cumplía con los requerimientos establecidos por el RUT para este tipo de solicitudes, ya que no estableció la vigencia de la solicitud, el punto de salida y adicionalmente, la capacidad solicitada estaba condicionada *“en la medida en que un productor o importador de gas pueda garantizar el suministro del gas para un periodo de contratación mayor a 15 años”*.
2. En cuanto a la solicitud de capacidad de transporte de gas natural en firme recibida por TGI el día 29 de Julio de 2008 mediante la comunicación de la referencia, nos permitimos informar que actualmente TGI no cuenta con capacidad disponible primaria hasta el mes de noviembre del año 2012, sin embargo a partir de diciembre del año 2012, una vez se hayan puesto en operación las instalaciones que permitirán la ampliación del gasoducto Ballena – Barrancabermeja a 260,000 KPCD, TGI cuenta con la siguiente capacidad disponible, la cual ha sido asignada en su totalidad a Isagen:

MES	KPCD
dic 2012	44,472
ene a may 2013	16,160
jun a dic 2013	15,878
ene a may 2014	14,219
jun a dic 2014	14,165
ene a may 2015	15,117
jun a dic 2015	13,410
ene a may 2016	11,289
jun a dic 2016	11,219
ene 2017	20,396
feb a may 2017	21,525
jun a dic 2017	21,452
ene a dic 2018	20,322
ene a dic 2019	15,851
ene a dic 2020	14,713

3. En el transcurso del día de hoy será enviado por correo electrónico el borrador del contrato de transporte de gas natural en firme sujeto a la ampliación del gasoducto Ballena – Barrancabermeja, con la asignación de capacidad antes mencionada para la suscripción del mismo a más tardar el 31 de julio de 2008.
4. Para atender la totalidad de la solicitud realizada por Isagen es necesario realizar una ampliación, adicional a la prevista, de la capacidad de transporte del gasoducto Ballena – Barrancabermeja. La determinación de los costos y tiempos de dicha ampliación adicional requiere de estudios complementarios cuya duración aproximada es de tres (3) meses, una vez dispongamos de estos resultados se los comunicaremos.

Nótese que Isagen inicialmente solicitó más capacidad de la asignada por TGI, por lo que ésta última se comprometió a estudiar la posibilidad de una ampliación adicional.

B. Hechos relacionados con la celebración del Contrato ESTF-025-2008 y sus aspectos generales.

“4. El 1 de octubre de 2008, TGI, en condición de transportador, e ISAGEN en condición de remitente, suscribieron el Contrato ESTF-025-2008 (en adelante “el Contrato”) cuyo objeto, de conformidad con el acuerdo contenido en el numeral 1 del Capítulo II del Contrato ESTF-025-2008, es la prestación del Servicio de Transporte de Gas Natural por el Sistema, desde el Punto de Entrada ubicado en Ballena, hasta el Punto de Salida, ubicado en Sebastopol, según se establece en la Capítulo I del Contrato.

“5. La capacidad en firme contratada por ISAGEN con ocasión del Contrato es la que se señala en el Anexo IV que varía año a año, expresada en KPDC (unidad medida que hace referencia a miles de pies cúbicos por día). La capacidad contratada inicialmente era la siguiente:

CAPACIDAD CONTRATADA Y VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO

**CAPACIDAD EN FIRME
KPCD**

Año	Capacidad kPCD
2013	15.500
2014	14.000
2015	13.000
2016	11.000
2017	20.000
2018	20.000
2019	15.000
2020	14.500

Posteriormente, mediante el Otrosí No. 1 se modificó la capacidad contratada para los diferentes periodos, así:

**CAPACIDAD EN FIRME
KPCD**

Año	Capacidad kPCD
Dic 2012	26,500
2013	37,400
2014	37,400
2015	37,400
2016	37,400
2017	37,400
2018	37,400
2019	37,400
2020	37,400

La capacidad contratada para los periodos de (i) diciembre 2012, (ii) enero 2013 a junio 2015 y (iii) Julio de 2015 a diciembre de 2020, fue modificada por las partes mediante el Otrosí No. 2, así:

**CAPACIDAD EN FIRME
KPCD**

Tramo	Punto de Entrada	Punto de Salida	kpcd		
			Dic 2012	Ene 2013 a jun 2015	Jul 2015 a dic 2020
Ballena - Vasconia	Ballena	Sebastopol (Termocentro)	15,938*	35,338	37,400

“ 6. El Contrato se rige por la Constitución Política, la Ley 142 de 1994, las normas de derecho privado y está sujeto a la regulación que expida la Comisión de Regulación de Energía y Gas, tal como lo reconocen las partes en el considerando 2.8, en el que pactaron lo siguiente:

“Que las partes reconocen y aceptan que este Contrato y el Servicio de transporte están sujetos a la regulación, control y vigilancia del Estado, por ser el Transporte de Gas una actividad de servicio Público complementación de conformidad con la Ley 142 de 1994, lo cual puede llevar a cambios en el Contrato.”

“7. El transporte de gas natural objeto del referido Contrato, es un servicio público domiciliario, y en razón de ello, se rige por la Ley 142 de 1994, vigente al momento de la celebración del Contrato, tal como se establece en el numeral 28 del artículo 14 de la referida Ley que dispone lo siguiente:

“14.28. Servicio público domiciliario de gas combustible. Es 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**”

(Negritas y subrayas fuera de texto).

“8. Debido a la condición de monopolio del transporte de gas³¹, dicho servicio está sometido al régimen de libertad regulada que está definido en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, así:

“14.10. Libertad regulada. 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.”

Lo anterior implica que es la CREG la que fija los criterios y metodología en la que se incluyen los topes máximos y mínimos del precio que las empresas prestadoras del servicio pueden cobrar a los usuarios, siendo la remuneración o tarifa que puede cobrar el transportador una tarifa regulada.

“9. De conformidad con lo establecido en el hecho anterior, el artículo 126 de la Ley 142 de 1994 establece que las fórmulas tarifarias aplicables al Contrato ESTF-025-2008 tendrán una vigencia de cinco (5) años, en los términos y condiciones del artículo 126 de la Ley 142 de 1994 ya citado.

“10. Teniendo en cuenta la duración de 5 años del periodo tarifario, las partes acordaron una cláusula de ajuste regulatorio y para el efecto incluyeron los numerales 6 y 13 del capítulo II del Contrato ESTF-025-2008, denominado “Condiciones Particulares” del Contrato, a través de los cuales se determinó que

³¹ El transporte de gas es un monopolio natural en el mercado de transporte de gas, debido principalmente a la magnitud de las inversiones requeridas para prestar el servicio. Estas inversiones se constituyen en una barrera de entrada natural frente a la competencia, en la medida en que otro agente no puede competir con las economías de escala que obtiene el monopolista. Al ser monopolio natural, el servicio público de transporte de gas se encuentra sometido a la regulación de la CREG.

el mismo está sujeto a los cambios que introduzca la regulación. En tal medida, los numerales referidos son cláusulas de ajuste regulatorio.

Lo anterior quedó consignado en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato así:

“Los cargos imputables a la prestación del servicio objeto de este contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la sección I ESTF y en el numeral 2 del capítulo IV y estarán sujetos a partir de las modificaciones que establezca la comisión de regulación de energía y gas CREG. Parágrafo: En el momento en que la comisión de regulación de energía y gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecidos en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato”

Por su parte, el numeral 13 del Capítulo II del Contrato estableció lo siguiente:

“Tanto las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces, por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las Partes”

“11. Así mismo, se tiene que de acuerdo con el acuerdo estipulado por las partes en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-025-2008 antes referido, las opciones para la determinación de los cargos que remuneran la 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 ESTF-025-2008 y de obligatorio cumplimiento para las partes.

“12. Teniendo en cuenta lo anterior, las partes expresamente reconocieron que los cargos de transporte aplicables al Contrato están sujetos a las modificaciones que periódicamente introduzca la CREG en materia tarifaria, es decir, reconocieron que en el momento en que la CREG modificara las opciones para la determinación de los cargos establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, se debería ajustar la pareja de cargos pactada en el Contrato ESTF-025-2008.

C. “Hechos relativos a la entrada en vigencia de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.

“13. Debe tenerse en cuenta que el 1 de octubre de 2008, fecha en la que se suscribió el Contrato, se encontraba vigente la Resolución CREG 001 de 20 de enero de 2000, mediante 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”, de modo que la misma era aplicable al Contrato, sin perjuicio de los ajustes que introduzca la CREG de conformidad con lo explicado en los hechos anteriores.

“14. Dicha resolución, en su artículo 5, establecía que el transporte de gas se remuneraba a través de cargos fijos y variables regulados que remuneran los costos de inversión y un cargo fijo que remunera los gastos de AO&M, así:

“ARTÍCULO 5°.- METODOLOGÍA GENERAL PARA LA ESTIMACIÓN DE CARGOS REGULADOS PARA EL SERVICIO DE TRANSPORTE.

Los ingresos de las empresas Transportadoras serán obtenidos mediante cargos fijos y cargos variables regulados que remuneran los costos de inversión; cargos fijos que remuneran los gastos de AO&M (...)

CF_C = **Cargo fijo diario que remunera costos de inversión (US/kpcd)** calculado con la tasa de Costo del Capital Invertido del

11.5%, expresado en pesos de conformidad con lo establecido en el numeral 5.7 de la presente Resolución.

$CV_C =$ **Cargo variable que remunera costos de inversión (US/kpc)** calculado con la tasa de Costo del Capital Invertido del 16%, expresado en pesos de conformidad con lo establecido en el numeral 5.7 de la presente Resolución.

$CF_{AO\&M} =$ **Cargo fijo diario que remunera los gastos de AO&M (\$/kpcd)...**

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“15. Así pues, el servicio de transporte de gas, a la luz de la Resolución CREG 001 de 2000, se remunera a través de una pareja de cargos, que está definida en el artículo 1 de la referida Resolución, así:

“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.”

“16. En relación con las opciones para la determinación de los cargos regulados para el servicio de transporte de gas, el artículo 5.1 de la referida Resolución CREG 001 de 2000, establecía que los remitentes y transportadores podrían utilizar tres opciones para la determinación de los cargos fijos y variables que remuneran la inversión, a saber: (i) Determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes; (ii) Determinación de cargos regulados utilizando el Procedimiento de Aproximación Ordinal; y (iii) Determinación libre de cargos de transporte. Sobre las referidas opciones para la determinación de la pareja de cargos, los artículos 5.1, 5.3, 5.4 y 5.5 de la mencionada resolución prevén lo siguiente:

“5.1 Opciones para la determinación de cargos.

Con el fin de adecuar los cargos de transporte y los contratos correspondientes a las necesidades de Remitentes y Transportadores, se podrán utilizar las siguientes opciones para la determinación de Cargos Fijos y Cargos Variables que remuneran inversión:

- a) Determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes*
- b) Determinación de cargos regulados utilizando el Procedimiento de Aproximación Ordinal*
- c) Determinación libre de cargos de transporte”*

(...)

5.3 Determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes

*Los Remitentes y Transportadores podrán seleccionar libremente y de común acuerdo las Parejas de Cargos Regulados que más se ajusten a la conveniencia de las partes, a partir de los cargos establecidos por la CREG en los numerales 5.2.1 y 5.2.2. Así por ejemplo, si los Agentes deciden remunerar el 40% de su inversión a través de Cargos Fijos, el Cargo Fijo correspondiente se determinará a partir del punto **C'** de la Figura 1 y su respectivo Cargo Variable se determinará a partir del punto **C** de dicha figura, que remunera el 60% restante de la inversión. Si transcurridos tres meses del proceso de determinación de cargos regulados no se ha llegado a mutuo acuerdo entre las partes, los*

Agentes deberán utilizar la Metodología de Aproximación Ordinal que se describe en el numeral siguiente.

Los Remitentes y Transportadores podrán seleccionar Parejas de Cargos Regulados distintas para diferentes épocas del año o para diferentes tramos de su curva de carga.

Parágrafo: *El Transportador y los Remitentes que contraten servicios de transporte destinados a la atención de Usuarios Regulados, no podrán optar por Parejas de Cargos Regulados donde el porcentaje de remuneración de la inversión a través de cargos fijos sea inferior al Factor de Carga del mercado atendido por el Remitente durante el año inmediatamente anterior. Para nuevos mercados se asumirá un Factor de Carga de 0.5.*

5.4 Determinación de cargos regulados por el Procedimiento de Aproximación Ordinal

En caso de que el Transportador y el Remitente no lleguen al mutuo acuerdo descrito en el numeral 5.3 o si las partes lo convienen, se seguirá el siguiente procedimiento para establecer los Cargos Regulados a aplicar:

- a) El Transportador preparará una oferta que refleje sus preferencias, en orden descendente, de las diferentes Parejas de Cargos Regulados.*
- b) El Remitente, en forma similar, preparará una oferta que refleje sus preferencias, en orden descendente, de las diferentes Parejas de Cargos Regulados.*

c) *El Transportador y el Remitente depositarán sus ofertas en urna sellada, que para tal efecto tendrá un tercero neutral designado de común acuerdo entre las partes.*

d) *El tercero designado, quien obrará como secretario Ad-Hoc del proceso, abrirá las ofertas y establecerá la Pareja de Cargos Regulados a aplicar por las partes como se indica a continuación:*

- *Elaborará una tabla con las preferencias conjuntas en orden descendente.*

- *Iniciará un recorrido de la tabla anterior comenzando por las Parejas de Cargos Regulados de mayor preferencia para las partes y se detendrá en el momento en que se repita por lo menos una Pareja de Cargos Regulados en cualquiera de las dos listas de preferencias recorridas. Cabe aclarar que la(s) pareja(s) así determinada(s) puede(n) no corresponder al mismo nivel de preferencia de las partes.*

- *Dicha Pareja de Cargos Regulados determinará los cargos a aplicar por las partes.*

- *En aquellos casos en los cuales se encuentren simultáneamente dos Parejas de Cargos repetidas, el cargo a aplicar corresponderá al promedio de las Parejas de Cargos Regulados correspondientes.*

- *Del resultado de la aplicación del procedimiento descrito se elaborará un acta que será suscrita por las partes.*

5.4.1 Período de aplicación del Procedimiento de Aproximación Ordinal

Los resultados del proceso descrito en este numeral se aplicarán para períodos de cinco años en el caso de Remitentes termoeléctricos o comercializadores que atiendan Remitentes termoeléctricos, o para períodos de un año para los demás tipos de Remitentes.

5.4.2 Procedimiento de Aproximación Ordinal para Remitentes que atiendan Usuarios Regulados y para Usuarios No Regulados no Termoeléctricos.

Para Remitentes que contraten servicios de transporte destinados a la atención de Usuarios No Regulados no Termoeléctricos, el Procedimiento de Aproximación Ordinal sólo tendrá en cuenta las Parejas de Cargos Regulados que remuneran como mínimo un porcentaje del 50% de la inversión a través de cargos fijos. Para el caso de Usuarios Regulados el Procedimiento de Aproximación Ordinal sólo tendrá en cuenta las Parejas de Cargos Regulados que remuneran como mínimo el mayor valor entre 50% y el Factor de Carga de los respectivos usuarios durante el año inmediatamente anterior, como porcentaje de inversión remunerado a través de cargos fijos. Para Usuarios Regulados cuyas características históricas de demanda no se conozcan, se asumirá un Factor de Carga de 0.5.

Parágrafo: *Para casos en los cuales el servicio de transporte cubra varios tramos de gasoducto, el porcentaje de inversión remunerado a través de cargos fijos, determinado por el Procedimiento de Aproximación Ordinal, aplicará de manera uniforme a todos los tramos involucrados en el servicio de transporte respectivo, siempre que dichos tramos sean de propiedad de un mismo Transportador.*

5.5 **Determinación libre de cargos de transporte**

Los comercializadores que requieran servicios de transporte para atender el mercado de Usuarios No Regulados y los Usuarios No Regulados podrán renunciar a lo dispuesto en los numerales 5.3 y 5.4, pudiendo convenir libremente con los Transportadores los cargos por servicios de transporte.

Parágrafo: *Las opciones comerciales que diseñe el Transportador deberán respetar el principio de neutralidad establecido por la Ley y no podrán afectar el costo del servicio de los demás usuarios de un gasoducto o grupo de gasoductos.”*

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“17. Las fórmulas tarifarias establecidas en la Resolución CREG 001 de 2000 estarían vigentes por un periodo de 5 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución CREG 001 de 2000, en el que se define el periodo tarifario así:

“Período Tarifario: *Período en el cual los cargos de transporte regulados se encuentran vigentes. De acuerdo con lo establecido en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, los cargos que se aprueben tendrán una vigencia de cinco años.”*

(Negritas y subrayas fuera de texto)

Lo anterior guarda correspondencia con lo dispuesto por el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, que establece que **“Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia**

de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas. Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la comisión no fije las nuevas.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

“18. Al momento de la suscripción del Contrato, además de la Resolución CREG 001 de 2000 ya citada, se encontraba vigente la Resolución CREG 125 de 2003, que fijó los cargos específicos para ECOGAS (hoy TGI) para el referido periodo tarifario, los cuales, al igual que la metodología introducida en la Resolución CREG 001 de 2000, tendrían vigencia limitada por 5 años o más hasta tanto la CREG establecieran los nuevos. Se lee en dicha resolución lo siguiente:

“La Ley 142 de 1994 estableció que las fórmulas tarifarias considerarán los costos eficientes de prestación del servicio y que dichas fórmulas tendrán una vigencia de cinco años salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual.
Es decir, la Ley permite la aplicación del esquema de regulación por costos con un período de 5 años para revisión de fórmulas tarifarias. En ese sentido, mediante la Resolución CREG-001 de 2000 la Comisión adoptó el esquema de regulación por cargos máximos con revisión de la fórmula tarifaria cada cinco años. **Es decir, cada cinco años se deben ajustar la demanda y costos, sin ignorar la aplicación de los criterios de eficiencia tanto en costos como en la utilización de la infraestructura que se remunera, pues ello es**

una característica implícita en el esquema de regulación por cargos máximos adoptado por la Comisión.”

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Como se explicará en los siguientes hechos, las fórmulas tarifarias fijadas para ECOGAS (hoy TGI) al momento de la celebración del Contrato mediante la Resolución CREG 125 de 2003, fueron reemplazados por la CREG a través de la Resolución CREG 121 de 2012, que se profirió una vez se modificó la metodología general para la remuneración del transporte de gas establecida en la Resolución CREG 001 de 2000.

D. Hechos relacionados con las disposiciones del Contrato relativas a la remuneración del servicio de transporte de gas.

“19. En concordancia con las anteriores disposiciones de la Resolución CREG 001 de 2000, en la Sección I, numeral 7 del Contrato, se establecieron los cargos que remuneraban el servicio del transporte de gas, así:

7. Cargos y Valor del Contrato

7.1 Pareja de Cargos	7.2 Cargo Fijo (US\$/kpc/d/a)*
50% Fijo 50% Variable	134.509
7.3 Cargo Variable (US\$/kpc)*	7.4 Cargo Fijo por AO&M (\$/kpcd/a)*
0.522	437,055

*Estas tarifas son de diciembre 31 de 2007 aplicables al año 2008.

“20. La definición de los cargos fijos y variables, está contenida en la Capítulo I numeral 3. del Contrato, así:

“22. En concordancia con el anterior acuerdo contenido en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, las partes pactaron que los cargos de transporte estarían sujetos a las variaciones que impusiera la CREG. Así mismo manifestaron que cuando la CREG modificara las opciones para la determinación de los cargos establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, se debería ajustar la pareja de cargos pactada, así:

“6. CARGOS POR TRANSPORTE

Los cargos imputables a la prestación del Servicio objeto de este Contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la Sección I- ESTF y en el numeral 2 del Capítulo IV **y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG.**

Parágrafo: **En el momento en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la resolución CREG 001 de 2000, SE DEBERÁ AJUSTAR LA PAREJA DE CARGOS PACTADA EN EL PRESENTE CONTRATO.”**

(Negritas, subrayas y mayúsculas fuera de texto)

La anterior disposición no ha sido modificada y evidencia que las partes tenían conocimiento de que el servicio de transporte de gas es un servicio regulado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, lo que implicaría que los cargos y tarifas imputables a dicha actividad necesariamente estarían sujetos a las modificaciones introducidas por ésta. En efecto, las partes pactaron expresamente

que la pareja de cargos pactada, debe ajustarse cuando la CREG modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, pues se insiste que tal como se estableció en dicha resolución, las fórmulas tarifarias allí contenidas tendrías vigencia de 5 años.

“23. Adicionalmente, en el numeral 13 del Capítulo II del Contrato, las partes pactaron expresamente que las condiciones técnicas y económicas estarían sometidas a la regulación, así:

“13. Ajuste regulatorio

Tanto las condiciones de prestación del Servicio como **las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces**, por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento **sin necesidad de aceptación de las Partes**”.

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“24. Cabe aclarar que la inclusión de los referidos acuerdos, contenidos en los numerales 6 y 13 de la Capítulo II en el Contrato, obedecen al mandato imperativo contenido en el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, vigente al tiempo de la celebración del contrato, que obliga a las empresas a ceñirse a las fórmulas que defina PERIÓDICAMENTE la respectiva comisión para fijar sus tarifas, así:

“ARTÍCULO 88. REGULACIÓN Y LIBERTAD DE TARIFAS. Al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad, de acuerdo a las siguientes reglas:

88.1. 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. De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.

88.2. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.

88.3. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores. Corresponde a las comisiones de regulación, periódicamente, determinar cuándo se dan estas condiciones, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.”

(Negritas y subrayas fuera del texto)

Dicho artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994, vigente al momento de celebración del Contrato, se entiende incorporado a éste, en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, aún vigente³².

³² Ley 153 de 1887, “ARTICULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración: Exceptúanse de esta disposición:

1o. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

E. Hechos relativos a la entrada en vigencia de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 DE 2011.

“25. El 5 de agosto de 2010, la CREG expidió la Resolución CREG 126 de 2010, mediante la cual estableció 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, la cual constituye la metodología general para establecer la remuneración el transporte de gas.

Si bien la Resolución CREG 126 de 2010 mantiene, en términos generales, la estructura tarifaria introducida mediante la Resolución CREG 001 de 2000, la cual estaba contenida en el Contrato, aquella introduce las siguientes modificaciones:

- Se elimina la diferenciación que existía entre usuarios termoeléctricos y no termoeléctricos, haciendo extensivos a las empresas termoeléctricas como ISAGEN, y, en general a todos los usuarios del sistema, el piso o tope mínimo aplicables al cargo fijo que remunera la inversión y el correlativo techo o tope máximo al cargo variable (factor de carga), los cuales son de obligatorio cumplimiento para las empresas cuando la tarifa a pagar durante el período tarifario se fija por el proceso de “aproximación ordinal”, que es un mecanismo regulatorio para definir la pareja de cargos a aplicar ante la ausencia de acuerdo entre las partes.

En otras palabras, se modifican las opciones para la determinación de la pareja de cargos, especialmente para los usuarios termoeléctricos, como ISAGEN, quienes a partir de la entrada en vigencia de la nueva regulación, tendrán que tener en cuenta los topes mínimos, determinados en función del

20. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.”

factor de carga histórico, para fijar la pareja de cargos que regiría para cada contrato; dichos límites aplican ante la falta de acuerdo de las partes, precisamente para efectos del desarrollo del mecanismo de solución de controversias creado por la regulación para estos casos, denominado Aproximación Ordinal.

- *En efecto, en caso de que las partes contractuales no logren acordar la pareja de cargos, la regulación estableció que este tipo de desacuerdos o controversias debe resolverse mediante un mecanismo de solución de diferencias creado especialmente por la regulación para estos casos, denominado “Aproximación Ordinal”, mediante el cual se determinará la pareja de cargos.*

Como se explicará en los siguientes hechos, la Resolución CREG 079 de 2011, que modificó la Resolución CREG 126 de 2010, precisamente permitió que, antes de acudir al mecanismo de Aproximación Ordinal, las partes tuviesen la posibilidad de agotar una etapa de arreglo directo para determinar la pareja de cargos, por un periodo de tres meses, cumplidos los cuales, en caso de no haberse llegado a un acuerdo, debía acudirse a la Aproximación Ordinal.

- *Así mismo, en dicha Resolución CREG 126 de 2010 se extienden los referidos topes aplicables en el mecanismo de Aproximación Ordinal –creado en la Resolución CREG 001 de 2000 – a los usuarios termoeléctricos como ISAGEN, quien por ende está obligado a acudir a dicho mecanismo y a respetar los topes mínimos y máximos aplicables en dicho mecanismo, en caso de no poder llegar a un acuerdo con TGI sobre la pareja de cargos.*

“26. Posteriormente, la Resolución CREG 079 de 2011, expedida el 16 de junio de 2011, introdujo modificaciones a la Resolución CREG 126 de 2010, siendo las

más relevantes las referidas al artículo 16 de esta última resolución, las cuales se encuentran vigentes en la actualidad.

En efecto, el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, quedó así:

“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.

b) Los comercializadores que representan demanda regulada podrán determinar los cargos regulados por mutuo acuerdo con el transportador, conforme a lo dispuesto en el numeral 16.2 de este artículo, teniendo en cuenta que el cargo fijo deberá considerar un λf que sea como mínimo el valor del Factor de Carga promedio durante el Periodo Tarifario $t-1$. En caso de que no lleguen al mutuo acuerdo, o si las partes lo convienen, deberán seguir el procedimiento de aproximación ordinal, conforme a lo dispuesto 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.

16.1. Determinación libre de cargos de transporte. Opción mediante la cual los remitentes podrán convenir libremente con el transportador los cargos o esquema de remuneración por servicios de transporte.

Las opciones comerciales que diseñe el transportador deberán dar estricta aplicación al criterio de neutralidad establecido por el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 y no podrán afectar el costo del servicio de los demás usuarios de un tramo o grupo de gasoductos.

16.2. Determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes. Opción mediante la cual los remitentes y el transportador podrán

seleccionar libremente y de común acuerdo las Parejas de Cargos Regulados que se ajusten a su conveniencia, a partir de los cargos establecidos por la CREG según el Artículo 15 de esta Resolución.

16.3. Determinación de cargos regulados por el procedimiento de aproximación ordinal. Opción mediante la cual los remitentes y el transportador aplican el siguiente procedimiento para establecer las Parejas de Cargos Regulados:

a) El transportador preparará una oferta que refleje sus preferencias, en orden descendente, de las diferentes Parejas de Cargos Regulados de que trata el Artículo 15 de esta Resolución.

b) El remitente, en forma similar, preparará una oferta que refleje sus preferencias, en orden descendente, de las diferentes Parejas de Cargos Regulados de que trata el Artículo 15 de esta Resolución.

c) El transportador y el remitente depositarán sus ofertas en urna sellada, en presencia de un tercero neutral designado de común acuerdo entre las partes.

d) El tercero designado, quien obrará como secretario Ad-Hoc del proceso, abrirá las ofertas y establecerá la Pareja de Cargos Regulados a aplicar por las partes, con sujeción a las siguientes reglas:

1. Elaborará una tabla con las preferencias del transportador y del remitente, en orden descendente.

2. Iniciará el recorrido de la tabla anterior, comenzando por las Parejas de Cargos Regulados de mayor preferencia para las partes. El secretario Ad – Hoc detendrá el recorrido cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones: i) hay coincidencia en el orden de preferencia por una misma Pareja de Cargos Regulados; o ii) se presentan dos Parejas de Cargos Regulados en diferente orden de preferencia.

3. Si se cumple la primera de las condiciones previstas en el numeral anterior, dicha Pareja de Cargos Regulados corresponderá a los cargos a aplicar por las partes.

4. Si se cumple la segunda condición prevista en el numeral 2 de este literal, el cargo a aplicar corresponderá al promedio de las Parejas de Cargos Regulados en diferente orden de preferencia.

5. Del resultado de la aplicación del procedimiento descrito se elaborará un acta que será suscrita por las partes y por el secretario Ad – Hoc.

16.3.1. Procedimiento de aproximación ordinal si el Factor de Carga del remitente es igual o superior a 0,5

Cuando el Factor de Carga promedio de un remitente durante el periodo tarifario $t - 1$ sea igual o superior a 0.5, para el procedimiento de aproximación ordinal este remitente y el transportador sólo podrán expresar preferencias por Parejas de Cargos Regulados en las que λf sea como mínimo el valor del Factor de Carga promedio durante el Periodo Tarifario $t-1$.

Para el caso de nuevos remitentes en el SNT, se tendrá en cuenta el Factor de Carga proyectado por dicho remitente.

16.3.2. Procedimiento de aproximación ordinal si el Factor de Carga del remitente es inferior a 0,5

Cuando el Factor de Carga promedio de un remitente durante el periodo tarifario $t- 1$ sea inferior a 0.5, para el procedimiento de aproximación ordinal este remitente y el transportador sólo podrán expresar preferencias por Parejas de Cargos Regulados en las que λf sea como

mínimo uno (1) menos el valor del Factor de Carga promedio durante el Periodo Tarifario $t-1$.

Para el caso de nuevos remitentes en el SNT, se tendrá en cuenta el Factor de Carga proyectado por dicho remitente.

Parágrafo 1. Para casos en los cuales el servicio de transporte cubra varios tramos de gasoducto, el porcentaje de inversión remunerado a través de cargos fijos, determinado por el procedimiento de aproximación ordinal, aplicará de manera uniforme a todos los tramos involucrados en el servicio de transporte respectivo, siempre que dichos tramos sean de propiedad de un mismo transportador.

Parágrafo 2. Las Parejas de Cargos Regulados, independientemente del porcentaje de inversión remunerado a través del cargo fijo, otorgarán derechos de capacidad firme por el 100% de la capacidad contratada.

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.”

(Negrillas, subrayas y mayúsculas fuera de texto)

“27. Como se puede observar en el artículo anteriormente citado, los principales cambios que introdujo la Resolución CREG 079 de 2011 al artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, son los siguientes:

- La Resolución CREG 079 de 2011 permitió que, antes de tener que acudir al mecanismo de Aproximación Ordinal previsto en el numeral 16.3, las partes contractuales, esto es, transportador y remitente, en un periodo máximo de tres (3) meses, tuvieran la posibilidad de intentar llegar libremente y por mutuo acuerdo a una Pareja de Cargos en el marco de la regulación; esa primera etapa comenzaría el día en quedase en firme la resolución de la CREG mediante la cual quedan en firme los cargos específicos para cada transportador y de donde resultan los valores a cobrar para el actual período*

tarifario, con base en las metodologías establecidas en la Resolución CREG 126 de 2010.

En consecuencia, con la expedición de la Resolución CREG 079 de 2011 si las partes no llegan a un acuerdo sobre la pareja de cargos a aplicar en el plazo de tres meses que otorga la regulación, es obligación de aquellas acudir al mecanismo de Aproximación Ordinal previsto en el artículo 16.3, en el que necesariamente, a través del procedimiento técnico allí descrito, deben tenerse en cuenta y atenderse las restricciones establecidas por la CREG y en particular, los pisos o topes mínimos fijados por la CREG en función del factor de carga para el cargo fijo, y los correlativos techos o topes máximos que de ello surgen para la pareja de cargos.

- En el párrafo 3 del artículo 16 se estableció expresamente que “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”. (Subrayas fuera de texto)

Obsérvese que la CREG está remitiendo a lo pactado en los referidos contratos de transporte. En efecto, en dicho párrafo 3º del artículo 16, modificado por la Resolución CREG 079 de 2011, se prescribe que los remitentes “darán aplicación a las opciones definidas en este artículo”, lo que significa que los remitentes determinarán los cargos por mutuo acuerdo, o en caso de que este no se logre, acudirán al mecanismo de Aproximación Ordinal, no siendo optativo, sino obligatorio acudir a este mecanismo.

“28. Las nuevas disposiciones regulatorias introducidas por la CREG mediante la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, en relación con las opciones y metodologías para determinar la pareja de cargos,

específicamente lo dispuesto en el referido artículo 16, son de obligatorio cumplimiento para las partes, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, así como en el artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994, ya citado.

“29. Al igual que en los periodos tarifarios anteriores, las fórmulas tarifarias introducidas en la Resolución CREG 126 de 2010, según fue modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, tienen una vigencia de 5 años, conforme se desprende tanto de los considerandos como de la parte resolutive de la referida resolución, en la que se establece lo siguiente:

“CONSIDERANDO QUE:

(...)

La Comisión debe establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, con sujeción a los criterios que según dicha ley deben orientar el régimen tarifario, para lo cual puede establecer tope máximos y mínimos de tarifas, conforme a los artículos 73.11, 73.22 y 88 de la Ley 142 de 1994.

Las fórmulas tarifarias que defina la Comisión deben garantizar a los usuarios, a lo largo del tiempo, los beneficios de la reducción promedio de costos en las empresas que prestan el servicio, según exigencia del artículo 92 de la Ley 142 de 1994. Toda tarifa debe tener un carácter integral, en el sentido de que supondrá una calidad y grado de cobertura del servicio, cuyas características definirán las comisiones reguladoras, como lo exige el 87.8, de la Ley 142 de 1994.

Por mandato legal, las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años.

(...)

Artículo 2 Definiciones. Para la interpretación y aplicación de esta

Resolución se tendrán en cuenta, además de las definiciones establecidas en la Ley 142 de 1994 y en las resoluciones vigentes de la CREG, las siguientes:

(...)

Período Tarifario: Es el período en el cual los cargos regulados de transporte se encuentran vigentes, **de acuerdo con lo establecido en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994.**

(...)

Artículo 37. Vigencia de los nuevos cargos. Los cargos aprobados con base en la presente Resolución estarán vigentes desde la fecha en que quede en firme la resolución que los apruebe y hasta cuando se cumplan cinco Años desde la entrada en vigencia de la presente Resolución, **sin perjuicio de las actualizaciones a que haya lugar. Vencido el período de vigencia de los cargos, éstos continuarán rigiendo hasta que la Comisión apruebe los nuevos.**”

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“30. Con base en los criterios establecidos en la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011 (metodología tarifaria general), el día 25 de agosto de 2011, la CREG, mediante Resolución CREG 110 de 2011, estableció los Cargos Regulados para el Sistema de Transporte de TGI, tarifas aplicables para TGI a partir de dicho periodo.

“31. TGI interpuso recurso de reposición contra la Resolución CREG 110 de 2011, el cual fue resuelto mediante la Resolución CREG 121 de 2 de noviembre de 2012, quedando en firme a través de dicha Resolución los cargos de transporte para TGI para el nuevo periodo tarifario, que reemplazarían los anteriores cargos contenidos en la Resolución CREG 125 de 2003.

F. Hechos relacionados con la negativa de ISAGEN a adecuar el Contrato ESTF- 025- 2008 según los cambios introducidos por la CREG en las fórmulas Y opciones tarifarias.

“32. El día 20 de diciembre de 2012 se publicó la Resolución CREG 121 de 2012³³ en el Diario Oficial, 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.

“33. A partir de dicha fecha, TGI e ISAGEN, para establecer la pareja de cargos que regiría para el nuevo periodo tarifario, estaban obligadas a dar aplicación a las opciones definidas en el artículo 16 de la referida Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, en cumplimiento de lo establecido, en:

- (i) El numeral 2.7 del Capítulo I que dispone que “2.7. Que las Partes reconocen y aceptan que el Contrato y el Servicio de transporte están sujetos a la regulación, control y vigilancia del Estado, por ser el Transporte de gas combustible una actividad de servicio público complementaria de conformidad con la Ley 142 de 1994, **lo cual puede llevar a cambios en el Contrato**”.
- (ii) El párrafo del numeral 6 del Capítulo II del Contrato, en el que se pactó expresamente que “En el momento en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos

³³ La Resolución CREG 121 de 2012, resolvió los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución CREG de 2011, “por la cual se establecen los cargos regulados para el sistema de transporte de la Transportadora de Gas Internacional S.A. ESP., TGI S.A. ESP”. En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución 121 de 2012, los cargos fijados para TGI quedan en firme.

establecida en la resolución CREG 001 de 2000, **se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato.**”

- (iii) El numeral 13 del Capítulo II que dispone que “Tanto las condiciones de prestación del Servicio como **las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces,** por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento **sin necesidad de aceptación de las Partes**”.

Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2° de la Resolución CREG 079 de 2011, **en el que se estableció expresamente que los remitentes con contratos vigentes, deberán dar aplicación a las opciones definidas en el referido artículo, de acuerdo con lo pactado en los respectivos contratos,** así: “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”.

“34. Las opciones referidas en el hecho anterior, para la determinación de la pareja de cargos establecidas en el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, que modificó el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, son las siguientes:

- **Determinación de los cargos de transporte por mutuo acuerdo.**

El Transportador y Remitente intentaran pactar de mutuo acuerdo a una Pareja de Cargos en un periodo máximo de tres (3) meses, que empieza a correr el día en que entre en vigencia la Resolución de la CREG que deje en firme los cargos específicos para el transportador. (Artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011)

- **Determinación de los cargos de transporte mediante el mecanismo de aproximación ordinal.**

Ante la ausencia de acuerdo sobre la pareja de cargos en el periodo de tres (3) meses anterior, debe acudir al mecanismo de aproximación ordinal, en el que deben tenerse en cuenta los topes mínimos que se determinan en función del factor de carga, y correlativos topes máximos establecidos por la CREG. (Artículo 16.3.2 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011)

- **Determinación libre de los cargos de transporte**

Bajo esta opción las partes podrían convenir libremente los cargos o esquema de remuneración del servicio de transporte, dando aplicación al criterio de neutralidad establecido en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 y sin afectar el costo del servicio de los demás usuarios de un tramo o grupo de gasoductos.

“35. Durante el periodo de tres meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012, esto es, a partir del 20 de diciembre de 2012 y hasta el 20 de marzo de 2013, ISAGEN y TGI tenían la posibilidad de proponer y acordar por mutuo acuerdo cualquier pareja de cargos, autonomía de la voluntad que, en el caso de TGI, tiene como límite que dicha tarifa, en todo caso, remunere de manera suficiente la inversión y que no implique detrimento patrimonial para TGI, máxime considerando que existen recursos públicos involucrados.

“36. En cumplimiento de lo dispuesto en la regulación, y en el Contrato, TGI informó a ISAGEN que deberían ajustar la pareja de cargos, de acuerdo con las opciones establecidas en la Resolución CREG 126 de 2010 según fue modificada por la Resolución CREG 079 de 2011. Así, durante el periodo de tres meses de

negociación libre de la pareja de cargos que empezó a correr desde el 20 de diciembre de 2012 (fecha de entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012 que dejó en firme los cargos para TGI) y culminó el 20 de marzo de 2013, TGI propuso a ISAGEN la aplicación de la pareja de cargos 100% cargo fijo 0% cargo variable, tal como se evidencia en la comunicación 9558 de 24 de diciembre de 2012 dirigida a ISAGEN, en la que se mencionó lo siguiente:

"Teniendo en cuenta que la Resolución CREG 121 de 2012, en donde se establecen los nuevos cargos regulados para el sistema de transporte de TGI S.A. ESP, se encuentra vigente desde la fecha de publicación en el diario oficial, nos permitimos informar que a partir del 20 de diciembre de 2012 las tarifas que remuneran los gastos de Administración, Operación y Mantenimiento (AO&M) y que se aplicarán al contrato ESTF-025-2008, son las siguientes:

GASODUCTO DE TRANSPORTE	PUNTO DE ENTRADA	PUNTO DE SALIDA	CARGO FIJO DE AO&M (\$/kpcd/a)	CARGO OCASIONAL (\$/kpc)
Ballena-Vasconia	Ballena	Sebastopol (Termocentro)	600.183	1.644

Nota: Estas tarifas son de diciembre 31 de 2011, aplicables al 2012 y se actualizarán de establecido en la regulación vigente.

Con respecto a los cargos fijos y variables que remuneran la inversión, los cuales están determinados por la pareja de cargos regulados, **les informamos que teniendo en cuenta su factor de carga, el cargo fijo a aplicar en el Contrato ESTF -026- 2008 debería considerar un Λ_f**

como mínimo de 100%, resultando en la pareja de cargos regulados 100% fijo - 0% variable.

En consecuencia de lo anterior, **TGI S. A. ESP propone a ISAGEN S.A. ESP la aplicación de esta nueva pareja de cargos (100% fijo - 0% variable), la cual requerimos sea confirmada a más tardar el 10 de enero de 2013 para que la misma sea aplicada a partir de la confirmación.** De no recibir confirmación en la fecha mencionada, entenderemos que la propuesta ha sido aceptada y se aplicará desde el día 11 de enero de 2013 y las tarifas a cobrar serían las siguientes:

GASODUCTO DE TRANSPORTE	PUNTO DE ENTRADA	PUNTO DE SALIDA	CARGO FIJO US\$/kpc/d /a	CARGO VARIABLE (US\$/kpc)	CARGO OCASIONAL (US\$/kpc)
Ballena – Vasconia	Ballena	Sebastopol (Termocentro)	365.0 17	0	2.112

Nota: Estas tarifas son de diciembre 31 de 2011 aplicables al 2012 y se actualizarán de acuerdo con lo establecido en la regulación vigente.

Si dentro del plazo indicado anteriormente para confirmar la pareja de cargos a aplicar en el contrato ESTF -025- 2008, no se llega a un mutuo acuerdo, **se dará inicio al procedimiento de aproximación ordinal, sin que se entienda que la propuesta de pareja de cargos dada por TGI S. A. ESP en esta comunicación, sea la pareja preferente dentro del procedimiento en mención.**”

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

“37. ISAGEN dio respuesta a la referida comunicación de 24 de diciembre de 2014, mediante comunicación E-13-0000397 enviada al Fax de TGI el 10 de enero de 2013, alegando que la propuesta de la pareja de cargos, no podía ser analizada de manera aislada de las condiciones que según ISAGEN afectaban el Contrato, así:

“De manera atenta damos respuesta a su comunicación de la referencia, mediante la cual propone una pareja de cargos 100% fijo y 0% variable, que sería aplicable al contrato ESTF-025-2008. **A ese respecto llamamos su atención que la propuesta no puede ser analizada de manera aislada de las condiciones que afectan el contrato que se pretende modificar**, máxime si se tiene en cuenta que existen circunstancias y argumentos que hacen que sea financieramente inviable y que por consiguiente, obligarían a que se revisen las condiciones económicas del mismo para restablecer el equilibrio contractual.

Esos aspectos requieren que se active el esquema de solución de controversias pactado, el cual a pesar de nuestra insistencia no se ha implementado. La variación en la pareja de cargos a que hace alusión en su misiva, empeoraría aún más nuestra situación contractual.

Sentado lo anterior, compartimos con usted que debemos ahora, entonces, dar espacio a una negociación de las parejas de cargos. Para el efecto proponemos una reunión inicial para el jueves 17 de enero de 2013 a las 9:30 en nuestras oficinas en Bogotá.

Negociación que obviamente, debe darse de modo sustancial, es decir (i) dentro de los más altos estándares de buena fe por las partes (ii) precedido de suficiente y relevante información recíproca, que habilite a cada parte a conocer las condiciones y necesidades de la otra, para que se puedan presentar posturas y propuestas racionales; (iii) con base en la metodología que para la etapa de mutuo acuerdo se establezca; y sólo a modo ilustrativo es nuestra convicción que las condiciones técnicas mínimas deberían considerar lo establecido en la Resolución CREG 079 de 2011 respecto a la determinación libre de cargos en la cual los remitentes podrán convenir libremente con el transportados los cargos o esquema de remuneración por servicios de transporte, de tal forma que se refleje una cifra justa y equitativa.

Ponemos de presente que dadas las condiciones en que nos encontramos, esta Empresa no tiene alternativa distinta que proceder a la negociación que estamos proponiendo, pero que ello no puede ser entendido como validación de ninguna manera de las circunstancias precedentes que siguen afectando la legalidad de la relación contractual.

Finalmente, notamos que el perentorio plazo fijado por TGI para responde la propuesta no está contemplado en la regulación. Lo procedente es que mientras dure la negociación que debe surtirse de común acuerdo, se siga con el esquema de cobros actual.”

(Negritas y subrayas fuera de texto)

*Obsérvese que si bien ISAGEN manifestó que la negociación de la pareja de cargos debía hacerse teniendo en cuenta las demás circunstancias que en su concepto afectaban la ejecución del Contrato, **reconoció la obligatoriedad de negociar la pareja de cargos del Contrato,** a raíz de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012, que dejó en firmes los cargos específicos para TGI con base*

en los criterios generales establecidos en la Resolución CREG 126 de 2010, según fue modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.

De lo anterior se concluye que, en un primer momento, ISAGEN aceptó y reconoció su obligación de negociar la pareja de cargos, para adecuarse a los cambios introducidos en la regulación, obligación que está contenida de manera explícita en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato.

“38. El 23 de enero de 2013, se llevó a cabo en una reunión entre las partes en la que ISAGEN solicitó entre otras cosas, que el periodo de negociación se extendiera por 6 meses, durante el cual se facturaría con la pareja de 50% fijo y 50% variable resultante de la aplicación de la Resolución CREG 125 de 2003, mientras se llegaba a un acuerdo. Aun cuando dicha propuesta se consideró improcedente tal como se manifestó a ISAGEN, TGI se comprometió a poner en conocimiento de su Junta Directiva la referida propuesta. Lo anterior consta en un documento denominado “ayuda memoria” enviado por ISAGEN a TGI mediante comunicación E-13-002235 radicada el 20 de febrero de 2013, en el que se señala, entre otras cosas, lo siguiente:

“7. TGI argumenta que la única metodología que se justifica en la reunión es la definida en el procedimiento definido regulatoriamente.

8. TGI pregunta que cuales son los números de las parejas que trae ISAGEN, a lo cual se propone más bien unas fechas de reunión para tratar los contratos ESTF-07-2005 y ESTF-08-2009. **La primer reunión se acuerda para el jueves 31 de enero de 2013 en Bucaramanga, con cifras que las partes compartirán para llegar a un acuerdo.**

9. Para el ESTF- 025- 2008, **ISAGEN propone que las partes se tomen seis (6) meses y que mientras tanto TGI siga facturando con la pareja 50%- 50% de la 125, y un descuento en el AOM mientras se logra una definición frente al desacuerdo contractual que existe.** TGI indica que la propuesta debe ser enviada por ISAGEN de manera formal, que lo ven muy improbable, **y que llevarán el tema a su junta directiva.** Para este contrato proponen reunión en quince (15) días, es decir el 7 de febrero de 2013, sujetos a confirmación según las directrices que de la Junta Directiva de TGI.”

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

“39. Sobre la propuesta de ISAGEN de ampliar el término de negociación, TGI mediante comunicación 001809 de 25 de febrero de 2013, manifestó, entre otras cosas, que la propuesta de ampliar el periodo de negociación por 6 meses era improcedente, agregando que para determinar la pareja de cargos debían aplicarse los mecanismos establecidos en la regulación para lo cual ISAGEN debía proponer una pareja de cargos para aplicar en el nuevo periodo tarifario; veamos:

“En respuesta a su comunicación de la referencia, en donde adjuntan la ayuda de memoria de la reunión llevada a cabo el 23 de enero de 2013, respecto de la definición de parejas de cargos, entre otros, para el contrato ESTF-025-2008, nos permitimos manifestar lo siguiente:

- TGI SA ESP siempre ha actuado de manera abierta y transparente en todo lo relacionado con la prestación del servicio de transporte de gas natural a todos los remitentes del Sistema que administra, y el proceso de negociación de la pareja de cargos del contrato ESTF-025-2008, así como los demás contratos suscritos con ISAGEN no son la excepción. Lo anterior se puede evidenciar

en el tratamiento igualitario que se le dio a todos los remitentes, sobre la propuesta de pareja de cargos informada en la comunicación del 24 de diciembre de 2012 y que hacía parte del proceso de negociación de la pareja de cargos a aplicar en el contrato en mención, proceso se encuentra establecido en la regulación vigente y que es conocida por todos los agentes que hacen parte de la cadena del gas natural.

No puede entenderse entonces que este tratamiento igualitario constituya un aprovechamiento de TGI SA ESP para sacar o incrementar la ventaja contractual.

Por otra parte, el proceso para llegar a la pareja de cargos a aplicar en un contrato según la regulación vigente, ya trae consigo la posibilidad de que en caso de no llegarse a un acuerdo porque cada uno de las partes expondrá sus intereses particulares, se llegue a un punto medio en donde ambas partes queden beneficiadas.

□ Teniendo en cuenta que en la reunión quedó el compromiso de llevar la propuesta realizada por ISAGEN a la Junta Directiva de TGI SA ESP, **les informamos que la posibilidad de ampliar el plazo regulatorio de tres (3) meses a seis (6) meses para llegar a acuerdos sobre la pareja de cargos a aplicar en el contrato ESTF-025-2008**, no es posible pues tendría que aplicar similares condiciones a sus demás remitentes con onerosas implicaciones para la Empresa, de lo contrario se estaría violando el principio de igualdad del cual TGI SA ESP siempre se ha caracterizado por cumplir.

Así mismo, les confirmamos que mientras se surte el trámite para acordar la pareja de cargos, máximo tres (3) meses después de

quedar en firme la resolución CREG 121 de 2012, TGI S.A. ESP seguirá aplicando la resolución CREG 125 de 2003 en la pareja de cargos acordada en ese momento y el AO&M pleno de la Resolución CREG 121 de 2012.

Por otra parte, para TGI SA ESP no es procedente la revisión de la información que solicitó ISAGEN para poder negociar, ya que dentro del proceso de revisión de inversiones y costos de AO&M realizados por el regulador para calcular la tarifa que fue aprobada mediante resolución CREG 121 de 2012, se surtió dicho trámite y más aún, ya se tienen acotamientos de algunas inversiones. Adicionalmente, ISAGEN pudo hacerse partícipe dentro del proceso y conocer toda la información del expediente tarifario.

*Insistimos en continuar con el proceso de negociación de la pareja de cargos a aplicar en el contrato ESTF-025-2008, por lo tanto, **solicitamos a ISAGEN realizar una propuesta de pareja de cargos que se ajuste a la regulación vigente, con el propósito de que podamos revisarla y que al final si no se llega a ningún acuerdo podamos surtir los trámites pertinentes.***

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Como se observa en la comunicación citada, TGI solicitó a ISAGEN hacer una propuesta sobre la pareja de cargos a aplicar con la nueva regulación, solicitud que se efectuó dentro del periodo de tres meses previstos en la regulación en los cuales las partes podrían negociar la pareja de cargos a aplicar para el respectivo periodo tarifario.

“40. El 12 de marzo de 2013, mediante comunicación adjunta a correo electrónico TGI solicitó nuevamente a ISAGEN que procediera a presentar su propuesta de pareja de cargos, a más tardar el 14 de marzo de 2013, toda vez que el plazo de

tres meses previsto en la regulación para negociar la pareja de cargos vencería el 19 de febrero de 2014. Adicionalmente, advirtió que de no ser posible llegar a un acuerdo sobre la pareja de cargos a aplicar, las partes estarían obligadas a acudir al mecanismo de aproximación ordinal previsto en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, según fue modificado por la Resolución CREG 079 de 2011, mecanismo previsto para solucionar la controversia entre las partes sobre la referida pareja de cargos a aplicar en el nuevo periodo tarifario. En la referida comunicación se manifestó lo siguiente:

“Estimado doctor Mejía,

*Teniendo en cuenta que el próximo 19 de marzo de 2013 finaliza el plazo regulatorio para la determinación de la pareja de cargos que remuneran la inversión en el Contrato ESTF-025-2008, en el marco de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada mediante Resolución CREG 079 de 2011, **nos permitimos solicitar a ISAGEN presentar su propuesta de pareja de cargos a más tardar el día 14 de marzo de 2013.***

Lo anterior, con el propósito de finalizar el proceso de negociación que hemos surtido desde el 24 de diciembre de 2012, una vez quedó en firme la resolución CREG 121 de 2012, por la cual se establecen los cargos regulados para el sistema de transporte TGI S.A ESP, sin que a la fecha hayamos recibido una propuesta de pareja de cargos por parte de EEPPM.

De no contar con una propuesta por parte de ISAGEN el 14 de marzo de 2013, entenderíamos que no existe acuerdo entre las partes y, por lo tanto, se tendría que dar inicio al procedimiento de aproximación ordinal según lo establecido en el Artículo 16 – Opciones para la determinación de cargos que remuneran la inversión – de la Resolución CREG 079 de 2011, por lo tanto, TGI S.A. ESP propone desde ahora a la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones –

ANDESCO para que haga las veces de Secretario Ad-Hoc del proceso de aproximación ordinal, proceso que se desarrollaría el día 18 de marzo de 2013 a las 4:30 pm en las oficinas de ANDESCO en la ciudad de Bogotá.

Agradecemos su confirmación de la hora para llevar a cabo el proceso antes mencionado”.

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“41. En respuesta a las anteriores comunicaciones, en las que TGI solicitó a ISAGEN presentar su propuesta de la pareja de cargos a aplicar en el nuevo periodo tarifario, ISAGEN en una conducta contraria a sus propios actos, cambió radicalmente la posición antes sostenida, y manifestó que no se daban las condiciones para ajustar la pareja de cargos, desconociendo su obligación legal y contractual. Lo anterior consta en la comunicación E-13-003428 radicada el 15 de marzo de 2014 en TGI, en la que ISAGEN manifestó lo siguiente:

“Estimado doctor:

De manera atenta damos respuesta a su comunicación de la referencia, mediante la cual solicita que la empresa que represento realice “una propuesta de parejas de cargos que se ajuste a la regulación vigente”. Sobre el particular, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. En este momento no se precisa de una negociación de la pareja de cargos;

2. De conformidad con lo previsto en el contrato ESTF-025-2008 y lo dispuesto por el regulador, no se dan las condiciones para ajustar la pareja de cargos pactada;

3. Si no es procedente una fórmula que alivie a ISAGEN, a lo máximo, por ahora, la pareja de cargos 50% costos fijos y 50% costos variables se debe mantener...”

(Negritas y subrayas fuera de texto)

ISAGEN argumentó en dicha comunicación que no había lugar a la “renegociación de la pareja de cargos” con ocasión de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012, que fijó las tarifas para TGI con base en los criterios fijados en la Resolución CREG 126 de 2010, que reemplazó la Resolución CREG 001 de 2000, desconociendo la obligación contractual contenida en el numeral 6 del Capítulo II que expresamente estableció que **“En el momento en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato.”**

“42. Pese a la insistencia de TGI, ISAGEN se negó a pactar de común acuerdo la pareja de cargos a aplicar al Contrato en el referido periodo de tres (3) meses de libre negociación previsto en la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, arguyendo, de manera contraria a la ley, la regulación y el Contrato, que los cambios previstos por la CREG en materia tarifaria, no le eran aplicables al Contrato, y que la pareja de cargos 50% fijo y 50% variable pactada en el contrato era inmodificable.

“43. Ante la ausencia de acuerdo entre TGI y ISAGEN sobre la pareja de cargos a aplicar al Contrato en el periodo de tres (3) meses previsto en la regulación, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16.3.2. de la Resolución CREG 126 de 2010 modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, mediante comunicación enviada mediante comunicación 002790 de 20 de marzo de 2013, TGI invitó a

ISAGEN a asistir al mecanismo de aproximación ordinal, como ya lo había hecho desde la comunicación de 12 de marzo de 2013 ya citada, proponiendo a ANDESCO, para que hiciera las veces de Secretario Ad-Hoc. En la referida comunicación TGI manifestó lo siguiente:

*“De acuerdo con lo anterior y **teniendo en cuenta que el día de hoy 19 de marzo de 2013, se ha agotado la etapa de mutuo acuerdo, se debe continuar con el procedimiento de aproximación ordinal** establecido en el Artículo 16 – Opciones para la determinación de cargos que remuneran la inversión- de la Resolución CREG 079 de 2011, por lo tanto, la aplicación de las parejas de cargos que se establezcan mediante dicho procedimiento empezarán a regir desde el 20 de marzo de 2013.*

***Tal y como se informó en la comunicación de 12 de marzo de 2013, TGI S.A. ESP propone a la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones – ANDESCO para que haga las veces de Secretario Ad-Hoc del proceso de aproximación ordinal**, por lo tanto, agradecemos una propuesta de fecha entre el 1 y el 10 de abril de 2013 para llevar a cabo dicho proceso, el cual se desarrollará en las oficinas de ANDESCO en la ciudad de Bogotá.”*

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Es de anotarse que el mecanismo de aproximación ordinal no puede llevarse a cabo sino con la presencia de las dos partes, de modo que la negativa de una de ellas a concurrir al mecanismo de aproximación ordinal, constituye una obstrucción indebida e insalvable para su aplicación y un incumplimiento de la regulación y del contrato, que afecta los derechos de su contraparte contractual, pues le impide hacer uso del mecanismo técnico de solución de diferencias que la regulación creó precisamente para estos efectos.

“44. ISAGEN se negó a asistir al mecanismo de aproximación ordinal aun cuando la regulación lo establece como obligatorio para todos los remitentes y transportadores, en caso de que no haya acuerdo respecto de la pareja de cargos a aplicar para el respectivo periodo tarifario. Lo anterior consta en comunicación E-130004407, radicada en TGI el 9 de abril de 2013, en la que ISAGEN desconoce la obligación contenida en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, que obligaba a las partes a ajustar la pareja de cargos cuando la CREG modificara las opciones establecidas en el Resolución CREG 001 de 2000 para la determinación de la pareja de cargos; veamos:

“Estimado doctor:

*De manera atenta damos respuesta a su comunicación de la referencia, para reiterar que no es procedente su pretendida imposición de renegociar la pareja de cargos pactada en el contrato de la referencia **y continuar con el procedimiento de aproximación ordinal establecido en la resolución Creg 079 de 2011.***

A ese respecto, reafirmamos nuestras consideraciones expuestas en comunicación E-13-0003428 del 14 de marzo de 2013 y, teniendo en cuenta que estamos en presencia de evidentes diferencias sobre la materia, estamos acudiendo a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, para que en desarrollo de la facultad prevista en el artículo 14. 18 de la ley 142 de 1994 y lo establecido en la Resolución CREG 066 de 1998, dirima el conflicto contractual surgido.

Mientras el regulador se pronuncia, consideramos vigente la pareja 50% fijo — 50% variable, con el nuevo valor contenido en la resolución CREG 121 de 2012.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Se evidencia así que ISAGEN incumplió el numeral 16.3.2 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, que es de obligatorio cumplimiento para todos los remitentes y transportadores, así como el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, al 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.

*Esta conducta de ISAGEN constituye una **OBSTRUCCIÓN INDEBIDA Y 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, art. 88.1 y concordantes, y de las resoluciones de la CREG aplicables al caso.*

“45. Ante el incumplimiento de ISAGEN consistente en negarse a acudir al mecanismo de aproximación ordinal, TGI para dar cumplimiento a la regulación y en cumplimiento del deber de no agravar su propio daño, no tuvo más alternativa que facturar el servicio prestado, conforme la pareja 85% Cargo Fijo y 15% Cargo Variable, que corresponde a la mínima pareja de cargos a la cual podría aspirar ISAGEN 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. Lo anterior fue manifestado a ISAGEN mediante comunicación 003908 enviada por TGI el 3 de mayo de 2013, en la que se señaló:

“Apreciada doctora Liliana;

(...)

*Respecto de lo anterior, es pertinente precisar que la determinación de la nueva pareja de cargos de remuneración para el contrato de la referencia, durante el plazo de tres (3) meses, bien sea mediante la negociación o el mecanismo de aproximación ordinal, en caso de imposibilidad de acuerdo, es una obligación regulatoria y contractual en cabeza de ISAGEN, como quiera que en el contrato de la referencia se estableció de manera expresa que " los cargos estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG" y se precisó que "**en el momento en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para /a determinación de los cargos establecida en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en e/ presente contrato**".*

Lo anterior implica que ISAGEN tenía pleno conocimiento de que se presentaría un cambio regulatorio en relación con las opciones para la determinación de la pareja de cargos y asumió la obligación de ajustarse a la regulación vigente, así como a modificar las parejas de cargos si se modificaban las opciones contempladas en la Resolución 001 de 2000 que, en el presente caso, fue modificada por la Resolución 126 de 2010.

Visto lo anterior, se concluye que ISAGEN, 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 ESTF- 025 -2008. En razón de ello y, considerando que TGI S.A. ESP 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 ISAGEN en el procedimiento de aproximación ordinal (85% fijo - 15% variable), sin que ello implique que dicha pareja de cargos corresponde a aquella a la que TGI S.A. ESP hubiera aspirado como resultado de un proceso de negociación e, incluso, del mismo proceso de aproximación ordinal. Tampoco implica la renuncia de TGI S.A. ESP 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 la pareja de cargos a que se hizo referencia, esto es la pareja "85% fijo - 15% variable ", lo cual se reflejará en las siguientes facturas.

Se advierte, en todo caso, que las facturas del contrato ESTF- 025 -2008 seguirán siendo provisionales en lo que se refiere a las proporciones fijo / variable hasta tanto se definan las proporciones que regirán durante el actual período tarifario, mediante los mecanismos legales y regulatorios pertinentes.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

A partir de lo anterior, se concluye que la pareja de cargos con la que actualmente factura TGI a ISAGEN, es la pareja que, a la luz de la regulación, cumple con los topes de cargo mínimo y máximo aplicables en el mecanismo de Aproximación Ordinal para la pareja de cargos de transporte que remunera la inversión. Se resalta que la decisión de TGI de facturar con la pareja 85% fijo / 15% variable **tenía un carácter provisional**, en espera de la definición a que hubiere lugar, que es, en últimas, la que le corresponde tomar a este Honorable Tribunal, en relación con la

pretensión de TGI de que se condene a ISGEN a cumplir con su obligación de comparecer al mecanismo de Aproximación Ordinal.

ISAGEN se ha negado a actualizar los cargos del Contrato según las opciones establecidas en la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011 – esto es, mediante mutuo acuerdo o mediante el mecanismo de Aproximación Ordinal -, alegando que las mismas no le son aplicables al Contrato, pese a que en el numeral 6 del Contrato se pactó expresamente que “en el momento en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la resolución CREG 001 de 2000, **se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato**”. (Negritas y subrayas fuera de texto)

La existencia de dicha obligación fue inicialmente reconocida por la propia ISAGEN, quien en respuesta a las primeras comunicaciones que envió TGI, en relación con la negociación de la pareja de cargos, reconoció que debía adelantarse una negociación sobre la pareja de cargos a aplicar con la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012, y propuso que la misma se surtiera de manera conjunta con la negociación de otros temas que, en su concepto, estaban afectando la ejecución del Contrato.

“46. ISAGEN ha glosado la facturas enviadas por TGI, y se ha negado a pagar el valor total correspondiente al servicio prestado conforme a lo dispuesto en la Ley, la regulación y el Contrato, generándole un perjuicio económico a TGI.

En el siguiente cuadro, se muestran los valores adeudados por ISAGEN de cada factura que corresponden a las glosas efectuadas por éste:

FACTURA No.	SERVICIO DE TRANSPORTE DEL MES DE	VALOR FACTURA	VALOR PAGADO SEGÚN CARTA DE GLOSA	DIFERENCIA ENTRE FACTURADO Y PAGO INFORMADO
12947	Abril de 2013	2.175.147.420	1.537.260.391	637.887.029
13053	Mayo de 2013	3.392.418.269	2.707.172.478	685.245.791
13236	Junio de 2013	3.598.118.549	2.862.051.261	736.067.288
13366	Julio de 2013	3.562.282.916	2.840.971.320	721.311.596
13466	Agosto de 2013	3.604.077.253	2.865.556.412	738.520.841
13544	Septiembre de 2013	3.584.820.350	2.854.228.736	730.591.614
13747	Octubre de 2013	3.556.472.484	2.837.553.393	718.919.087
13900	Noviembre de 2013	2.740.599.557	2.179.538.258	561.061.299
13998	diciembre de 2013	3.596.107.602	2.860.868.346	735.239.256
14150	enero de 2014	3.725.927.951	2.951.588.445	774.339.506
14266	febrero de 2014	3.769.599.361	2.977.276.734	792.322.627

14394	Marzo de 2014	3.685.721.040	2.927.938.035	757.783.005
14533	Abril de 2014	3.311.763.267	2.636.135.975	675.627.292
14669	Mayo de 2014	3.359.806.320	2.680.601.563	679.204.757
14795	Junio de 2014	3.606.945.831	2.881.601.076	725.344.755
14932	Julio de 2014	2.400.835.781	1.921.835.257	479.000.524
15084	Agosto de 2014	3.372.276.380	2.688.793.523	683.482.857
15222	Septiembre de 2014	4.240.697.882	4.203.039.658	37.658.224
15379	Octubre de 2014	4.500.580.969	4.254.232.422	246.348.547
15535	Noviembre de 2014	2.943.280.845	2.778.307.183	164.973.662
15669	Diciembre de 2014	4.823.934.087	4.957.092.298	
15846	Enero de 2015	5.474.441.272	5.474.441.272	-
15979	Febrero de 2015	4.992.975.430	4.488.234.830	504.740.600
16220	Marzo de 2015	4.904.200.527	4.904.200.527	-

16341	<i>Abril de 2015</i>	3.951.791.314	3.808.257.115	143.534.199
16515	<i>Mayo de 2015</i>	3.923.653.079	3.923.653.079	-
16676	<i>Junio de 2015</i>	5.477.572.840	5.477.572.840	-
16868	<i>Julio de 2015</i>	5.656.100.607	5.656.100.607	-
17035	<i>Agosto de 2015</i>	4.030.120.290	3.484.913.726	545.206.564
		111.962.269.473	98.621.016.760	13.474.410.920

Se reitera que TGI ha facturado provisionalmente a ISAGEN, con base en la pareja 85% fijo – 15% variable, que corresponde a la mínima pareja de cargos a la cual podría aspirar ISAGEN en el procedimiento de aproximación ordinal en función de la consideración de su factor de carga histórico, sin que ello implique que dicha pareja de cargos corresponda a aquella a la que TGI aspira como resultado de un proceso de negociación o del mismo proceso de aproximación ordinal.

“47. TGI e ISAGEN llevaron a cabo diversas reuniones para arreglar las controversias de forma directa, sin que haya sido posible llegar a un acuerdo sobre las mismas, precisamente por cuanto ISAGEN se negó a dar cumplimiento a su obligación de acudir al mecanismo de aproximación ordinal, bloqueando de este modo a TGI en su legítimo derecho a obtener la remuneración a la que tiene derecho de acuerdo con la pareja de cargos que resultaría de la aproximación ordinal.

“HECHOS RELATIVOS AL CONTRATO ESTF-08-2009.

A. Hechos relacionados con la celebración del Contrato ESTF-08-2009 y sus aspectos generales.

“48. El 15 de abril de 2009, TGI, en condición de transportador, e ISAGEN en condición de remitente, suscribieron el Contrato ESTF-08-2009, en adelante “el Contrato”, cuyo objeto, de conformidad con el acuerdo contenido en el numeral 1 del Capítulo II del Contrato ESTF-08-2009, es la prestación del Servicio de Transporte de Gas Natural por el Sistema.

“49. Según se lee en el Contrato, la fecha de comienzo del servicio se pactó para el 1 de enero de 2016, razón por la cual a la fecha no se ha iniciado la ejecución del Contrato.

“50. La capacidad en firme contratada por ISAGEN con ocasión del Contrato es la que se señala numeral 6 del Capítulo I, expresada en KPDC (unidad medida que hace referencia a miles de pies cúbicos por día). La capacidad contratada es la siguiente:

6. Capacidad

6.1. Capacidad en Firme Contratada (kpc/d)

12,000

“51. Al igual que en el caso del Contrato ESTF-025-2006, el contrato se rige por la Ley 142 de 1994, vigente al momento de su celebración, por tratarse de un servicio público domiciliario. Adicionalmente, siendo el transporte de gas de un monopolio natural, este Contrato está sujeto a la regulación que expida la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

B. Hechos relacionados con las disposiciones del Contrato ESTF-08-2009 relativas a la remuneración del servicio de transporte de gas.

“52. El 15 de abril de 2009, fecha en la que se suscribió el Contrato, se encontraba vigente la Resolución CREG 001 de 20 de enero de 2000, mediante 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”, de modo que la misma era aplicable al Contrato.

“53. Dicha resolución, en su artículo 5, establecía que el transporte de gas se remuneraba a través de cargos fijos y variables regulados que remuneran los costos de inversión y un cargo fijo que remunera los gastos de AO&M, así:

“ARTÍCULO 5°.- METODOLOGÍA GENERAL PARA LA ESTIMACIÓN DE CARGOS REGULADOS PARA EL SERVICIO DE TRANSPORTE.

Los ingresos de las empresas Transportadoras serán obtenidos mediante cargos fijos y cargos variables regulados que remuneran los costos de inversión; cargos fijos que remuneran los gastos de AO&M (...)

CF_C = Cargo fijo diario que remunera costos de inversión (US/kpcd) calculado con la tasa de Costo del Capital Invertido del 11.5%, expresado en pesos de conformidad con lo establecido en el numeral 5.7 de la presente Resolución.

CV_C = Cargo variable que remunera costos de inversión (US/kpc) calculado con la tasa de Costo del Capital Invertido del 16%, expresado en pesos de conformidad con lo establecido en el numeral 5.7 de la presente Resolución.

$CF_{AO\&M}$ = Cargo fijo diario que remunera los gastos de AO&M (\$/kpcd)...”

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“54. Se tiene entonces que el servicio de transporte de gas objeto de este Contrato, a la luz de la Resolución CREG 001 de 2000, se remunera a través de una pareja de cargos, compuesta por un cargo fijo y un cargo variable, que está definida en el artículo 1 de la referida Resolución, así:

“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.”

“55. Las fórmulas tarifarias establecidas en la Resolución CREG 001 de 2000, estarían vigentes por un periodo de 5 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución CREG 001 de 2000, en el que se define el periodo tarifario así:

“Período Tarifario: Período en el cual los cargos de transporte regulados se encuentran vigentes. De acuerdo con lo establecido en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, los cargos que se aprueben tendrán una vigencia de cinco años.”

(Negritas y subrayas fuera de texto)

Lo anterior concuerda con lo dispuesto por el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, que establece que **“Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años,** salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias

“58. En el numeral 2.7 del Capítulo I del Contrato “Consideraciones”, las partes acordaron que el Contrato estaría sujeto a la regulación, control y vigilancia del Estado, por ser el transporte de gas un servicio público, así:

“2.7. Que las Partes reconocen y aceptan que el Contrato y el Servicio de transporte están sujetos a la regulación, control y vigilancia del Estado, por ser el Transporte de Gas una actividad de servicio público complementaria de conformidad con la Ley 142 de 1994, **lo cual puede llevar a cambios en el Contrato.**”

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“59. En concordancia con el anterior acuerdo contenido en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, las partes pactaron que los cargos de transporte estarían sujetos a las variaciones que impusiera la CREG. Así mismo manifestaron que cuando la CREG modificara las opciones para la determinación de los cargos establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, se debería ajustar la pareja de cargos pactada, así:

“6. CARGOS POR TRANSPORTE

Los cargos imputables a la prestación del Servicio objeto de este Contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la Sección I- ESTF y en el numeral 2 del Capítulo IV **y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG.**

Parágrafo: **En el momento en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las**

opciones para la determinación de los cargos establecida en la resolución CREG 001 de 2000, SE DEBERÁ AJUSTAR LA PAREJA DE CARGOS PACTADA EN EL PRESENTE CONTRATO.

(Negritas, subrayas y mayúsculas fuera de texto)

La anterior disposición no ha sido modificada y evidencia que las partes tenían conocimiento de que el servicio de transporte de gas es un servicio regulado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, lo que implicaría que los cargos y tarifas imputables a dicha actividad necesariamente estarían sujetos a las modificaciones introducidas por ésta. En efecto, las partes pactaron expresamente que la pareja de cargos pactada, debe ajustarse cuando la CREG modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, pues se insiste que tal como se estableció en dicha resolución, las fórmulas tarifarias allí contenidas tendrían vigencia de 5 años.

“60. Adicionalmente, en el numeral 13 del Capítulo II del Contrato, las partes pactaron expresamente que las condiciones técnicas y económicas estarían sometidas a la regulación, así:

“13. Ajuste regulatorio

*Tanto las condiciones de prestación del Servicio como **las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces**, por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento **sin necesidad de aceptación de las Partes**”.*

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“61. La inclusión de los referidos acuerdos, contenidos en los numerales 6 y 13 de la Capítulo II en el Contrato, obedece al mandato imperativo contenido en el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, vigente al tiempo de la celebración del contrato, que obliga a las empresas a ceñirse a las fórmulas que defina PERIÓDICAMENTE la respectiva comisión para fijar sus tarifas, así:

“ARTÍCULO 88. REGULACIÓN Y LIBERTAD DE TARIFAS. Al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad, de acuerdo a las siguientes reglas:

88.1. 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. De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.

88.2. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.

88.3. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores. Corresponde a las comisiones de

regulación, periódicamente, determinar cuándo se dan estas condiciones, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.”

(Negritas y subrayas fuera del texto)

Dicho artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994, vigente al momento de celebración del Contrato, se entiende incorporado a éste, en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, aún vigente³⁴.

C. Hechos relativos a la entrada en vigencia de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.

“62. Como ya se ha mencionado en hechos anteriores, el 5 de agosto de 2010, se expidió la Resolución CREG 126 de 2010, mediante la cual la CREG estableció 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.

“63. Como ya se mencionó, si bien la Resolución CREG 126 de 2010 mantiene, en términos generales, la estructura tarifaria introducida mediante la Resolución CREG 001 de 2000, la cual estaba contenida en el Contrato ESTF-08-2009, aquella introduce las siguientes modificaciones:

³⁴ Ley 153 de 1887, “ARTICULO 38. *En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración: Exceptúanse de esta disposición:*

1o. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

2o. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.”

- *Se elimina la diferenciación que existía entre usuarios termoeléctricos y no termoeléctricos, haciendo extensivos a las empresas termoeléctricas como ISAGEN, y, en general a todos los usuarios del sistema, el piso o tope mínimo aplicables al cargo fijo que remunera la inversión y el correlativo techo o tope máximo al cargo variable (factor de carga), los cuales son de obligatorio cumplimiento para las empresas cuando la tarifa a pagar durante el período tarifario se fija por el proceso de aproximación ordinal, que es un mecanismo de solución de diferencias creado especialmente por la regulación para que técnicamente se pueda determinar el monto, valor o nivel del cargo fijo y del cargo variable, con el propósito de lograr la efectividad de lo previsto por la regulación, en el sentido de que se logre determinar la pareja de cargos a aplicar conforme a las metodologías establecidas por la CREG.*

En otras palabras, se modifican las opciones para la determinación de la pareja de cargos, especialmente para los usuarios termoeléctricos, quienes a partir de la entrada en vigencia de la nueva regulación, tendrían que tener en cuenta los topes mínimos determinados en función del factor de carga histórico para fijar la pareja de cargos que regiría para cada contrato, topes aplicables en el mecanismo de aproximación ordinal.

- *La Resolución CREG 126 de 2010 establecía que para determinar la pareja de cargos, las partes debía acudir necesariamente a la aproximación ordinal. Sin embargo, cómo se explicará en los hechos subsiguientes, la Resolución CREG 079 de 2011 que modificó la Resolución CREG 126 de 2010, permitió que antes de acudir al mecanismo de aproximación ordinal, las partes tuviesen la posibilidad de agotar una etapa de arreglo directo para determinar los montos, niveles o valores de la pareja de cargos, por un periodo de tres meses, cumplidos los cuales, en caso de no haberse llegado a un acuerdo, procedía la aproximación ordinal.*

“64. Posteriormente, la Resolución CREG 079 de 2011 expedida el 16 de junio de 2011, introdujo algunas modificaciones a 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. En efecto, el referido artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, quedó así:

“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.

b) Los comercializadores que representan demanda regulada podrán determinar los cargos regulados por mutuo acuerdo con el transportador, conforme a lo dispuesto en el numeral 16.2 de este artículo, teniendo en cuenta que el cargo fijo deberá considerar un λf que sea como mínimo el valor del Factor de Carga promedio durante el Periodo Tarifario $t-1$. En caso de que no lleguen al mutuo acuerdo, o si las partes lo convienen, deberán seguir el procedimiento de aproximación ordinal, conforme a lo dispuesto 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.

16.1. Determinación libre de cargos de transporte. Opción mediante la cual los remitentes podrán convenir libremente con el transportador los cargos o esquema de remuneración por servicios de transporte.

Las opciones comerciales que diseñe el transportador deberán dar estricta aplicación al criterio de neutralidad establecido por el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 y no podrán afectar el costo del servicio de los demás usuarios de un tramo o grupo de gasoductos.

16.2. Determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes. Opción mediante la cual los remitentes y el transportador podrán seleccionar libremente y de común acuerdo las Parejas de Cargos Regulados que se ajusten a su conveniencia, a partir de los cargos establecidos por la CREG según el Artículo 15 de esta Resolución.

16.3. Determinación de cargos regulados por el procedimiento de aproximación ordinal. Opción mediante la cual los remitentes y el transportador aplican el siguiente procedimiento para establecer las Parejas de Cargos Regulados:

a) El transportador preparará una oferta que refleje sus preferencias, en orden descendente, de las diferentes Parejas de Cargos Regulados de que trata el Artículo 15 de esta Resolución.

b) El remitente, en forma similar, preparará una oferta que refleje sus preferencias, en orden descendente, de las diferentes Parejas de Cargos Regulados de que trata el Artículo 15 de esta Resolución.

c) El transportador y el remitente depositarán sus ofertas en urna sellada, en presencia de un tercero neutral designado de común acuerdo entre las partes.

d) El tercero designado, quien obrará como secretario Ad-Hoc del proceso, abrirá las ofertas y establecerá la Pareja de Cargos Regulados a aplicar por las partes, con sujeción a las siguientes reglas:

1. Elaborará una tabla con las preferencias del transportador y del remitente, en orden descendente.

2. Iniciará el recorrido de la tabla anterior, comenzando por las Parejas de Cargos Regulados de mayor preferencia para las partes. El secretario Ad – Hoc detendrá el recorrido cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones: i) hay coincidencia en el orden de preferencia por una misma Pareja de Cargos Regulados; o ii) se presentan dos Parejas de Cargos Regulados en diferente orden de preferencia

3. Si se cumple la primera de las condiciones previstas en el numeral anterior, dicha Pareja de Cargos Regulados corresponderá a los cargos a aplicar por las partes.

4. Si se cumple la segunda condición prevista en el numeral 2 de este literal, el cargo a aplicar corresponderá al promedio de las Parejas de Cargos Regulados en diferente orden de preferencia.

5. Del resultado de la aplicación del procedimiento descrito se elaborará un acta que será suscrita por las partes y por el secretario Ad – Hoc.

16.3.1. Procedimiento de aproximación ordinal si el Factor de Carga del remitente es igual o superior a 0,5

Cuando el Factor de Carga promedio de un remitente durante el periodo tarifario $t - 1$ sea igual o superior a 0.5, para el procedimiento de aproximación ordinal este remitente y el transportador sólo podrán expresar preferencias por Parejas de Cargos Regulados en las que λf sea como mínimo el valor del Factor de Carga promedio durante el Periodo Tarifario $t-1$.

Para el caso de nuevos remitentes en el SNT, se tendrá en cuenta el Factor de Carga proyectado por dicho remitente.

16.3.2. Procedimiento de aproximación ordinal si el Factor de Carga del remitente es inferior a 0,5

Cuando el Factor de Carga promedio de un remitente durante el periodo tarifario $t- 1$ sea inferior a 0.5, para el procedimiento de aproximación ordinal este remitente y el transportador sólo podrán expresar preferencias por Parejas de Cargos Regulados en las que λf sea como mínimo uno (1) menos el valor del Factor de Carga promedio durante el Periodo Tarifario $t-1$.

Para el caso de nuevos remitentes en el SNT, se tendrá en cuenta el Factor de Carga proyectado por dicho remitente.

Parágrafo 1. Para casos en los cuales el servicio de transporte cubra varios tramos de gasoducto, el porcentaje de inversión remunerado a través de cargos fijos, determinado por el procedimiento de aproximación ordinal, aplicará de manera uniforme a todos los tramos involucrados en el servicio de transporte respectivo, siempre que dichos tramos sean de propiedad de un mismo transportador.

Parágrafo 2. Las Parejas de Cargos Regulados, independientemente del porcentaje de inversión remunerado a través del cargo fijo, otorgarán derechos de capacidad firme por el 100% de la capacidad contratada.

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.”

(Negritas, subrayas y mayúsculas fuera de texto)

“65. Se reitera que los principales cambios introducidos por la Resolución CREG 079 de 2011 al artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, son los siguientes:

- La Resolución CREG 079 de 2011 permitió que las partes contractuales, esto es Transportador y Remitente, en un periodo máximo de tres (3) meses, tuvieran la posibilidad de intentar llegar libremente y por mutuo acuerdo a una Pareja de Cargos en el marco de la regulación, **antes de acudir al mecanismo de aproximación ordinal**; esa primera etapa de acuerdo empezaría a correr el día en quedase en firme la Resolución de la CREG mediante la cual quedan en firme los cargos específicos para cada transportador, resolución de donde resultan los valores a cobrar para el actual período tarifario con base en las metodologías establecidas en la Resolución CREG 126 de 2010.*

*En consecuencia, con la expedición de la Resolución CREG 079 de 2011, **si las partes no llegan a un acuerdo sobre la pareja de cargos a aplicar en el plazo de tres meses que otorga la regulación, es obligación de las aquellas acudir al mecanismo de aproximación ordinal previsto en el artículo 16.3,** en el que necesariamente, a través del procedimiento técnico allí descrito, deben tenerse en cuenta y atenderse las restricciones establecidas por la CREG y en particular, los pisos o topes mínimos fijados por la CREG en función del factor de carga para el cargo fijo, y los correlativos techos o topes máximos que de ello surgen para la pareja de cargos. Se trata de un procedimiento creado por la regulación especialmente para este tipo de diferencias, puramente técnico y objetivo, diseñado para que las partes que no lograron un acuerdo sobre su diferencia, puedan solucionarla en el marco de la regulación, determinando unos valores o niveles para la pareja de cargos, en el marco regulatorio.*

- *Otro aspecto que modificó la Resolución CREG 079 de 2011, fue que en el párrafo 3 del artículo 16 se estableció expresamente que “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.” Mientras que en el párrafo 3 del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, se había dispuesto que “Aquellos remitentes con contratos vigentes que incluyan cláusulas de ajuste de precio por cambios regulatorios deberán aplicar el procedimiento establecido en este artículo dentro del Mes siguiente a la entrada en vigencia de los nuevos cargos”.*

*Obsérvese que si bien la redacción del párrafo 3° fue modificada en la Resolución CREG 079 de 2011, se tiene que al igual que en la redacción anterior, **la CREG está remitiendo a lo pactado en los referidos contratos de transporte.** En efecto, en dicho párrafo 3° del artículo 16, modificado por la Resolución CREG 079 de 2011 se prescribe que los remitentes “darán*

aplicación a las opciones definidas en este artículo” lo que significa que los remitentes determinarán los cargos por mutuo acuerdo, o en caso de que este no se logre, acudirán al mecanismo de aproximación ordinal, no siendo optativo, sino obligatorio acudir a este mecanismo.

“66. Las nuevas disposiciones regulatorias introducidas por la CREG mediante Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, en relación con las opciones y metodologías para determinar la pareja de cargos, específicamente lo dispuesto en el referido artículo 16, son de obligatorio cumplimiento para las partes, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-08-2009, así como en el artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994, ya citado.

“67. Con base en los criterios establecidos en la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, el día 25 de agosto de 2011, la CREG, mediante Resolución CREG 110 de 2011, estableció los Cargos Regulados para el Sistema de Transporte de TGI.

“68. En contra de la Resolución CREG 110 de 2011, se interpusieron recursos de reposición que fueron resueltos mediante la Resolución CREG 121 de 2 de noviembre de 2012, quedando en firme los cargos de transporte para TGI para el nuevo periodo tarifario

D. Hechos relacionados con la negativa de ISAGEN a adecuar el Contrato ESTF-08-2009 según los cambios introducidos por la CREG en las fórmulas y opciones tarifarias.

“69. El día 20 de diciembre de 2012 se publicó la Resolución CREG 121 de 2012³⁵ en el Diario Oficial, 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.

“70. A partir de dicha fecha, TGI e ISAGEN, para establecer la pareja de cargos que regiría para el nuevo periodo tarifario para el Contrato ESTF- 08-2009, estaban obligadas a dar aplicación a las opciones definidas en el artículo 16 de la referida Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, en cumplimiento de lo establecido, en:

- (iv) El numeral 2.7 del Capítulo I que dispone que “2.7. Que las Partes reconocen y aceptan que el Contrato y el Servicio de transporte están sujetos a la regulación, control y vigilancia del Estado, por ser el Transporte de gas combustible una actividad de servicio público complementaria de conformidad con la Ley 142 de 1994, **lo cual puede llevar a cambios en el Contrato**”.
- (v) El párrafo del numeral 6 del Capítulo II del Contrato, en el que se pactó expresamente que “En el momento en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la resolución CREG 001 de 2000, **se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato.**”

³⁵ La Resolución CREG 121 de 2012, resolvió los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución CREG de 2011, “por la cual se establecen los cargos regulados para el sistema de transporte de la Transportadora de Gas Internacional S.A. ESP., TGI S.A. ESP”. En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución 121 de 2012, los cargos fijados para TGI quedan en firme.

- (vi) *El numeral 13 del Capítulo II que dispone que “Tanto las condiciones de prestación del Servicio como **las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces**, por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento **sin necesidad de aceptación de las Partes**”.*

*Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2° de la Resolución CREG 079 de 2011, **en el que se estableció expresamente que los remitentes con contratos vigentes, deberán dar aplicación a las opciones definidas en el referido artículo, de acuerdo con lo pactado en los respectivos contratos**, así: “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”.*

*“71. Las **opciones** referidas en el hecho anterior, para la determinación de los montos, valores o niveles de la pareja de cargos establecidas en el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, que modificó el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, son las siguientes:*

- ***Determinación de los cargos de transporte por mutuo acuerdo.***

El Transportador y Remitente intentaran pactar de mutuo acuerdo a una Pareja de Cargos en un periodo máximo de tres (3) meses, que empieza a correr el día en que entre en vigencia la Resolución de la CREG que deje en firme los cargos específicos para el transportador. (Artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011)

- **Determinación de los cargos de transporte mediante el mecanismo de aproximación ordinal.**

Ante la ausencia de acuerdo sobre la pareja de cargos en el periodo de tres (3) meses anterior, debe acudir al mecanismo de aproximación ordinal, en el que deben tenerse en cuenta los topes mínimos que se determinan en función del factor de carga, y correlativos topes máximos establecidos por la CREG. (Artículo 16.3.2 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011)

- **Determinación libre de los cargos de transporte**

Bajo esta opción las partes podrían convenir libremente los cargos o esquema de remuneración del servicio de transporte, dando aplicación al criterio de neutralidad establecido en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 y sin afectar el costo del servicio de los demás usuarios de un tramo o grupo de gasoductos.

“72. En cumplimiento de lo dispuesto en la regulación, y en el Contrato, TGI informó a ISAGEN que deberían ajustar la pareja de cargos, de acuerdo con las opciones establecidas en la Resolución CREG 126 de 2010 según fue modificada por la Resolución CREG 079 de 2011. Así, durante el periodo de tres meses de negociación libre de la pareja de cargos que empezó a correr desde el 20 de diciembre de 2012 (fecha de entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012 que dejó en firme los cargos para TGI) y culminó el 20 de marzo de 2013, TGI propuso a ISAGEN la aplicación de la pareja de cargos 100% cargo fijo 0% cargo variable, tal como se evidencia en la comunicación 9571 de 24 de diciembre de 2012 dirigida a ISAGEN, en la que se mencionó lo siguiente:

"Teniendo en cuenta que la Resolución CREG 121 de 2012, en donde se establecen los nuevos cargos regulados para el sistema de transporte de TGI S.A. ESP, se encuentra vigente desde la fecha de publicación en el diario oficial, nos permitimos informar que a partir del 20 de diciembre de 2012 las tarifas que remuneran los gastos de Administración, Operación y Mantenimiento (AO&M) y que se aplicarán al contrato ESTF-08-2009, son las siguientes:

GASODUCTO DE TRANSPORTE	PUNTO DE ENTRADA	PUNTO DE SALIDA	CARGO FIJO DE AO&M (\$/kpcd/a)	CARGO OCASIONAL (\$/kpc)
Cusiana Sebastopol	Cusiana Porvenir	(Termocentro)	250.747	687

Nota: Estas tarifas son de diciembre 31 de 2011, aplicables al 2012 y se actualizarán de establecido en la regulación vigente.

Con respecto a los cargos fijos y variables que remuneran la inversión, los cuales están determinados por la pareja de cargos regulados, **les informamos que teniendo en cuenta su factor de carga, el cargo fijo a aplicar en el Contrato ESTF -08- 2009 debería considerar un Λ_f como mínimo de 94%, resultando en la pareja de cargos regulados 94% fijo - 6% variable.**

En consecuencia de lo anterior, **TGI S. A. ESP propone a ISAGEN S.A. ESP la aplicación de esta nueva pareja de cargos (94% fijo - 6% variable), la cual requerimos sea confirmada a más tardar el 10 de enero de 2013 para que la misma sea aplicada a partir de la confirmación.** De no recibir confirmación en la fecha mencionada, entenderemos que la propuesta ha sido aceptada y se aplicará desde el día 11 de enero de 2013 y las tarifas a cobrar serían las siguientes:

GASODUCTO DE TRANSPORTE	PUNTO DE ENTRADA	PUNTO DE SALIDA	CARGO FIJO US\$/kpc/d /a	CARGO VARIAB LE (US\$/kpc)	CARGO OCASION AL (US\$/kpc)
Cusiana Sebastopol	Cusiana Porvenir	(Termocentro)	301.168	0.097	1.614

Nota: Estas tarifas son de diciembre 31 de 2011 aplicables al 2012 y se actualizarán de acuerdo con lo establecido en la regulación vigente.

*Si dentro del plazo indicado anteriormente para confirmar la pareja de cargos a aplicar en el contrato ESTF -08- 2009, no se llega a un mutuo acuerdo, **se dará inicio al procedimiento de aproximación ordinal, sin que se entienda que la propuesta de pareja de cargos dada por TGI S. A. ESP en esta comunicación, sea la pareja preferente dentro del procedimiento en mención.***

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“73. De conformidad con lo dispuesto en la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, durante el periodo de tres meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012, esto es a partir del 20 de diciembre de 2012 y hasta el 20 de marzo de 2013, ISAGEN y TGI tenían posibilidad de proponer y acordar por mutuo acuerdo cualquier pareja de cargos, autonomía de la voluntad que, en el caso de TGI, tiene como límite que dicha tarifa en todo caso remunerere de manera suficiente la inversión y que no implique detrimento patrimonial para TGI, máxime considerando que existen recursos públicos involucrados. En caso de que las partes no logren un acuerdo, éstas deben acudir al mecanismo de solución de conflictos denominado “Aproximación Ordinal” en el que las opciones de parejas de pareja de cargos, están

limitadas por la aplicación los topes mínimos y máximos determinados en función del factor de carga.

“74. ISAGEN dio respuesta a la referida comunicación de 24 de diciembre de 2014, mediante comunicación E-13-000329 en la que alegó que el regulador plantea instancias de negociación para llegar a un mutuo acuerdo antes de la aproximación ordinal:

“Respetado doctor Roa:

En respuesta a sus cartas recibidas en archivo de ISAGEN el 2 de enero de 2013, radicadas en TGI con Nos.9571, donde se nos informa que TGI "propone a ISAGEN S.A. ESP la aplicación de esta nueva pareja de cargos 94% fijo -6% variable), la cual requerimos sea confirmada a más tardar el 10 de enero de 2013 para que la misma sea aplicada a partir de la confirmación. De no recibir confirmación en la fecha mencionada, entenderemos que la propuesta ha sido aceptada y se aplicará desde el día 11 de enero de 2013 y las tarifas a cobrar...", manifestamos nuestro total desacuerdo con la misma, basados en lo siguiente:

- *En la resolución CREG 079 de 2011, mediante la cual se modificó la resolución CREG 126 de 2010 en su artículo 16 "Opciones para la determinación de los cargos que remuneran la inversión", se consagran opciones para la determinación de cargos por parte de los remitentes para los comercializadores que representan demanda no regulada que distan mucho de las condiciones de las comunicaciones enviadas por TGI para este contrato en particular. **El regulador plantea instancias de negociación para llegar a un mutuo acuerdo entre el remitente y el transportador, y --de no darse éste-se pasa a la instancia de la aplicación de un "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."

• La decisión unilateral de TGI de fijar fechas perentorias como el 10 de enero de 2013, en donde se impone un mecanismo de aceptación de una propuesta, no está cubierto ni respaldado por la resolución CREG 126 de 2010 ni la 079 de 2011.

En este orden de ideas, ISAGEN no acepta la pareja de cargos informada por TGI **pues en nuestras evaluaciones son otros los valores que deberían aplicarse dado el factor de carga del contrato EST-07-200S durante los últimos cinco años,** y en consecuencia solicitamos a TGI que bajo ninguna circunstancia o motivo proceda con lo que reza en sus comunicaciones hasta tanto se surtan los pasos de negociación que plantea la regulación vigente. En otras palabras, ISAGEN se abstendrá de pagar los cargos que se facturen con estas nuevas parejas de cargos hasta tanto se llegue a un acuerdo con TGI.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Obsérvese que la propia ISAGEN reconoció la necesidad de ajustar la pareja de cargos, pues manifestó en primer lugar, que el periodo de negociación según la regulación era de tres meses, y si en este no se llegaba a un acuerdo sobre la pareja de cargos, debía acudir al mecanismo de aproximación ordinal. En segundo lugar manifestó que según sus evaluaciones los valores resultantes del factor de carga eran distintos a los mencionados por TGI, más no desconoció su obligación de ajustarse a los cambios regulatorios, a raíz de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012, que dejó en firmes los cargos específicos para TGI con base en los criterios generales establecidos en la Resolución CREG 126 de 2010, según fue modificada por la Resolución CREG 079 de 2011. Se tiene entonces que en un primer momento, ISAGEN aceptó y reconoció su obligación de

negociar la pareja de cargos, para adecuarse a los cambios introducidos en la regulación, la cual se insiste, estaba contenida de los numerales 6 y 13 del Capítulo II del Contrato.

“75. En respuesta a dicha comunicación de ISAGEN, en comunicación 000562 de 22 de enero de 2013, propuso incluir el tema de la negociación de la pareja de cargos, en un reunión que estaba programada para el 23 de enero de 2013. La referida comunicación señala:

“Respetada Doctora Liliana:

En respuesta a su comunicación del 9 de enero de 2013, en la cual manifiestan la no aceptación de la propuesta de pareja de cargos realizada por TGI S.A. ESP el pasado 24 de diciembre de 2013, con relación a las tarifas de los cargos fijos y variables que remuneran la inversión, nos permitimos invitarlos a incluir este tema en la reunión programada para el miércoles 23 de enero de 2013 a las 12:30 pm en las instalaciones de TGI S.A. ESP en la ciudad de Bogotá.

Esta reunión tendría como propósito avanzar en el proceso de negociación de la pareja de cargos a aplicar al contrato EST-08-2009 antes de acudir al procedimiento de aproximación ordinal, sin que se entienda que la propuesta de pareja de cargos dada por TGI S.A. ESP en la reunión, sea la pareja preferente dentro del procedimiento en mención”

“76. El 23 de enero de 2013, se llevó a cabo en una reunión entre las partes en la que ISAGEN solicitó entre otras cosas hacer una reunión el 31 de enero en Bucaramanga en la que las partes llevarían una propuesta de pareja de cargos para determinar la pareja de cargos por mutuo acuerdo. Lo anterior consta en un documento denominado “ayuda memoria” enviado por ISAGEN a TGI mediante

comunicación E-13-0000328 radicada el 20 de febrero de 2013, en el que se señala, entre otras cosas, lo siguiente:

“7. TGI argumenta que la única metodología que se justifica en la reunión es la definida en el procedimiento definido regulatoriamente.

*8. TGI pregunta que cuales son los números de las parejas que trae ISAGEN, a lo cual se propone más bien unas fechas de reunión para tratar los contratos ESTF-07-2005 y ESTF-08-2009. **La primera reunión se acuerda para el jueves 31 de enero de 2013 en Bucaramanga, con cifras que las partes compartirán para llegar a un acuerdo.***

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“77. Después de llevar a cabo una serie de reuniones, ISAGEN propuso la aplicación de la pareja de cargos 80% fijo y 20% variable, manifestando que la misma no podría considerarse como su preferencia en orden descendente por parte de ISAGEN, en caso de que tuviesen que acudir a la aproximación ordinal ante la falta de acuerdo entre las partes. Lo anterior consta en la comunicación E-13-0001861 radicada en TGI el 13 de febrero de 2013:

“Respetada doctora Sonia:

*En reunión llevada a cabo en sus instalaciones el pasado viernes 1 de febrero, después de una larga argumentación y revisión de las cifras tanto de la historia de utilización del contrato ESTF-07- 2005, **ISAGEN encontró como razonable como pareja de cargos 80% Fijos y 20% variables, la cual se propone para ser considerada por TGI como cierre del acuerdo mutuo entre las partes que consagra el artículo 16. 1 de la resolución CREG 126 de 2010 que modificó el artículo 2 de la resolución CREG 079 de 2011.***

*Esta pareja de cargos no podrá considerarse bajo ninguna circunstancia como su mejor preferencia en orden descendente por parte de ISAGEN, **en caso de que se llegara al 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.***

Esperamos contar con la noticia de la aceptación de esta pareja de cargos para estos contratos, y así continuar realizando negocios con TGI a futuro.”

(Negritas y subrayas fuera de texto)

Debe tenerse en cuenta que ISAGEN explícitamente propuso una pareja de cargos, y así mismo reconoció la obligación de acudir al mecanismo de aproximación ordinal ante la ausencia de acuerdo entre las partes, manifestando que la pareja propuesta no podría considerarse como su mejor preferencia en el referido mecanismo de aproximación ordinal. La anterior conducta de ISAGEN – que después pretendió desconocer – evidencia que para aquella el numeral 6 del contrato, impone la obligación clara de ajustarse a los cambios introducidos en la regulación en materia tarifaria, lo que implicaba ajustar la pareja de cargos, según las opciones contenidas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, según fue modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.

“78. La anterior propuesta de ISAGEN no fue aceptada por TGI, quien, en su lugar, propuso la aplicación de la pareja de cargos 90% fijo 10% variable. Dicha propuesta consta en la comunicación 001951 de 27 de febrero de 2014, que señala lo siguiente:

“Estimado doctor Mejía,

En respuesta a su comunicación de la referencia, en donde proponen la pareja de cargos 80% fijo – 20% variable de la Resolución CREG 121 de 2012, para aplicarla a los contratos ESTF-07-2005 y ESTF-08-2009, nos permitimos manifestar que para TGI S.A. ESP no es posible aceptar dicha pareja.

Teniendo en cuenta las conversaciones sostenidas y con el propósito de llegar a un acuerdo que convenga a las dos partes, proponemos aplicar la pareja de cargos 90%fijo – 10% variable, la cual a nuestro entender resultaría al aplicar el procedimiento de aproximación ordinal, de acuerdo con lo establecido en la Resolución CREG 126 de 2010. Cabe aclarar que esta pareja de cargos propuesta por TGI S.A. ESP no se debe entender como la pareja preferente dentro del procedimiento de aproximación ordinal, en caso de requerirse.

De acuerdo con lo anterior, agradecemos su confirmación de aceptación de la pareja de cargos propuesta por TGI S.A. ESP, con e, propósito de oficializar los cargos respectivos que se aplicarán a los contratos ESTF-07-2005 y ESTF-08-2009.”

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

“79. El 12 de marzo de 2013, mediante comunicación adjunta a correo electrónico TGI solicitó nuevamente a ISAGEN que procediera a presentar su propuesta de pareja de cargos, a más tardar el 14 de marzo de 2013, toda vez que el plazo de tres meses previsto en la regulación para negociar la pareja de cargos vencería el 19 de febrero de 2014. Adicionalmente, advirtió que de no ser posible llegar a un acuerdo sobre la pareja de cargos a aplicar, las partes estarían obligadas a acudir al mecanismo de aproximación ordinal previsto en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, según fue modificado por la Resolución CREG 079 de 2011,

mecanismo previsto para solucionar la controversia entre las partes sobre la referida pareja de cargos a aplicar en el nuevo periodo tarifario. En la referida comunicación se manifestó lo siguiente:

“Estimado doctor Mejía,

Teniendo en cuenta que el próximo 19 de marzo de 2013 finaliza el plazo regulatorio para la determinación de la pareja de cargos que remuneran la inversión en los Contratos ESTF-07-2005 y ESTF-08-2009, en el marco de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada mediante Resolución CREG 079 de 2011, **nos permitimos solicitar a ISAGEN la confirmación, si es el caso, de la pareja de cargos propuesta por TGI S.A. ESP en la comunicación radicada número 1951 del 27 de febrero de 2013, a más tardar el 14 de marzo de 2013, o de lo contrario, entenderíamos que no existe acuerdo entre las partes y, por tanto, se tendría que dar inicio al procedimiento de aproximación ordinal según lo establecido en el artículo 16 – Opciones para la determinación de cargo que remuneran la inversión- de la Resolución CREG 079 de 2011, por lo tanto TGI S.A. ESP propone desde ahora a la Asociación Nacional de Empresas de servicios Públicos y Comunicaciones – ANDESCO para que haga las veces de Secretario Ad-Hoc del proceso de aproximación ordinal**, proceso que se desarrollaría el día 18 de marzo de 2013 a las 5.30 pm en las oficinas de ANDESCO en la ciudad de Bogotá.

Agradecemos su confirmación de la hora para llevar a cabo el proceso antes mencionado”.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

“80. En respuesta a las anteriores comunicaciones, en las que TGI solicitó a ISAGEN presentar su propuesta de la pareja de cargos a aplicar con la entrada en vigencia de la nueva, ISAGEN, si bien reiteró la pareja de cargos propuesta mediante comunicación 1951 del 27 de febrero de 2013, cambió radicalmente su posición, mencionando por primera vez, que ni el contrato ni la regulación imponía la obligación de modificar la pareja de cargos, lo que no sólo es contrario al texto contractual y a la regulación sino que además constituye una conducta contraria a sus propios actos. En efecto, en la referida comunicación de 15 de marzo de 2013, con radicado E-13- 00003441, ISAGEN manifestó:

“Respetado doctor Pineda:

Con el acostumbrado respeto y comedimiento, por medio de la presente retiramos la propuesta de cargos que habíamos puesto a su consideración, como parte de un proceso de negociación en curso, mediante comunicación 1951 del 27 de febrero de 2013, así como de cualquiera otra explícita o implícita en ese mismo sentido.

De esa manera debe entenderse que nuestra posición es que en este momento no hay lugar a ningún cambio en las condiciones contractuales y que, ni por regulación, ni por voluntad de las partes existe o se precisa que exista ningún proceso de negociación para modificar la pareja de cargos 80% fijo— 20% variable.

Lo anterior teniendo en cuenta que la lectura del contrato, lo que las partes pretendieron y la nueva regulación, son conclusivas respecto de que no es pertinente, ahora, variar la pareja de cargos.

Ciertamente, recogiendo el principio de derecho que ha sido ratificado por la autoridad y las instancias judiciales de nuestro país, en la nueva

regulación se repitió que los contratos vigentes solo necesitan ser revisados o re- negociados, si existe una cláusula de ajuste regulatorio y, obviamente, solo hasta donde esa disposición contractual lo exija.

Como es más que sabido por ustedes, la remuneración en los contratos como el que nos ocupa es el resultado de dos factores, relacionados, pero claramente distinguibles: el valor de los cargos y las parejas.

A ese respecto, en el contrato que nos une se señaló que los cargos, no las proporciones fijas y variables, se modificarían si la CREG así lo previera y en el mismo sentido y valores que se señale por la autoridad. Pero, nada se dijo sobre que las parejas se verían expuestas a cambios si la Comisión de Regulación cambiaba su regulación.

Y, dado que en la resolución 121 de 2012 se introdujo un ajuste solo en el valor de los cargos, en ese sentido se debe proceder, sin que se haya activado para TGI y nosotros la necesidad de modificar la pareja de cargos pactada en el contrato.

(Negritas y subrayas fuera de texto)

ISAGEN argumentó en dicha comunicación que no había lugar a un “proceso de negociación de la pareja de cargos” con ocasión de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012, que fijó las tarifas para TGI con base en los criterios fijados en la Resolución CREG 126 de 2010, que reemplazó la Resolución CREG 001 de 2000, desconociendo la obligación contractual contenida en el numeral 6 del Capítulo II que expresamente estableció que “Los cargos imputables a la prestación del Servicio objeto de este Contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la

Sección I- ESTF **y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que establezca la Comisión**”, obligación ésta que inicialmente había reconocido.

“81. Ante la ausencia de acuerdo entre TGI y ISAGEN sobre la pareja de cargos a aplicar al Contrato en el periodo de tres (3) meses previsto en la regulación, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16.3.2. de la Resolución CREG 126 de 2010 modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, mediante comunicación enviada mediante comunicación 002787 de 20 de marzo de 2013, TGI invitó a ISAGEN a asistir al mecanismo de aproximación ordinal, como ya lo había hecho desde la comunicación de 12 de marzo de 2013 ya citada, proponiendo a ANDESCO, para que hiciera las veces de Secretario Ad-Hoc. En la referida comunicación TGI manifestó lo siguiente:

“De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que el día de hoy 19 de marzo de 2013, se ha agotado la etapa de mutuo acuerdo, se debe continuar con el procedimiento de aproximación ordinal establecido en el Artículo 16 – Opciones para la determinación de cargos que remuneran la inversión- de la Resolución CREG 079 de 2011, por lo tanto, la aplicación de las parejas de cargos que se establezcan mediante dicho procedimiento empezarán a regir desde el 20 de marzo de 2013.

Tal y como se informó en la comunicación de 12 de marzo de 2013, TGI S.A. ESP propone a la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones – ANDESCO para que haga las veces de Secretario Ad-Hoc del proceso de aproximación ordinal, por lo tanto, agradecemos una propuesta de fecha entre el 1 y el 10 de abril de 2013 para llevar a cabo dicho proceso, el cual se desarrollará en las oficinas de ANDESCO en la ciudad de Bogotá.”

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Es de anotarse que el mecanismo de aproximación ordinal no puede llevarse a cabo sino con la presencia de las dos partes, de modo que la negativa de una de ellas a concurrir al mecanismo de aproximación ordinal, constituye una obstrucción indebida e insalvable para su aplicación y un incumplimiento de la regulación y del contrato, que afecta los derechos de su contraparte contractual, pues le impide hacer uso del mecanismo técnico de solución de diferencias que la regulación creó precisamente para estos efectos.

“82. Posteriormente, mediante comunicación 003175 de 5 de abril de 2013, TGI nuevamente manifestó que procedía continuar con el procedimiento de Aproximación Ordinal de acuerdo a lo establecido en la resolución CREG 126 de 2010, según fue modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, así:

“Nos permitimos informar que en cumplimiento de las Resoluciones 126 de 2010 y 079 de 2011 expedidas por la CREG, TGI S.A. ESP continuará con el procedimiento previsto en las reglas vigentes para establecer la pareja de Cargos que rija la relación contractual durante el actual periodo tarifario para el Contrato ESTF-08-2009.

Por lo anterior, una vez surtido el trámite respectivo se informarán las tarifas que se aplicarán según la Resolución CREG 121 de 2012”

“83. ISAGEN se negó a asistir al mecanismo de aproximación ordinal aún cuando la regulación lo establece como obligatorio para todos los remitentes y transportadores, en caso de que no haya acuerdo respecto de la pareja de cargos a aplicar para el respectivo periodo tarifario. Lo anterior consta en comunicación E-130004405, radicada en TGI el 9 de abril de 2013, en la que ISAGEN desconoce la obligación contenida en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, que obligaba a las partes a ajustar la pareja de cargos cuando la CREG modificara las opciones

establecidas en el Resolución CREG 001 de 2000 para la determinación de la pareja de cargos; veamos:

“Estimado doctor:

*De manera atenta damos respuesta a su comunicación de la referencia, para reiterar que no es procedente su pretendida imposición de renegociar la pareja de cargos pactada en el contrato de la referencia **y continuar con el procedimiento de aproximación ordinal establecido en la resolución Creg 079 de 2011.***

A ese respecto, reafirmamos nuestras consideraciones expuestas en comunicación E-13-0003441 del 14 de marzo de 2013 y, teniendo en cuenta que estamos en presencia de evidentes diferencias sobre la materia, estamos acudiendo a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, para que en desarrollo de la facultad prevista en el artículo 14. 18 de la ley 142 de 1994 y lo establecido en la Resolución CREG 066 de 1998, dirima el conflicto contractual surgido.

Mientras el regulador se pronuncia, consideramos vigente la pareja 80% fijo — 20% variable, con el nuevo valor contenido en la resolución CREG 121 de 2012.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Se evidencia así que ISAGEN incumplió el numeral 16.3.2 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, que es de obligatorio cumplimiento para todos los remitentes y transportadores, así como el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, al negarse a acudir al procedimiento de aproximación ordinal que se llevaría a cabo en las oficinas de ANDESCO para

fijar la pareja de cargos aplicable al Contrato, con ocasión de los cambios introducidos por la referida resolución.

*Esta conducta de ISAGEN constituye una **OBSTRUCCIÓN INDEBIDA Y UN ABUSO DEL DERECHO** por parte de la convocante, comoquiera que la ausencia de ISAGEN, impide adelantar el procedimiento de aproximación ordinal, que se creó precisamente, como mecanismo técnico de solución de controversias, para aquellas situaciones en las que no es posible llegar acuerdo sobre la pareja de cargos a aplicar.*

“84. Dada la negativa de ISAGEN, TGI envió la comunicación 003906 del 3 de mayo de 2013, en la que se señaló lo siguiente:

“Apreciada doctora Liliana;

(...)

Respecto de lo anterior, es pertinente precisar que la determinación de la nueva pareja de cargos de remuneración para el contrato de la referencia, durante el plazo de tres (3) meses, bien sea mediante la negociación o el mecanismo de aproximación ordinal, en caso de imposibilidad de acuerdo, es una obligación regulatoria y contractual en cabeza de ISAGEN, como quiera que en el contrato de la referencia se estableció de manera expresa que " los cargos estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que establezca la Comisión". Lo anterior implica que ISAGEN tenía pleno conocimiento de que se presentaría un cambio regulatorio en relación con las opciones para la determinación de la pareja de cargos y asumió la obligación de ajustarse a la regulación vigente, así como a modificar las parejas de cargos si se modificaban las opciones contempladas en la Resolución 001 de 2000 que, en el presente caso, fue modificada por la Resolución 126 de 2010.

Visto lo anterior, se concluye que ISAGEN, 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 ESTF- 07 -2005. En razón de ello y, considerando que TGI S.A. ESP 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 ISAGEN en el procedimiento de aproximación ordinal (60% fijo – 40% variable), sin que ello implique que dicha pareja de cargos corresponde a aquella a la que TGI S.A. ESP hubiera aspirado como resultado de un proceso de negociación e, incluso, del mismo proceso de aproximación ordinal.** Tampoco implica la renuncia de TGI S.A. ESP 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 la pareja de cargos a que se hizo referencia, esto es la pareja "60% fijo - 40% variable ", lo cual se reflejará en las siguientes facturas.

Se advierte, en todo caso, que las facturas del contrato ESTF-07-2005 seguirán siendo provisionales en lo que se refiere a las proporciones fijo / variable hasta tanto se definan las proporciones que regirán durante el actual período tarifario, mediante los mecanismos legales y regulatorios pertinentes.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

“85. ISAGEN se ha negado a actualizar los cargos del Contrato según las opciones establecidas en la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011 - esto es, mediante mutuo acuerdo o mediante el mecanismo de aproximación ordinal-, alegando que las mismas no le son aplicables al Contrato suscrito entre las partes, pese a que en el numeral 6 del Contrato se pactó expresamente que “en el momento en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato”. Dicha obligación fue reconocida por la propia ISAGEN quien en respuesta a las primeras comunicaciones que envió TGI, en relación con la negociación de la pareja de cargos, ésta no sólo reconoció que debía adelantarse una negociación sobre la pareja de cargos a aplicar con la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012, sino que propuso una pareja de cargos en cumplimiento de lo ordenado en el Contrato y en la regulación.

“86. Si bien a la fecha de presentación de la presente demanda arbitral no ha comenzado la prestación del servicio, TGI e ISAGEN llevaron a cabo diversas reuniones para arreglar las controversias de forma directa, sin que haya sido posible llegar a un acuerdo sobre las mismas, precisamente porque ISAGEN se negó a dar cumplimiento a su obligación de acudir al mecanismo de aproximación ordinal.

“HECHOS RELATIVOS AL CONTRATO ESTF-01-2005

A. Hechos relacionados con la celebración del Contrato ESTF-07-2005 y sus aspectos generales.

“87. El 31 de agosto de 2005, ECOGAS, en condición de transportador, e ISAGEN en condición de remitente, suscribieron el Contrato ESTF-07-2005, en adelante “el Contrato”, cuyo objeto, de conformidad con el acuerdo contenido en el numeral 1 del Capítulo II del Contrato ESTF-07-2005, es la prestación del Servicio de Transporte de Gas Natural por el Sistema, desde el Punto de Entrada ubicado en Cusiana, hasta el Punto de Salida, ubicado en Vasconia, Palmira, Cali, según se establece en la Sección I del Contrato.

Las partes han suscrito 9 Otrosíes en los que principalmente se modificó la capacidad contratada para los diferentes periodos de la prestación del servicio, como se observa a continuación.

“88. La capacidad en firme contratada por ISAGEN con ocasión del Contrato es la que se señala en el Anexo IV que varía año a año, expresada en KPDC (unidad medida que hace referencia a miles de pies cúbicos por día). La capacidad contratada inicialmente era la siguiente:

CAPACIDAD EN FIRME CONTRATADA

PUNTO DE SALIDA	MERCADO	6.1 Capacidad en Firme Contratada KPCD		
		1 sep 05 al 31 de dic 2006	2007	2008 al 2015
Vasconia		2,000	6,000	5,000
Cali	Cogeneración	1800	0	0
Cali	No Regulado	400	500	500
Palmira	Cogeneración	1100	1100	5200
Palmira	No Regulado	1700	2400	1300
	Total	7,000	10,000	12,000

Posteriormente, mediante los distintos Otrosíes se ha modificado de la siguiente manera:

- **Otrosí No.1**

CAPACIDAD EN FIRME CONTRATADA

PUNTO DE SALIDA	MERCADO	6.1 Capacidad en Firme Contratada KPCD				
		1 sep 05 al 26 de dic 2005	Del 27 de dic de 2005 al 30 de jun de 2006	Del 1 de jul de 2006 al 31 de dic de 2006	2007	2008 al 2015
Vasconia		2,000	1,550	2,000	6,000	5,000
Sebastopol			450			
Cali	Cogeneración	1,800	1,800	1,800	0	0
Cali	No Regulado	400	400	400	500	500
Palmira	Cogeneración	1,100	1,100	1,100	1,100	5,200
Palmira	No Regulado	1,700	1,700	1,700	2,400	1,300
	Total	7,000	7,000	7,000	10,000	12,000

• **Otrosí No. 2**

CAPACIDAD EN FIRME CONTRATADA

PUNTO DE SALIDA	MERCADO	6.1 Capacidad en Firme Contratada KPCD				
		1 sep 05 al 26 de dic 2005	Del 27 de dic de 2005 al 30 de septiembre de 2006	Del 1 de octubre de 2006 al 31 de dic de 2006	2007	2008 al 2015
Vasconia		2,000	1,550	2,000	6,000	5,000
Sebastopol			450			
Cali	Cogeneración	1,800	1,800	1,800	0	0
Cali	No Regulado	400	400	400	500	500
Palmira	Cogeneración	1,100	1,100	1,100	1,100	5,200
Palmira	No Regulado	1,700	1,700	1,700	2,400	1,300
	Total	7,000	7,000	7,000	10,000	12,000

• **Otrosí No. 3**

CAPACIDAD EN FIRME CONTRATADA

PUNTO DE SALIDA	MERCADO	6.1 Capacidad en Firme Contratada KPCD					
		1 sep 05 al 26 de dic 2005	Del 27 de dic de 2005 al 31 de agosto de 2006	Del 1 al 30 de sep de 2006	Del 1 de octubre de 2006 al 31 de dic de 2006	2007	2008 al 2015
Vasconia		2,000	1,550	1,298	1,693	5,693	5,000
Sebastopol			450	702	307	307	
Cali	Cogeneración	1,800	1,800	1,800	1,800	0	0
Cali	No Regulado	400	400	400	400	500	500
Palmira	Cogeneración	1,100	1,100	1,100	1,100	1,100	5,200
Palmira	No Regulado	1,700	1,700	1,700	1,700	2,400	1,300
	Total	7,000	7,000	7,000	7,000	10,000	12,000

• **Otrosí No. 4**

CAPACIDAD EN FIRME CONTRATADA

PUNTO DE SALIDA	MERCADO	6.1 Capacidad en Firme Contratada KPCD					
		1 sep 05 al 26 de dic 2005	Del 27 de dic de 2005 al 31 de ago de 2006	del 1 de sep de 2006 al 31 de dic de 2006	Del 1 de ene de 2007 al 28 de feb de 2007	Del 1 de mar de 2007 al 31 de dic de 2007	2008 al 2015
Vasconia		2,000	1,550	1298	5298	5,693	5,000
Sebastopol			450	702	702	307	
Cali	Cogeneración	1,800	1,800	1,800	-	-	0
Cali	No Regulado	400	400	400	500	500	500
Palmira	Cogeneración	1,100	1,100	1,100	1,100	1,100	5,200
Palmira	No Regulado		1,700	1,700	2,400	2,400	1,300
	Total		7,000	7,000	10,000	10,000	12,000

• **Otrosí No. 5**

CAPACIDAD EN FIRME CONTRATADA

PUNTO DE SALIDA	MERCADO	6.1 Capacidad en Firme Contratada KPCD								
		1 sep 05 al 26 de dic 2005	Del 27 de dic de 2005 al 31 de ago de 2006	del 1 de sep de 2006 al 31 de dic de 2006	Del 1 de ene de 2007 al 28 de feb de 2007	Del 1 de mar de 2007 al 30 de jun de 2007	del 1 de jul de 2007 al 31 de dic de 2007	del 1 de ene de 2008 al 30 de jun de 2009	del 1 de jul de 2009 al 31 de dic de 2015	
Vasconia		2,000	1,550	1298	5298	5,693	5,693	5,000	5,000	
Sebastopol			450	702	702	307	307			
Cali	Cogeneración	1,800	1,800	1,800	-	-	-	-	-	
Cali	No Regulado	400	400	400	500	500	500	500	500	
Palmira	Cogeneración	1,100	1,100	1,100	1,100	1,100	1,100	5,200	5,200	
Palmira	No Regulado	1,700	1,700	1,700	2,400	2,400	2,400	1,300	1,300	
Tuta	No Regulado*				1,136	1,136	1,354	1,354		
	TOTAL	7,000	7,000	7,000	11,136	11,136	11,354	13,354	12,000	

Nota: * Las capacidades para el Punto de Salida denominado TUTA solamente podrán dar inicio desde el momento en que entre en funcionamiento la estación compresora que ampliará la capacidad del gasoducto Cusiana - La Belleza a 260,000 kpcd.

• **Otrosí No. 6**

CAPACIDAD EN FIRME CONTRATADA

PUNTO DE SALIDA	MERCADO	6.1 Capacidad en Firme Contratada KPCD							
		1 sep 05 al 26 de dic 2005	Del 27 de dic de 2005 al 31 de ago de 2006	del 1 de sep de 2006 al 31 de dic de 2006	Del 1 de ene de 2007 al 28 de feb de 2007	Del 1 de mar de 2007 al 30 de jun de 2007	del 1 de jul de 2007 al 31 de dic de 2007	del 1 de ene de 2008 al 30 de jun de 2009	del 1 de jul de 2009 al 31 de dic de 2015
Vasconia		2,000	1,550	1298	5298	5,408	5,408	5,000	5,000
Sebastopol			450	702	702	592	592		
Cali	Cogeneración	1,800	1,800	1,800	-	-	-	-	-
Cali	No Regulado	400	400	400	500	752	752	500	500
Palmira	Cogeneración	1,100	1,100	1,100	1,100	1,100	1,100	5,200	5,200
Palmira	No Regulado	1,700	1,700	1,700	2,400	2,148	2,148	1,300	1,300
Tuta	No Regulado				1,136	1,136	1,354	1,354	
	TOTAL	7,000	7,000	7,000	11,136	11,136	11,354	13,354	12,000

• **Otrosí No. 7**

CAPACIDAD EN FIRME CONTRATADA

PUNTO DE SALIDA	MERCADO	6.1 Capacidad en Firme Contratada KPCD			
		del 8 de ene de 2008 al 29 de feb de 2008	del 1 de mar de 2008 al 31 de dic de 2008	del 1 de ene de 2009 al 30 de jun de 2009	del 1 de jul de 2009 al 31 de dic de 2015
Vasconia		4,365	4,715	5,000	5,000
Sebastopol		635	285	-	-
Cali	Cogeneración	-	-	-	-
Cali	No Regulado	500	500	500	500
Palmira	Cogeneración	5,200	5,200	5,200	5,200
Palmira	No Regulado	1,300	1,300	1,300	1,300
Tuta	No Regulado	1,354	1,354	1,354	

Nota: * Las capacidades para el Punto de Salida denominado TUTA solamente podrán dar inicio desde el momento en que entre en funcionamiento la estación compresora que ampliará la capacidad del gasoducto Cusiana - La Belleza a 25 kpcd.



• **Otrosí No. 8:**

CAPACIDAD EN FIRME CONTRATADA (Kpc/d)

Punto de Salida	Mercado	oct de 2010 al 1 de feb de 2012	del 2 de feb de 2012 al 31 de dic de 2012	del 1 de ene de 2013 al 31 de dic de 2015
Vasconia		5,000	-	-
Sebastopol (Termocentro)		-	17,009	17,009
Cali	No Regulado	500	-	-
Palmira	Cogeneración	5,200	2,280	-
Palmira	No Regulado	1,300	-	-

• **Otrosí No. 9:**

CAPACIDAD EN FIRME CONTRATADA (Kpc/d)

Punto de Salida	Mercado	Tipo de Contratación	oct -2010 al 1-feb- 2012	del 2-feb-2012 al 30-nov-2012	Dic-2012	1-ene-2013 al 30-jun-2015	1-jul-2015 al 31-dic-2015
Vasconia		Firme	5,000	-	-	-	-
Sebastopol (Termocentro)		Firme	-	17,009	18,923	19,071	17,009
		Sujeto a ampliación*	-	-	8,648	-	-
Cali	No Regulado	Firme	500	-	-	-	-
Palmira	Cogeneración	Firme	5,200	2,280	2,280	-	-
Palmira	No Regulado	Firme	1,300	-	-	-	-

*Esta capacidad será en firme siempre y cuando se encuentre disponible la Fase II de ampliación de Cusiana.

“89. El 27 de febrero de 2007, ECOGÁS cedió los derechos y obligaciones derivados del Contrato ESTF-07-2005 a TGI S.A. ESP, constituyéndose esta última en el Transportador.

“90. El transporte de gas natural objeto del referido Contrato ESTF-07-2005, es un servicio público domiciliario, y en razón de ello, se rige por la Ley 142 de 1994, vigente al momento de la celebración del Contrato, tal como se establece en el numeral 28 del artículo 14 de la referida Ley que dispone lo siguiente:

“14.28. Servicio público domiciliario de gas combustible. Es 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**”

(Negritas y subrayas fuera de texto).

“91. El transporte de gas es un monopolio natural, debido principalmente a la magnitud de las inversiones requeridas para prestar el servicio. Estas inversiones se constituyen en una barrera de entrada natural frente a la competencia, en la medida en que otro agente no puede competir con las economías de escala que obtiene el monopolista.

Entendiendo lo anterior, el Contrato se rige por la Constitución Política, la Ley 142 de 2010, las normas de derecho privado y está sujeto a la regulación que expida la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

B. Hechos relacionados con las disposiciones del Contrato ESTF-07-2005 relativas a la remuneración del servicio de transporte de gas.

“92. El 31 de agosto de 2005, fecha en la que se suscribió el Contrato ESTF-07-2005, se encontraba vigente la Resolución CREG 001 de 20 de enero de 2000, mediante 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”, de modo que la misma era aplicable al Contrato.

“93. Dicha resolución, en su artículo 5, establecía que el transporte de gas se remuneraba a través de cargos fijos y variables regulados que remuneran los costos de inversión y un cargo fijo que remunera los gastos de AO&M, así:

“ARTÍCULO 5°.- METODOLOGÍA GENERAL PARA LA ESTIMACIÓN DE CARGOS REGULADOS PARA EL SERVICIO DE TRANSPORTE.

Los ingresos de las empresas Transportadoras serán obtenidos mediante cargos fijos y cargos variables regulados que remuneran los costos de inversión; cargos fijos que remuneran los gastos de AO&M (...)

CF_C = Cargo fijo diario que remunera costos de inversión (US/kpcd) calculado con la tasa de Costo del Capital Invertido del 11.5%, expresado en pesos de conformidad con lo establecido en el numeral 5.7 de la presente Resolución.

CV_C = Cargo variable que remunera costos de inversión (US/kpc) calculado con la tasa de Costo del Capital Invertido del 16%, expresado en pesos de conformidad con lo establecido en el numeral 5.7 de la presente Resolución.

$CF_{AO\&M} =$ **Cargo fijo diario que remunera los gastos de AO&M (\$/kpcd)...**

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“94. Se tiene entonces que el servicio de transporte de gas objeto de este Contrato, a la luz de la Resolución CREG 001 de 2000, se remunera a través de una pareja de cargos, compuesta por un cargo fijo y un cargo variable, que está definida en el artículo 1 de la referida Resolución, así:

“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.”

“95. Las fórmulas tarifarias establecidas en la Resolución CREG 001 de 2000, estarían vigentes por un periodo de 5 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución CREG 001 de 2000, en el que se define el periodo tarifario así:

“Período Tarifario: Período en el cual los cargos de transporte regulados se encuentran vigentes. **De acuerdo con lo establecido en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, los cargos que se aprueben tendrán una vigencia de cinco años.**”

(Negritas y subrayas fuera de texto)

Lo anterior concuerda con lo dispuesto por el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, que establece que **“Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años,**

salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas. Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la comisión no fije las nuevas.”

“96. En concordancia con las anteriores disposiciones de la Resolución CREG 001 de 2000, en el Anexo V del Contrato, se establecieron los cargos que remuneraban el servicio del transporte de gas, así:

CARGOS Y VALOR ANUAL ESTIMADO DEL CONTRATO

GASODUCTO DE TRANSPORTE	PUNTO DE SALIDA	MERCADO	CAPACIDADES CONTRATADAS	7.1 CARGO FIJO (US\$/KPCD/A)	7.2 CARGO VARIABLE (US\$/KPC)	7.3 CARGO AO&M (\$/KPCD/A)
Cusiana - Vasconia	Vasconia			178,732	0,170	205,204
Cusiana - Cali	Cali Palмира	Cogeneracion	Menores de 5 Mpcd	288,705	0,286	593,064
			Iguales a 5 e inferiores a 10 Mpcd	263,378	0,261	
		No Regulado	menores de 5 Mpcd	344,425	0,343	

“97. La definición de los cargos fijos y variables, está contenida en la Capítulo I numeral 3. del Contrato, así:

“Cargo Fijo

Cargo anual que remunera los costos de inversión y se aplica a partir de la Fecha de Comienzo del Servicio, a la Capacidad Contratada Expresado en US\$/kpc/d/a.

(...)

Cargo por AO&M *Cargo fijo anual que remunera los costos de Administración, Operación y Mantenimiento y se aplica a la Capacidad Contratada expresado en \$/kpc/d/a.*

Cargo Variable *Cargo que remunera los costos de Inversión y se aplica al volumen de Gas transportado expresado en US\$/kpc.”*

“98. En el numeral 2.4 del Capítulo I del Contrato “Consideraciones”, las partes acordaron que el Contrato estaría sujeto a la regulación, control y vigilancia del Estado, por ser el transporte de gas un servicio público, así:

*“2.4. Que las Partes reconocen y aceptan que el Contrato y el Servicio de transporte están sujetos a la regulación, control y vigilancia del Estado, por ser el Transporte de Gas una actividad de servicio público complementaria de conformidad con las Leyes 142 de 1994 y 401 de 1997, **lo cual puede llevar a cambios en el Contrato.**”*

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

“99. En concordancia con el anterior acuerdo contenido en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, las partes pactaron que los cargos de transporte estarían sujetos a las variaciones que impusiera la CREG. Así mismo manifestaron que cuando la CREG modificara las opciones para la determinación de los cargos establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, se debería ajustar la pareja de cargos pactada, así:

“6. CARGOS POR TRANSPORTE

*Los cargos imputables a la prestación del Servicio objeto de este Contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la Sección I- ESTF **y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que establezca la Comisión.***

(Negrillas, subrayas y mayúsculas fuera de texto)

La anterior disposición no ha sido modificada y evidencia que las partes tenían conocimiento de que el servicio de transporte de gas es un servicio regulado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, lo que implicaría que los cargos y tarifas imputables a dicha actividad necesariamente estarían sujetos a las modificaciones introducidas por ésta.

“100. Adicionalmente, en el numeral 13 del Capítulo II del Contrato, las partes pactaron expresamente que las condiciones técnicas y económicas estarían sometidas a la regulación, así:

“13. Ajuste regulatorio

***Tanto las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato,** están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces, **por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las Partes**”.*

“101. Cabe aclarar que la inclusión de los referidos acuerdos, contenidos en los numerales 6 y 13 del Capítulo II en el Contrato, obedece al mandato imperativo contenido en el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, vigente al tiempo de la celebración del contrato, que obliga a las empresas a ceñirse a las fórmulas que defina PERIÓDICAMENTE la respectiva comisión para fijar sus tarifas, así:

“ARTÍCULO 88. REGULACIÓN Y LIBERTAD DE TARIFAS. Al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad, de acuerdo a las siguientes reglas:

88.1. 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. De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.

88.2. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.

88.3. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores. Corresponde a las comisiones de regulación, periódicamente, determinar cuándo se dan estas condiciones, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.”

(Negrillas y subrayas fuera del texto)

Dicho artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994, vigente al momento de celebración del Contrato, se entiende incorporado a éste, en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, aún vigente³⁶.

C. Hechos relativos a la entrada en vigencia de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.

“102. Como ya se ha mencionado en hechos anteriores, el 5 de agosto de 2010, se expidió la Resolución CREG 126 de 2010, mediante la cual la CREG estableció 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.

“103. Si bien la Resolución CREG 126 de 2010 mantiene, en términos generales, la estructura tarifaria introducida mediante la Resolución CREG 001 de 2000, la cual estaba contenida en el Contrato ESTF-07-2005, aquella introduce las siguientes modificaciones:

- *Se elimina la diferenciación que existía entre usuarios termoeléctricos y no termoeléctricos, haciendo extensivos a las empresas termoeléctricas como ISAGEN, y, en general a todos los usuarios del sistema, el piso o tope mínimo aplicables al cargo fijo que remunera la inversión y el correlativo techo o tope máximo al cargo variable (factor de carga), los cuales son de obligatorio cumplimiento para las empresas cuando la tarifa a pagar durante el período tarifario se fija por el proceso de aproximación ordinal, que es un mecanismo*

³⁶ Ley 153 de 1887, “ARTICULO 38. *En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración: Exceptúanse de esta disposición:*

1o. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

2o. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.”

de solución de diferencias creado especialmente por la regulación para que técnicamente se pueda determinar el monto, valor o nivel del cargo fijo y del cargo variable, con el propósito de lograr la efectividad de lo previsto por la regulación, en el sentido de que se logre determinar la pareja de cargos a aplicar conforme a las metodologías establecidas por la CREG.

En otras palabras, se modifican las opciones para la determinación de la pareja de cargos, especialmente para los usuarios termoeléctricos, quienes a partir de la entrada en vigencia de la nueva regulación, tendrían que tener en cuenta los topes mínimos determinados en función del factor de carga histórico para fijar la pareja de cargos que regiría para cada contrato, topes aplicables en el mecanismo de aproximación ordinal.

- *La Resolución CREG 126 de 2010 establecía que para determinar la pareja de cargos, las partes debía acudir necesariamente a la aproximación ordinal. Sin embargo, cómo se explicará en los hechos subsiguientes, la Resolución CREG 079 de 2011 que modificó la Resolución CREG 126 de 2010, permitió que antes de acudir al mecanismo de aproximación ordinal, las partes tuviesen la posibilidad de agotar una etapa de arreglo directo para determinar los montos, niveles o valores de la pareja de cargos, por un periodo de tres meses, cumplidos los cuales, en caso de no haberse llegado a un acuerdo, procedía la aproximación ordinal.*

“104. Posteriormente, la Resolución CREG 079 de 2011 expedida el 16 de junio de 2011, introdujo algunas modificaciones a 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. En efecto, el referido artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, quedó así:

“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.*

b) Los comercializadores que representan demanda regulada podrán determinar los cargos regulados por mutuo acuerdo con el transportador, conforme a lo dispuesto en el numeral 16.2 de este artículo, teniendo en cuenta que el cargo fijo deberá considerar un λf que sea como mínimo el valor del Factor de Carga promedio durante el Periodo Tarifario $t-1$. En caso de que no lleguen al mutuo acuerdo, o si las partes lo convienen,

deberán seguir el procedimiento de aproximación ordinal, conforme a lo dispuesto 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.

16.1. Determinación libre de cargos de transporte. Opción mediante la cual los remitentes podrán convenir libremente con el transportador los cargos o esquema de remuneración por servicios de transporte.

Las opciones comerciales que diseñe el transportador deberán dar estricta aplicación al criterio de neutralidad establecido por el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 y no podrán afectar el costo del servicio de los demás usuarios de un tramo o grupo de gasoductos.

16.2. Determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes. Opción mediante la cual los remitentes y el transportador podrán seleccionar libremente y de común acuerdo las Parejas de Cargos Regulados que se ajusten a su conveniencia, a partir de los cargos establecidos por la CREG según el Artículo 15 de esta Resolución.

16.3. Determinación de cargos regulados por el procedimiento de aproximación ordinal. Opción mediante la cual los remitentes y el transportador aplican el siguiente procedimiento para establecer las Parejas de Cargos Regulados:

a) El transportador preparará una oferta que refleje sus preferencias, en orden descendente, de las diferentes Parejas de Cargos Regulados de que trata el Artículo 15 de esta Resolución.

b) El remitente, en forma similar, preparará una oferta que refleje sus preferencias, en orden descendente, de las diferentes Parejas de Cargos Regulados de que trata el Artículo 15 de esta Resolución.

c) El transportador y el remitente depositarán sus ofertas en urna sellada, en presencia de un tercero neutral designado de común acuerdo entre las partes.

d) El tercero designado, quien obrará como secretario Ad-Hoc del proceso, abrirá las ofertas y establecerá la Pareja de Cargos Regulados a aplicar por las partes, con sujeción a las siguientes reglas:

1. Elaborará una tabla con las preferencias del transportador y del remitente, en orden descendente.

2. Iniciará el recorrido de la tabla anterior, comenzando por las Parejas de Cargos Regulados de mayor preferencia para las partes. El secretario Ad – Hoc detendrá el recorrido cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones: i) hay coincidencia en el orden de preferencia por una misma Pareja de Cargos Regulados; o ii) se presentan dos Parejas de Cargos Regulados en diferente orden de preferencia

3. Si se cumple la primera de las condiciones previstas en el numeral anterior, dicha Pareja de Cargos Regulados corresponderá a los cargos a aplicar por las partes.

4. Si se cumple la segunda condición prevista en el numeral 2 de este literal, el cargo a aplicar corresponderá al promedio de las Parejas de Cargos Regulados en diferente orden de preferencia.

5. Del resultado de la aplicación del procedimiento descrito se elaborará un acta que será suscrita por las partes y por el secretario Ad – Hoc.

16.3.1. Procedimiento de aproximación ordinal si el Factor de Carga del remitente es igual o superior a 0,5

Cuando el Factor de Carga promedio de un remitente durante el periodo tarifario $t - 1$ sea igual o superior a 0.5, para el procedimiento de aproximación ordinal este remitente y el transportador sólo podrán expresar preferencias por Parejas de Cargos Regulados en las que λf sea como mínimo el valor del Factor de Carga promedio durante el Periodo Tarifario $t-1$.

Para el caso de nuevos remitentes en el SNT, se tendrá en cuenta el Factor de Carga proyectado por dicho remitente.

16.3.2. Procedimiento de aproximación ordinal si el Factor de Carga del remitente es inferior a 0,5

Cuando el Factor de Carga promedio de un remitente durante el periodo tarifario $t- 1$ sea inferior a 0.5, para el procedimiento de aproximación ordinal este remitente y el transportador sólo podrán expresar preferencias por Parejas de Cargos Regulados en las que λf sea como mínimo uno (1) menos el valor del Factor de Carga promedio durante el Periodo Tarifario $t-1$.

Para el caso de nuevos remitentes en el SNT, se tendrá en cuenta el Factor de Carga proyectado por dicho remitente.

Parágrafo 1. Para casos en los cuales el servicio de transporte cubra varios tramos de gasoducto, el porcentaje de inversión remunerado a través de cargos fijos, determinado por el procedimiento de aproximación ordinal, aplicará de manera uniforme a todos los tramos involucrados en el servicio de transporte respectivo, siempre que dichos tramos sean de propiedad de un mismo transportador.

Parágrafo 2. Las Parejas de Cargos Regulados, independientemente del porcentaje de inversión remunerado a través del cargo fijo, otorgarán derechos de capacidad firme por el 100% de la capacidad contratada.

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.”

(Negritas, subrayas y mayúsculas fuera de texto)

“105. Para efectos de claridad, se reitera que los principales cambios introducidos por la Resolución CREG 079 de 2011 al artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, son los siguientes:

- La Resolución CREG 079 de 2011 permitió que las partes contractuales, esto es Transportador y Remitente, en un periodo máximo de tres (3) meses, tuvieran la posibilidad de intentar llegar libremente y por mutuo acuerdo a una Pareja de Cargos en el marco de la regulación, **antes de acudir al mecanismo de aproximación ordinal**; esa primera etapa de acuerdo empezaría a correr el día en quedase en firme la Resolución de la CREG mediante la cual quedan en firme los cargos específicos para cada transportador, resolución de donde resultan los valores a cobrar para el actual período tarifario con base en las metodologías establecidas en la Resolución CREG 126 de 2010.*

*En consecuencia, con la expedición de la Resolución CREG 079 de 2011, **si las partes no llegan a un acuerdo sobre la pareja de cargos a aplicar en el plazo de tres meses que otorga la regulación, es obligación de las aquellas acudir al mecanismo de aproximación ordinal previsto en el artículo 16.3**, en el que necesariamente, a través del procedimiento técnico allí descrito, deben tenerse en cuenta y atenderse las restricciones establecidas por la CREG y en particular, los pisos o topes mínimos fijados*

por la CREG en función del factor de carga para el cargo fijo, y los correlativos techos o topes máximos que de ello surgen para la pareja de cargos. Se trata de un procedimiento creado por la regulación especialmente para este tipo de diferencias, puramente técnico y objetivo, diseñado para que las partes que no lograron un acuerdo sobre su diferencia, puedan solucionarla en el marco de la regulación, determinando unos valores o niveles para la pareja de cargos, en el marco regulatorio.

- Otro aspecto que modificó la Resolución CREG 079 de 2011, fue que en el párrafo 3 del artículo 16 se estableció expresamente que “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.” Mientras que en el párrafo 3 del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, se había dispuesto que “Aquellos remitentes con contratos vigentes que incluyan cláusulas de ajuste de precio por cambios regulatorios deberán aplicar el procedimiento establecido en este artículo dentro del Mes siguiente a la entrada en vigencia de los nuevos cargos”.

Obsérvese que si bien la redacción del párrafo 3° fue modificada en la Resolución CREG 079 de 2011, se tiene que al igual que en la redacción anterior, **la CREG está remitiendo a lo pactado en los referidos contratos de transporte.** En efecto, en dicho párrafo 3° del artículo 16, modificado por la Resolución CREG 079 de 2011 se prescribe que los remitentes “darán aplicación a las opciones definidas en este artículo” lo que significa que los remitentes determinarán los cargos por mutuo acuerdo, o en caso de que este no se logre, acudirán al mecanismo de aproximación ordinal, no siendo optativo, sino obligatorio acudir a este mecanismo.

“106. Las nuevas disposiciones regulatorias introducidas por la CREG mediante Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, en relación con las opciones y metodologías para determinar la pareja de cargos, específicamente lo dispuesto en el referido artículo 16, son de obligatorio cumplimiento para las partes, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 6 y 13 del Capítulo II del Contrato, así como en el artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994, ya citado.

“107. Con base en los criterios establecidos en la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, el día 25 de agosto de 2011, la CREG, mediante Resolución CREG 110 de 2011, estableció los Cargos Regulados para el Sistema de Transporte de TGI.

“108. En contra de la Resolución CREG 110 de 2011, se interpusieron recursos de reposición que fueron resueltos mediante la Resolución CREG 121 de 2 de noviembre de 2012, quedando en firme los cargos de transporte para TGI para el nuevo periodo tarifario

D. Hechos relacionados con la negativa de ISAGEN a adecuar el Contrato 07-2006 según los cambios introducidos por la CREG en las fórmulas Y opciones tarifarias.

“109. El día 20 de diciembre de 2012 se publicó la Resolución CREG 121 de 2012³⁷ en el Diario Oficial, 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.

³⁷ La Resolución CREG 121 de 2012, resolvió los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución CREG de 2011, “por la cual se establecen los cargos regulados para el sistema de transporte de la Transportadora de Gas Internacional S.A. ESP., TGI S.A. ESP”. En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución 121 de 2012, los cargos fijados para TGI quedan en firme.

“110. A partir de dicha fecha, TGI e ISAGEN, para establecer la pareja de cargos que regiría para el nuevo periodo tarifario, estaban obligadas a dar aplicación a las opciones definidas en el artículo 16 de la referida Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, en cumplimiento de lo establecido, en:

- (i) El numeral 2.4 del Capítulo I que dispone que “2.4. Que las Partes reconocen y aceptan que el Contrato y el Servicio de transporte están sujetos a la regulación, control y vigilancia del Estado, por ser el Transporte de gas combustible una actividad de servicio público complementaria de conformidad con las Leyes 142 de 1994 y 401 de 1997, **lo cual puede llevar a cambios en el Contrato**”
- (ii) El numeral 6 del Capítulo II del Contrato, en el que se pactó expresamente que “Los cargos imputables a la prestación del Servicio objeto de este Contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la Sección I- ESTF **y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que establezca la Comisión.**”
- (iii) El numeral 13 del Capítulo II del Contrato en el que se pactó que **“Tanto las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces, por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las Partes”.**

Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2° de la Resolución CREG 079 de 2011, en el que se estableció expresamente que los remitentes con

contratos vigentes, deberán dar aplicación a las opciones definidas en el referido artículo, de acuerdo con lo pactado en los respectivos contratos, así: “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”.

“111. Las opciones referidas en el hecho anterior, para la determinación de los montos, valores o niveles de la pareja de cargos establecidas en el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, que modificó el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, son las siguientes:

- **Determinación de los cargos de transporte por mutuo acuerdo.**

El Transportador y Remitente intentaran pactar de mutuo acuerdo a una Pareja de Cargos en un periodo máximo de tres (3) meses, que empieza a correr el día en que entre en vigencia la Resolución de la CREG que deje en firme los cargos específicos para el transportador. (Artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011)

- **Determinación de los cargos de transporte mediante el mecanismo de aproximación ordinal.**

Ante la ausencia de acuerdo sobre la pareja de cargos en el periodo de tres (3) meses anterior, debe acudir al mecanismo de aproximación ordinal, en el que deben tenerse en cuenta los topes mínimos que se determinan en función del factor de carga, y correlativos topes máximos establecidos por la

CREG. (Artículo 16.3.2 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011)

- ***Determinación libre de los cargos de transporte***

Bajo esta opción las partes podrían convenir libremente los cargos o esquema de remuneración del servicio de transporte, dando aplicación al criterio de neutralidad establecido en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 y sin afectar el costo del servicio de los demás usuarios de un tramo o grupo de gasoductos.

“112. En cumplimiento de lo dispuesto en la regulación, durante el periodo de tres meses de negociación libre de la pareja de cargos que empezó a correr desde el 20 de diciembre de 2012 (fecha de entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012 que dejó en firme los cargos para TGI) y culminó el 20 de marzo de 2013, TGI propuso a ISAGEN la aplicación de la pareja de cargos 94% cargo fijo 6% cargo variable, tal como se evidencia en la comunicación 9532 de 24 de diciembre de 2012 dirigida a ISAGEN, en la que se mencionó lo siguiente:

"Teniendo en cuenta que la Resolución CREG 121 de 2012, en donde se establecen los nuevos cargos regulados para el sistema de transporte de TGI S.A. ESP, se encuentra vigente desde la fecha de publicación en el diario oficial, nos permitimos informar que a partir del 20 de diciembre de 2012 las tarifas que remuneran los gastos de Administración, Operación y Mantenimiento (AO&M) y que se aplicarán al contrato ESTF-07-2005, son las siguientes:

GASODUCTO DE TRANSPORTE	PUNTO DE ENTRADA	PUNTO DE SALIDA	CARGO FIJO DE AO&M (\$/kpcd/a)	CARGO OCASIONAL (\$/kpc)
Cusiana - Sebastopol	Cusiana - Porvenir	Sebastopol	250.747	687

Nota: Estas tarifas son de diciembre 31 de 2011, aplicables al 2012 y se actualizarán de establecido en la regulación vigente.

Con respecto a los cargos fijos y variables que remuneran la inversión, los cuales están determinados por la pareja de cargos regulados, **les informamos que teniendo en cuenta su factor de carga, el cargo fijo a aplicar en el Contrato ESTF -026- 2008 debería considerar un λ_f como mínimo de 94%, resultando en la pareja de cargos regulados 94% fijo - 6% variable.**

En consecuencia de lo anterior, **TGI S. A. ESP propone a ISAGEN S.A. ESP la aplicación de esta nueva pareja de cargos (94% fijo - 6% variable), la cual requerimos sea confirmada a más tardar el 10 de enero de 2013 para que la misma sea aplicada a partir de la confirmación.** De no recibir confirmación en la fecha mencionada, entenderemos que la propuesta ha sido aceptada y se aplicará desde el día 11 de enero de 2013 y las tarifas a cobrar serían las siguientes:

GASODUCTO DE TRANSPORTE	PUNTO DE ENTRADA	PUNTO DE SALIDA	CARGO FIJO US\$/kpc/d/a	CARGO VARIABLE (US\$/kpc)	CARGO OCASIONAL (US\$/kpc)
Cusiana - Sebastopol	Cusiana-Porvenir	Sebastopol	301.168	0.097	1.614

Nota: Estas tarifas son de diciembre 31 de 2011 aplicables al 2012 y se actualizarán de acuerdo con lo establecido en la regulación vigente.

*Si dentro del plazo indicado anteriormente para confirmar la pareja de cargos a aplicar en el contrato ESTF -025- 2008, no se llega a un mutuo acuerdo, se dará inicio al procedimiento de **aproximación ordinal**, sin que se entienda que la propuesta de pareja de cargos dada por TGI S. A. ESP en esta comunicación, sea la pareja preferente dentro del procedimiento en mención.”*

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

“113. De conformidad con lo dispuesto en la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, durante el periodo de tres meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012, esto es a partir del 20 de diciembre de 2012 y hasta el 20 de marzo de 2013, ISAGEN y TGI tenían posibilidad de proponer y acordar por mutuo acuerdo cualquier pareja de cargos, autonomía de la voluntad que, en el caso de TGI, tiene como límite que dicha tarifa en todo caso remunerere de manera suficiente la inversión y que no implique detrimento patrimonial para TGI, máxime considerando que existen recursos públicos involucrados. En caso de que las partes no logren un acuerdo, éstas deben acudir al mecanismo de solución de conflictos denominado

“Aproximación Ordinal” en el que aplican los referidos topes mínimos para el cargo fijo y topes correlativos máximos para el cargo variable.

“114. ISAGEN dio respuesta a la referida comunicación de 24 de diciembre de 2014, mediante comunicación E-13-0000328 enviada al Fax de TGI el 9 de enero de 2013, en la que alegó que el regulador plantea instancias de negociación para llegar a un mutuo acuerdo antes de la aproximación ordinal:

“Respetado doctor Roa:

En respuesta a sus cartas recibidas en archivo de ISAGEN el 2 de enero de 2013, radicadas en TGI con Nos. 9532 y 9585, donde se nos informa que TGI "propone a ISAGEN S.A. ESP la aplicación de esta nueva pareja de cargos 94% fijo -6% variable), la cual requerimos sea confirmada a más tardar el 10 de enero de 2013 para que la misma sea aplicada a partir de la confirmación. De no recibir confirmación en la fecha mencionada, entenderemos que la propuesta ha sido aceptada y se aplicará desde el día 11 de enero de 2013 y las tarifas a cobrar...", manifestamos nuestro total desacuerdo con la misma, basados en lo siguiente:

*• En la resolución CREG 079 de 2011, mediante la cual se modificó la resolución CREG 126 de 2010 en su artículo 16 "Opciones para la determinación de los cargos que remuneran la inversión", se consagran opciones para la determinación de cargos por parte de los remitentes para los comercializadores que representan demanda no regulada que distan mucho de las condiciones de las comunicaciones enviadas por TGI para este contrato en particular. **El regulador plantea instancias de negociación para llegar a un mutuo acuerdo entre el remitente y el transportador, y --de no darse éste-se pasa a la instancia de la aplicación de un "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."

• La decisión unilateral de TGI de fijar fechas perentorias como el 10 de enero de 2013, en donde se impone un mecanismo de aceptación de una propuesta, no está cubierto ni respaldado por la resolución CREG 126 de 2010 ni la 079 de 2011.

En este orden de ideas, ISAGEN no acepta la pareja de cargos informada por TGI **pues en nuestras evaluaciones son otros los valores que deberían aplicarse dado el factor de carga del contrato EST-07-200S durante los últimos cinco años,** y en consecuencia solicitamos a TGI que bajo ninguna circunstancia o motivo proceda con lo que reza en sus comunicaciones hasta tanto se surtan los pasos de negociación que plantea la regulación vigente. En otras palabras, ISAGEN se abstendrá de pagar los cargos que se facturen con estas nuevas parejas de cargos hasta tanto se llegue a un acuerdo con TGI.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Obsérvese que la propia ISAGEN reconoció la necesidad de ajustar la pareja de cargos, manifestando, en primer lugar, que el periodo de negociación según la regulación era de tres meses, y si en éste no se llegaba a un acuerdo sobre la pareja de cargos, debía acudir al mecanismo de aproximación ordinal. En segundo lugar manifestó que según sus evaluaciones los valores resultantes del factor de carga eran distintos a los mencionados por TGI, más no desconoció su obligación de ajustarse a los cambios regulatorios a raíz de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012, que dejó en firmes los cargos específicos para TGI con base en los criterios generales establecidos en la Resolución CREG 126 de 2010, según fue modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.

Se tiene entonces que en un primer momento, ISAGEN aceptó y reconoció su obligación de negociar la pareja de cargos, para adecuarse a los cambios introducidos en la regulación, la cual se insiste, estaba contenida de los numerales 6 y 13 del Capítulo II del Contrato.

“115. En respuesta a dicha comunicación de ISAGEN, en comunicación 000560 de 22 de enero de 2013, propuso incluir el tema de la negociación de la pareja de cargos, en un reunión que estaba programada para el 23 de enero de 2013. La referida comunicación señala:

“Respetada Doctora Liliana:

En respuesta a su comunicación del 9 de enero de 2013, en la cual manifiestan la no aceptación de la propuesta de pareja de cargos realizada por TGI S.A. ESP el pasado 24 de diciembre de 2013, con relación a las tarifas de los cargos fijos y variables que remuneran la inversión, nos permitimos invitarlos a incluir este tema en la reunión programada para el miércoles 23 de enero de 2013 a las 12:30 pm en las instalaciones de TGI S.A. ESP en la ciudad de Bogotá.

Esta reunión tendría como propósito avanzar en el proceso de negociación de la pareja de cargos a aplicar al contrato EST-07-2005 antes de acudir al procedimiento de aproximación ordinal, sin que se entienda que la propuesta de pareja de cargos dada por TGI S.A. ESP en la reunión, sea la pareja preferente dentro del procedimiento en mención”

“116. El 23 de enero de 2013, se llevó a cabo en una reunión entre las partes en la que ISAGEN solicitó entre otras cosas hacer una reunión el 31 de enero en Bucaramanga en la que las partes llevarían una propuesta de pareja de cargos para determinar la pareja de cargos por mutuo acuerdo. Lo anterior consta en un

documento denominado “ayuda memoria” enviado por ISAGEN a TGI mediante comunicación E-13-0000328 radicada el 20 de febrero de 2013, en el que se señala, entre otras cosas, lo siguiente:

“7. TGI argumenta que la única metodología que se justifica en la reunión es la definida en el procedimiento definido regulatoriamente.

8. TGI pregunta que cuales son los números de las parejas que trae ISAGEN, a lo cual se propone más bien unas fechas de reunión para tratar los contratos ESTF-07-2005 y ESTF-08-2009. **La primer reunión se acuerda para el jueves 31 de enero de 2013 en Bucaramanga, con cifras que las partes compartirán para llegar a un acuerdo.**

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“117. Después de llevar a cabo una serie de reuniones, ISAGEN propuso la aplicación de la pareja de cargos 80% fijo y 20% variable, manifestando que la misma no podría considerarse como su preferencia en orden descendente por parte de ISAGEN, en caso de que tuviesen que acudir a la aproximación ordinal ante la falta de acuerdo entre las partes. Lo anterior consta en la comunicación E-13-0001861 radicada en TGI el 13 de febrero de 2013:

“Respetada doctora Sonia:

En reunión llevada a cabo en sus instalaciones el pasado viernes 1 de febrero, después de una larga argumentación y revisión de las cifras tanto de la historia de utilización del contrato ESTF-07- 2005, **ISAGEN encontró como razonable como pareja de cargos 80% Fijos y 20% variables, la cual se propone para ser considerada por TGI como cierre del acuerdo mutuo entre las partes que consagra el artículo**

16. 1 de la resolución CREG 126 de 2010 que modifico el artículo 2 de la resolución CREG 079 de 2011.

*Esta pareja de cargos no podrá considerarse bajo ninguna circunstancia como su mejor preferencia en orden descendente por parte de ISAGEN, **en caso de que se llegara al 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.***

Esperamos contar con la noticia de la aceptación de esta pareja de cargos para estos contratos, y así continuar realizando negocios con TGI a futuro.”

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Debe tenerse en cuenta que ISAGEN explícitamente propuso una pareja de cargos, y así mismo reconoció la obligación de acudir al mecanismo de aproximación ordinal ante la ausencia de acuerdo entre las partes, manifestando que la pareja propuesta no podría considerarse como su mejor preferencia en el referido mecanismo de aproximación ordinal. La anterior conducta de ISAGEN – que después pretendió desconocer – evidencia que para aquella el numeral 6 del contrato, impone la obligación clara de ajustarse a los cambios introducidos en la regulación en materia tarifaria, lo que implicaba ajustar la pareja de cargos, según las opciones contenidas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, según fue modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.

“118. La anterior propuesta de ISAGEN no fue aceptada por TGI, quien, en su lugar, propuso la aplicación de la pareja de cargos 90% fijo 10% variable. Dicha propuesta consta en la comunicación 001951 de 27 de febrero de 2014, que señala lo siguiente:

“Estimado doctor Mejía,

En respuesta a su comunicación de la referencia, en donde proponen la pareja de cargos 80% fijo – 20% variable de la Resolución CREG 121 de 2012, para aplicarla a los contratos ESTF-07-2005 y ESTF-08-2009, nos permitimos manifestar que para TGI S.A. ESP no es posible aceptar dicha pareja.

Teniendo en cuenta las conversaciones sostenidas y con el propósito de llegar a un acuerdo que convenga a las dos partes, proponemos aplicar la pareja de cargos 90%fijo – 10% variable, la cual a nuestro entender resultaría al aplicar el procedimiento de aproximación ordinal, de acuerdo con lo establecido en la Resolución CREG 126 de 2010. Cabe aclarar que esta pareja de cargos propuesta por TGI S.A. ESP no se debe entender como la pareja preferente dentro del procedimiento de aproximación ordinal, en caso de requerirse.

De acuerdo con lo anterior, agradecemos su confirmación de aceptación de la pareja de cargos propuesta por TGI S.A. ESP, con e, propósito de oficializar los cargos respectivos que se aplicarán a los contratos ESTF-07-2005 y ESTF-08-2009.”

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

“119. El 12 de marzo de 2013, mediante comunicación adjunta a correo electrónico TGI solicitó nuevamente a ISAGEN que procediera a presentar su propuesta de pareja de cargos, a más tardar el 14 de marzo de 2013, toda vez que el plazo de tres meses previsto en la regulación para negociar la pareja de cargos vencería el 19 de febrero de 2014. Adicionalmente, advirtió que de no ser posible llegar a un acuerdo sobre la pareja de cargos a aplicar, las partes estarían obligadas a acudir al mecanismo de aproximación ordinal previsto en el artículo 16 de la Resolución

CREG 126 de 2010, según fue modificado por la Resolución CREG 079 de 2011, mecanismo previsto para solucionar la controversia entre las partes sobre la referida pareja de cargos a aplicar en el nuevo periodo tarifario. En la referida comunicación se manifestó lo siguiente:

“Estimado doctor Mejía,

Teniendo en cuenta que el próximo 19 de marzo de 2013 finaliza el plazo regulatorio para la determinación de la pareja de cargos que remuneran la inversión en los Contratos ESTF-07-2005 y ESTF-08-2009, en el marco de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada mediante Resolución CREG 079 de 2011, **nos permitimos solicitar a ISAGEN la confirmación, si es el caso, de la pareja de cargos propuesta por TGI S.A. ESP en la comunicación radicada número 1951 del 27 de febrero de 2013, a más tardar el 14 de marzo de 2013, o de lo contrario, entenderíamos que no existe acuerdo entre las partes y, por tanto, se tendría que dar inicio al procedimiento de aproximación ordinal según lo establecido en el artículo 16 – Opciones para la determinación de cargo que remuneran la inversión- de la Resolución CREG 079 de 2011, por lo tanto TGI S.A. ESP propone desde ahora a la Asociación Nacional de Empresas de servicios Públicos y Comunicaciones – ANDESCO para que haga las veces de Secretario Ad-Hoc del proceso de aproximación ordinal**, proceso que se desarrollaría el día 18 de marzo de 2013 a las 5.30 pm en las oficinas de ANDESCO en la ciudad de Bogotá.

Agradecemos su confirmación de la hora para llevar a cabo el proceso antes mencionado”.

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“120. En respuesta a las anteriores comunicaciones, en las que TGI solicitó a ISAGEN presentar su propuesta de la pareja de cargos a aplicar con la entrada en

vigencia de la nueva, ISAGEN, si bien reiteró la pareja de cargos propuesta mediante comunicación 1951 del 27 de febrero de 2013, cambió radicalmente su posición, mencionando por primera vez, que ni el contrato ni la regulación imponía la obligación de modificar la pareja de cargos, lo que no sólo es contrario al texto contractual y a la regulación sino que además constituye una conducta contraria a sus propios actos. En efecto, en la referida comunicación de 15 de marzo de 2013, con radicado E-13- 00003440, ISAGEN manifestó:

“Respetado doctor Pineda:

Con el acostumbrado respeto y comedimiento, por medio de la presente retiramos la propuesta de cargos que habíamos puesto a su consideración, como parte de un proceso de negociación en curso, mediante comunicación 1951 del 27 de febrero de 2013, así como de cualquiera otra explícita o implícita en ese mismo sentido.

De esa manera debe entenderse que nuestra posición es que en este momento no hay lugar a ningún cambio en las condiciones contractuales y que, ni por regulación, ni por voluntad de las partes existe o se precisa que exista ningún proceso de negociación para modificar la pareja de cargos 80% fijo— 20% variable.

Lo anterior teniendo en cuenta que la lectura del contrato, lo que las partes pretendieron y la nueva regulación, son conclusivas respecto de que no es pertinente, ahora, variar la pareja de cargos.

Ciertamente, recogiendo el principio de derecho que ha sido ratificado por la autoridad y las instancias judiciales de nuestro país, en la nueva

regulación se repitió que los contratos vigentes solo necesitan ser revisados o re- negociados, si existe una cláusula de ajuste regulatorio y, obviamente, solo hasta donde esa disposición contractual lo exija.

Como es más que sabido por ustedes, la remuneración en los contratos como el que nos ocupa es el resultado de dos factores, relacionados, pero claramente distinguibles: el valor de los cargos y las parejas.

A ese respecto, en el contrato que nos une se señaló que los cargos, no las proporciones fijas y variables, se modificarían si la CREG así lo previera y en el mismo sentido y valores que se señale por la autoridad. Pero, nada se dijo sobre que las parejas se verían expuestas a cambios si la Comisión de Regulación cambiaba su regulación.

Y, dado que en la resolución 121 de 2012 se introdujo un ajuste solo en el valor de los cargos, en ese sentido se debe proceder, sin que se haya activado para TGI y nosotros la necesidad de modificar la pareja de cargos pactada en el contrato.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

ISAGEN argumentó en dicha comunicación que no había lugar a un “proceso de negociación de la pareja de cargos” con ocasión de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012, que fijó las tarifas para TGI con base en los criterios fijados en la Resolución CREG 126 de 2010, que remplazó la Resolución CREG 001 de 2000, desconociendo la obligación contractual contenida en el numeral 6 del Capítulo II que expresamente estableció que “Los cargos imputables a la prestación

del Servicio objeto de este Contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la Sección I- ESTF **y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que establezca la Comisión**, obligación ésta que inicialmente había reconocido.

“121. Ante la ausencia de acuerdo entre TGI y ISAGEN sobre la pareja de cargos a aplicar al Contrato en el periodo de tres (3) meses previsto en la regulación, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16.3.2. de la Resolución CREG 126 de 2010 modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, mediante comunicación 002787 de 20 de marzo de 2013, TGI invitó a ISAGEN a asistir al mecanismo de aproximación ordinal, como ya lo había hecho desde la comunicación de 12 de marzo de 2013 ya citada, proponiendo a ANDESCO, para que hiciera las veces de Secretario Ad-Hoc. En la referida comunicación TGI manifestó lo siguiente:

“De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que el día de hoy 19 de marzo de 2013, se ha agotado la etapa de mutuo acuerdo, se debe continuar con el procedimiento de aproximación ordinal establecido en el Artículo 16 – Opciones para la determinación de cargos que remuneran la inversión- de la Resolución CREG 079 de 2011, por lo tanto, la aplicación de las parejas de cargos que se establezcan mediante dicho procedimiento empezarán a regir desde el 20 de marzo de 2013.

Tal y como se informó en la comunicación de 12 de marzo de 2013, TGI S.A. ESP propone a la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones – ANDESCO para que haga las veces de Secretario Ad-Hoc del proceso de aproximación ordinal, por lo tanto, agradecemos una propuesta de fecha entre el 1 y el 10 de abril de 2013 para llevar a cabo dicho proceso, el cual se desarrollará en las oficinas de ANDESCO en la ciudad de Bogotá.”
(Negritas y subrayas fuera de texto)

Es de anotarse que el mecanismo de aproximación ordinal no puede llevarse a cabo sino con la presencia de las dos partes, de modo que la negativa de una de ellas a concurrir al mecanismo de aproximación ordinal, constituye una obstrucción indebida e insalvable para su aplicación y un incumplimiento de la regulación y del contrato, que afecta los derechos de su contraparte contractual, pues le impide hacer uso del mecanismo técnico de solución de diferencias que la regulación creó precisamente para estos efectos.

“122. ISAGEN se negó a asistir al mecanismo de aproximación ordinal aun cuando la regulación lo establece como obligatorio para todos los remitentes y transportadores, en caso de que no haya acuerdo respecto de la pareja de cargos a aplicar para el respectivo periodo tarifario. Lo anterior consta en comunicación E-130004406, radicada en TGI el 9 de abril de 2013, en la que ISAGEN desconoce la obligación contenida en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, que obligaba a las partes a ajustar la pareja de cargos cuando la CREG modificara las opciones establecidas en el Resolución CREG 001 de 2000 para la determinación de la pareja de cargos; veamos:

“Estimado doctor:

*De manera atenta damos respuesta a su comunicación de la referencia, para reiterar que no es procedente su pretendida imposición de renegociar la pareja de cargos pactada en el contrato de la referencia **y continuar con el procedimiento de aproximación ordinal establecido en la resolución Creg 079 de 2011.***

A ese respecto, reafirmamos nuestras consideraciones expuestas en comunicación E-13-0003440 del 14 de marzo de 2013 y, teniendo en cuenta que estamos en presencia de evidentes diferencias sobre la

materia, estamos acudiendo a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, para que en desarrollo de la facultad prevista en el artículo 14. 18 de la ley 142 de 1994 y lo establecido en la Resolución CREG 066 de 1998, dirima el conflicto contractual surgido.

Mientras el regulador se pronuncia, consideramos vigente la pareja 50% fijo — 50% variable, con el nuevo valor contenido en la resolución CREG 121 de 2012.

(Negritas y subrayas fuera de texto)

Se evidencia así que ISAGEN incumplió el numeral 16.3.2 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, que es de obligatorio cumplimiento para todos los remitentes y transportadores, así como el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, al 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.

*Esta conducta de ISAGEN constituye una **OBSTRUCCIÓN INDEBIDA Y 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, art. 88.1 y concordantes, y de las resoluciones de la CREG aplicables al caso, causando con ello perjuicios graves a TGI, comoquiera que la ausencia de ISAGEN, impide adelantar el procedimiento de aproximación ordinal, que se creó precisamente, como mecanismo técnico de solución de controversias, para aquellas situaciones en las que no es posible llegar acuerdo sobre la pareja de cargos a aplicar.*

“123. Ante el incumplimiento de ISAGEN consistente en negarse a acudir al mecanismo de aproximación ordinal, TGI para dar cumplimiento a la regulación y en cumplimiento del deber de no agravar su propio daño, no tuvo más alternativa que facturar el servicio prestado, conforme la pareja 60% Cargo Fijo y 40% Cargo Variable, que corresponde a la mínima pareja de cargos a la cual podría aspirar ISAGEN 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. Lo anterior fue manifestado a ISAGEN mediante comunicación 003907 enviada por TGI el 3 de mayo de 2013, en la que se señaló:

“Apreciada doctora Liliana;

(...)

Respecto de lo anterior, es pertinente precisar que la determinación de la nueva pareja de cargos de remuneración para el contrato de la referencia, durante el plazo de tres (3) meses, bien sea mediante la negociación o el mecanismo de aproximación ordinal, en caso de imposibilidad de acuerdo, es una obligación regulatoria y contractual en cabeza de ISAGEN, como quiera que en el contrato de la referencia se estableció de manera expresa que " los cargos estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que establezca la Comisión". Lo anterior implica que ISAGEN tenía pleno conocimiento de que se presentaría un cambio regulatorio en relación con las opciones para la determinación de la pareja de cargos y asumió la obligación de ajustarse a la regulación vigente, así como a modificar las parejas de cargos si se

modificaban las opciones contempladas en la Resolución 001 de 2000 que, en el presente caso, fue modificada por la Resolución 126 de 2010.

*Visto lo anterior, se concluye que ISAGEN, 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 ESTF- 07 -2005. En razón de ello y, considerando que TGI S.A. ESP 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 ISAGEN en el procedimiento de aproximación ordinal (60% fijo – 40% variable), sin que ello implique que dicha pareja de cargos corresponde a aquella a la que TGI S.A. ESP hubiera aspirado como resultado de un proceso de negociación e, incluso, del mismo proceso de aproximación ordinal.** Tampoco implica la renuncia de TGI S.A. ESP 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 la pareja de cargos a que se hizo referencia, esto es la pareja "60% fijo - 40% variable ", lo cual se reflejará en las siguientes facturas.

Se advierte, en todo caso, que las facturas del contrato ESTF-07-2005 seguirán siendo provisionales en lo que se refiere a las proporciones fijo / variable hasta tanto se definan las proporciones que regirán durante el

actual período tarifario, mediante los mecanismos legales y regulatorios pertinentes.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

De conformidad con lo expuesto, se tiene que la pareja de cargos con la que actualmente factura TGI a ISAGEN, es la pareja que cumple con los topes de cargo mínimo y máximo aplicables en el mecanismo de aproximación ordinal para la pareja de cargos de transporte que remunera la inversión.

“124. ISAGEN se ha negado a actualizar los cargos del Contrato según las opciones establecidas en la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011 - esto es, mediante mutuo acuerdo o mediante el mecanismo de aproximación ordinal-, alegando que las mismas no le son aplicables al Contrato suscrito entre las partes, pese a que en el numeral 6 del Contrato se pactó expresamente que “en el momento en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato”. Dicha obligación fue reconocida por la propia ISAGEN quien en respuesta a las primeras comunicaciones que envió TGI, en relación con la negociación de la pareja de cargos, ésta no sólo reconoció que debía adelantarse una negociación sobre la pareja de cargos a aplicar con la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2000, sino que propuso una pareja de cargos en cumplimiento de lo ordenado en el contrato y en la regulación.

“125. ISAGEN ha glosado la facturas enviadas por TGI, y se ha negado a pagar el valor total correspondiente al servicio prestado conforme a lo dispuesto en la Ley, la regulación y el Contrato, generándole un perjuicio económico a TGI.

En el siguiente cuadro, se muestran los valores adeudados por ISAGEN de cada factura que rresponden a las glosas efectuadas por éste:

FACTURA No.	SERVICIO DE TRANSPORTE DEL MES DE	VALOR FACTURA	VALOR PAGADO SEGÚN CARTA DE GLOSA	DIFERENCIA ENTRE FACTURADO Y PAGO INFORMADO
12946	Abril de 2013	1.842.651.772	1.688.243.641	154.408.131
13045	Mayo de 2013	1.903.020.049	1.903.020.049	-
13235	Junio de 2013	2.246.395.707	2.106.222.766	140.172.941
13367	Julio de 2013	2.064.388.533	1.935.848.946	128.539.587
13467	Agosto de 2013	1.878.594.033	1.747.900.324	130.693.709
13545	Septiembre de 2013	2.123.467.590	1.747.900.324	375.567.266
13748	Octubre de 2013	1.745.676.068	1.681.514.941	138.854.149
13901	Noviembre de 2013	1.855.299.717	1.681.626.113	173.673.604
13999	diciembre de 2013	2.061.388.808	1.943.629.019	117.759.789
14151	enero de 2014	2.027.848.769	1.841.959.175	185.889.594
14267	febrero de 2014	1.976.245.752	1.825.551.198	150.694.554
14395	Marzo de 2014	2.019.915.918	1.853.565.204	166.350.714

14534	<i>Abril de 2014</i>	<i>1.937.003.815</i>	<i>1.770.106.829</i>	<i>166.896.986</i>
14670	<i>Mayo de 2014</i>	<i>2.077.156.994</i>	<i>1.905.783.134</i>	<i>171.373.860</i>
14796	<i>Junio de 2014</i>	<i>2.165.733.855</i>	<i>1.990.976.595</i>	<i>174.757.260</i>
14933	<i>Julio de 2014</i>	<i>1.514.560.586</i>	<i>1.474.681.715</i>	<i>39.878.871</i>
15083	<i>Agosto de 2014</i>	<i>1.740.410.780</i>	<i>1.619.151.047</i>	<i>121.259.733</i>
15223	<i>Septiembre de 2014</i>	<i>1.944.490.529</i>	<i>1.754.295.486</i>	<i>190.195.043</i>
15378	<i>Octubre de 2014</i>	<i>1.935.271.082</i>	<i>1.795.965.050</i>	<i>139.306.032</i>
15536	<i>Noviembre de 2014</i>	<i>1.971.879.224</i>	<i>1.770.078.917</i>	<i>201.800.307</i>
15670	<i>Diciembre de 2014</i>	<i>2.288.542.169</i>	<i>2.040.748.770</i>	<i>247.793.399</i>
15847	<i>Enero de 2015</i>	<i>2.239.183.458</i>	<i>1.996.114.423</i>	<i>243.069.035</i>
15980	<i>Febrero de 2015</i>	<i>2.257.788.140</i>	<i>2.074.269.116</i>	<i>183.519.024</i>
16219	<i>Marzo de 2015</i>	<i>1.986.425.354</i>	<i>1.777.474.025</i>	<i>208.951.329</i>
16323	<i>Abril de 2015</i>	<i>1.713.148.296</i>	<i>1.569.421.665</i>	<i>143.726.631</i>

16514	Mayo de 2015	2.384.190.730	2.134.601.853	249.588.877
16675	Junio de 2015	2.507.970.484	2.264.961.043	243.009.441
16867	Julio de 2015	2.335.910.754	2.088.610.385	247.300.369
17034	Agosto de 2015	2.515.771.489	2.241.880.179	273.891.310
		59.260.330.455	54.226.101.932	5.108.921.545

Se reitera que TGI ha facturado a ISAGEN, con base en la pareja 60% fijo – 40% variable, que corresponde a la mínima pareja de cargos a la cual podría aspirar ISAGEN en el procedimiento de aproximación ordinal en función de la consideración de su factor de carga histórico, sin que ello implique que dicha pareja de cargos corresponda a aquella a la que TGI aspira como resultado de un proceso de negociación o del mismo proceso de aproximación ordinal.

“126. TGI e ISAGEN llevaron a cabo diversas reuniones para arreglar las controversias de forma directa, sin que haya sido posible llegar a un acuerdo sobre las mismas, precisamente por cuanto ISAGEN se negó a dar cumplimiento a su obligación de acudir al mecanismo de aproximación ordinal, bloqueando de este modo a TGI en su legítimo derecho a obtener la remuneración a la que tiene derecho de acuerdo con los montos, valores o niveles para la pareja de cargos que resultarían de la aproximación ordinal.

1.4.6. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA DE RECONVENCION DE TGI POR PARTE DE ISAGEN.

La Convocante y demandada en reconvención ISAGEN al contestar la demanda de TGI, se opuso a todas las pretensiones formuladas la demanda; se pronunció sobre cada uno de los hechos, solicitó pruebas y formuló excepciones de mérito, cuyos fundamentos se expondrán a espacio al tratar su posición jurídica en el proceso, excepciones que denominó y numeró de la siguiente manera:

Excepciones respecto de los contratos ESTF-025-2008, ESTF-08-2005 y ESTF-07-2005.

1. ISAGEN no está obligada a modificar lo pactado en los contratos ESTF-025-2008 y ESTF-08-2005.
2. En la regulación se respeta lo pactado en los contratos vigentes
3. Los contratos han sido cumplidos por ISAGEN y le ha pagado lo debido
4. Cobro de lo no debido
5. Inexistencia de perjuicios
6. ISAGEN no ha actuado en contra de sus propios actos
7. Los contratos son ley para las partes
8. Posición contractualmente abusiva de TGI
9. ISAGEN no está obligada a modificar el cargo fijo y el cargo variable que en US\$KPCD fue pactado en el contrato ESTF-07-2005

1.4.6. LA DEMANDA DE RECONVENCION REFORMADA DE TGI CONTRA EPM.

(A) Pretensiones:

En se demanda de reconvención reformada, la Convocada TGI presentó las siguientes pretensiones contra EPM.

1.1. “Pretensiones Declarativas relativas a la Pareja de Cargos.

“Pretensión Primera: Que se declare que el Contrato ESTF-026-2008 suscrito entre TGI y EPM, es válido y vincula a las partes.

“Pretensión Segunda: Que se declare que el numeral 13 del capítulo II del Contrato ESTF-026-2008, “*Condiciones Particulares*”, intitulado “*Ajuste Regulatorio*”, constituye una cláusula de ajuste regulatorio en los siguientes términos: “*13. Ajuste Regulatorio. Tanto las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces, por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las Partes*”, lo que implica que dicho contrato está sujeto a las normas que expida la CREG, de manera que podrá ser modificado por ésta en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las partes.

“Pretensión Tercera: Que se declare que, de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-026-2008, “*Los cargos imputables a la prestación del servicio objeto de este contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la sección I ESTF y en el numeral 2 del capítulo IV y estarán sujetos a partir de las modificaciones que establezca la comisión de regulación de energía y gas CGREG.*”

“Pretensión Cuarta: Que se declare que, de conformidad con lo previsto en el párrafo del numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-026-2008, “*En el momento en que la comisión de regulación de energía y gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecidos*

en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato”.

“Pretensión Quinta: Que se declare que, en virtud de las declaraciones tercera y cuarta anteriores, las partes del Contrato ESTF-026-2008 están obligadas a ajustar la pareja de cargos pactada en el mismo en razón del cambio en las opciones establecidas para la determinación de los cargos que remuneran la 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.

“Pretensión Sexta: Que, con base en las declaraciones anteriores, se declare que las opciones establecidas para la determinación de los cargos que remuneran la 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 ESTF-026-2008 y de obligatorio cumplimiento para las partes.

“Pretensión Séptima: Que se declare que, de conformidad con el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, las fórmulas tarifarias aplicables al Contrato ESTF-026-2008 tendrán una vigencia de cinco (5) años, en los términos y condiciones del artículo 126 de la Ley 142 de 1994 ya citado.

“Pretensión Octava: Que se declare que EPM incumplió la obligación contenida en: (i) el numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-026-2008; 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, modificado por la Resolución 079 de 2011, para determinar la pareja de cargos que se aplicaría al Contrato ESTF-026-2008, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012.

“Pretensión Novena: Que se declare que en la ejecución del Contrato ESTF-026-2008 no se logró un acuerdo entre el remitente (EPM) y el transportador (TGI), para la determinación de la pareja de cargos que remunera 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 Décima: Que se declare que el día 1 de abril de 2013 EPM 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, el cual tiene como propósito la determinación de la pareja de cargos que remunera la inversión para el nuevo periodo tarifario, ante la ausencia de acuerdo entre las partes sobre la misma.

“Pretensión Décima Primera: Que se declare que, en virtud de que el mecanismo de Aproximación Ordinal solo puede llevarse a cabo con la presencia de las dos partes, la negativa de EPM a concurrir al citado mecanismo constituye una conducta abusiva y una obstrucción indebida e insalvable para su aplicación y un incumplimiento de la regulación y del Contrato, que afecta los derechos de su contraparte contractual.

“Pretensión Décima Segunda: Que se declare que EPM actuó de manera contraria a la buena fe, pues pese a haber reconocido la existencia de la obligación contenida en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-026-2008, posteriormente incumplió dicha obligación, al negarse a aplicar las opciones para la determinación de la pareja de cargos establecidas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.

“Pretensión Décima Tercera: Que se declare que EPM actuó de manera contraria a sus actos propios, pues pese a haber reconocido la existencia de la obligación contenida en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-026-2008, posteriormente incumplió dicha obligación, al negarse a aplicar las opciones para la determinación de la pareja de cargos establecidas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.

“Pretensión Décima Cuarta: Que se declare que EPM 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 ESTF-026-2008.

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

1.2. “Pretensiones Condenatorias relativas a la pareja de cargos.”

“Pretensión Décima Sexta: Que se ordene a EPM 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 Séptima: Que se condene a EPM 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 EPM hasta la fecha del laudo arbitral.

“Pretensión Décima Octava: Que se condene a EPM 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 EPM 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 EPM.

“Primera Pretensión Subsidiaria a la Décima Octava: Que se condene a EPM al pago de intereses bancario remuneratorio autorizado por la Superintendencia Financiera más el correspondiente ajuste por inflación a través del IPC, sobre todas las sumas a las que se refiere la pretensión décima octava, los cuales deberán reconocerse mes a mes desde el 1 de abril de 2013, fecha en la cual EPM 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 EPM.

“Segunda Pretensión Subsidiaria a la Décima Octava: Que se condene a EPM al pago de: (i) el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas resultantes de la pretensión décima octava, a partir del el 1 de abril de 2013,

fecha en la cual la demandada en reconvención 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; y (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 EPM.

“Tercera Pretensión Subsidiaria a la Décima Octava: Que se condene a EPM al pago de intereses a la tasa que el Tribunal Arbitral determine, los cuales deberán reconocerse mes a mes desde el 1 de abril de 2013, fecha en la cual EPM 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 EPM.

“Cuarta Pretensión Subsidiaria a la Décima Octava: Que se condene a EPM al pago de : (i) el valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas resultantes de la pretensión décima octava, a partir del el 1 de abril de 2013, fecha en la cual la demandada en reconvención 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 EPM.

“Quinta Pretensión Subsidiaria a la Décima Octava: Que se condene a EPM al pago del valor correspondiente a la actualización con IPC sobre todas las sumas resultantes de la pretensión décima octava, a partir del 1 de abril de 2013, fecha en

la cual la demandada en reconvención 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 EPM.

1.3. Pretensiones Condenatorias relativas a las costas

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

(B) Hechos en que se funda la Demanda de reconvención de TGI contra EPM.

Como fundamentos de hecho, indicó:

“A. Hechos previos a la celebración del Contrato.

“1. Mediante comunicaciones de 01345437 y 01345438 de 13 de septiembre de 2007, EPM manifestó a TGI su interés en contratar el servicio de transporte en firme desde Ballena hasta Barranca para los años 2011 a 2020 y desde Cusiana hasta Sebastopol para los años 2008 a 2017.

“2. Mediante comunicación radicada en TGI el 26 de febrero de 2008, EPM reiteró su interés en contratar el servicio de transporte en firme desde Ballena hasta Barranca para los años 2011 a 2020 y desde Cusiana hasta Sebastopol para los años 2008 a 2017. En dicha comunicación se lee lo siguiente:

“En su comunicación 103124 del 11 de septiembre de 2007, radicado Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 02530388 del 13 de septiembre de 2007, nos informó que TGI se encontraba evaluando internamente la

figura de contratación que haría viable la realización de las ampliaciones que permitirían atender nuestras solicitudes de 16 de febrero de 2007, definidas en las comunicaciones 01345437 y 01345438, **relacionadas con el interés de contratar el servicio de transporte desde Ballena hasta Barrancabermeja para los años 2011 a 2020 y desde Cusiana hasta Sebastopol para los años 2008 a 2017.**

Reiteramos nuestro interés en esta comunicación y por eso le agradeceríamos que nos informe sobre el avance de la evaluación que al interior de TGI se está realizando sobre el tema”.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

“3. En el marco del proceso de expansión emprendido por TGI, EPM formalizó la solicitud de capacidad de transporte en firme, indicando las cantidades requeridas para cada mercado, así como las parejas de cargos propuestas mediante comunicación enviada por Fax el 11 de junio de 2008, veamos:

a) Transporte de gas para distribución domiciliaria

Periodo	Capacidad Solicitada en Firme, kPCD	
	Ballena - Barrancabermeja	Cusiana - Sebastopol
Año 2010		7 004
Año 2011	29 200	4 386
Ene-2012 a Nov-2012	29 200	6 364
Dic-2012		6 364
Año 2013		20 145
Año 2014		21 576
Ene-2015		22 810
Feb-2015		11 459
Mar 2015 a Dic-2015		20 921
Año 2016		19 805
Ene-2017 a Sep-2017		21 098

Las cantidades anteriores se contratarían en firme con una pareja de cargos 80% Fijo – 20% Variable para ambos gasoductos y para los períodos indicados.

b) Transporte de gas para generación térmica

Periodo	Capacidad Solicitada en Firme, kPCD		
	Ballena - Barrancabermeja	Barrancabermeja- Vasconia	Cusiana - Sebastopol
Año 2009	6,192	0	0
Año 2010	6,192	0	0
Año 2011	6,192	0	0
Ene-2012 a Nov-2012	11,871	6,192	0
Dic-12	33,000	33,000	22,000
Año 2013	33,000	33,000	22,000
Año 2014	33,000	33,000	22,000
Ene-15	33,000	33,000	22,000
Feb-15	33,000	33,000	22,000
Mar-2015 a Dic-2015	33,000	33,000	22,000
Año 2016	33,000	33,000	22,000
Ene-2017 a Sep-2017	22,800	22,800	15,200
Oct 2017 a Dic 2020	22,800	22,800	15,200

Las cantidades anteriores se contratarían en firme con las siguientes parejas de cargos así:

- 70% Fijo – 30% Variable para los tramos de gasoductos indicados en la tabla anterior y para el periodo enero 2009 – diciembre 2016.
- 60% Fijo – 40% Variable para los tramos de gasoductos indicados en la tabla anterior y para el periodo enero 2017 -- diciembre 2020.

“4. Antes de la suscripción del Contrato, EPM presentó observaciones a la minuta del contrato propuesta, las cuales fueron revisados por parte de TGI, quien acogió algunos de los propuestos y se refirió a aquellos respecto de los cuales estaba en desacuerdo. Particularmente, en relación con la pareja de cargos, EPM, mediante correo electrónico de 12 de agosto de 2008, envió la siguiente observación a TGI:

“3) Pareja de cargos

Solicitamos se utilice la pareja de cargos 50% fijo y 50% variable en lugar de la que aparece en el borrador del contrato. La pareja 50%, 50% corresponde al perfil de uso de un agente generador (aproximación ordinal).”

“5. En respuesta a dicha observación, TGI aceptó incluir la pareja de cargos solicitada, advirtiendo que en el Contrato se dejaría claro que se debería ajustar la pareja de cargos cuando la regulación modificara las opciones para la determinación de la referida pareja de cargos establecidas en la Resolución CREG 001 de 2000. En efecto, en correo electrónico enviado por TGI a EPM el día 26 de agosto de 2008, se lee lo siguiente:

“3. Pareja de Cargos:

A pesar de que en la comunicación del 11 de junio de 2008, en la cual EPM solicitó el servicio de transporte en firme pagando por dicho servicio las parejas de cargos 70% fijo - 30% Variable hasta el año 2016 y 60% Fijo – 40% Variable del 2017 al 2020 para el consumo térmico, TGI acepta incluir en el contrato durante todo el periodo la pareja de cargos 50% Fijo – 50% Variable. Sin embargo, se dejara claro en el contrato que en caso que la regulación modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada.”

(Subrayas fuera de texto)

Lo anterior evidencia que, desde antes de la suscripción del Contrato, TGI y EPM eran conscientes de que la pareja de cargos que se pactara en el Contrato, estaría sujeta a la regulación de la CREG y, por ende, ésta debía ajustarse cuando se modificara la metodología establecida en la Resolución 001 de 2000.

B. Hechos relacionados con la celebración del Contrato y sus aspectos generales.

“6. El 1 de octubre de 2008, TGI, en condición de transportador, y EPM, en condición de remitente, suscribieron el Contrato, cuyo objeto, de conformidad con el acuerdo contenido en el numeral 1 del Capítulo II del mismo es la prestación del Servicio de Transporte de Gas Natural por el Sistema, desde el Punto de Entrada ubicado en Ballena, hasta el Punto de Salida ubicado en la ciudad de Barrancabermeja, según se establece en la Sección I del Contrato.

“7. La capacidad en firme contratada por EPM a TGI con ocasión del Contrato es la que se refleja en el aparte transcrito a continuación expresada en KPCD (unidad medida que hace referencia a miles de pies cúbicos por día), conforme consta en el Anexo IV del Contrato:

**CAPACIDAD EN FIRME
KPCD**

PUNTO DE ENTRADA	PUNTO DE SALIDA	Jun a dic 2010	Ene a mar 2011	Abr 2011	May a dic 2011
Ballena	Barrancabermeja	4,228	4,933	4,399	5,000

PUNTO DE ENTRADA	PUNTO DE SALIDA	Ene 2012	feb a sep 2012	Oct a nov 2012	dic-12 a dic 2013	Año 2014 a 2016	Año 2017 a 2020
Ballena	Barrancabermeja	5,000	3,537	5,000			
Ballena	Nare	0	0	0	33,000	27,000	22,800

Nótese que la capacidad en firme contratada varía dependiendo del periodo correspondiente.

“8. El Contrato se rige por la Constitución Política, la Ley 142 de 1994, las normas de derecho privado y está sujeto a la regulación que expida la Comisión de

Regulación de Energía y Gas, tal como lo reconocen las partes en el considerando 2.8, en el que pactaron lo siguiente:

“Que las partes reconocen y aceptan que este Contrato y el Servicio de transporte están sujetos a la regulación, control y vigilancia del Estado, por ser el Transporte de Gas una actividad de servicio Público complementación de conformidad con la Ley 142 de 1994, lo cual puede llevar a cambios en el Contrato.”

“9. El transporte de gas natural objeto del Contrato, es un servicio público domiciliario, y en razón de ello, se rige por la Ley 142 de 1994, vigente al momento de la celebración del Contrato, conforme se establece en el numeral 28 del artículo 14 de la referida Ley, que dispone lo siguiente:

“14.28. Servicio público domiciliario de gas combustible. Es 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.”

(Negritas y subrayas fuera de texto).

“10. Debido a la condición de monopolio del transporte de gas³⁸, dicho servicio está sometido al régimen de libertad regulada que está definido en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, así:

“14.10. Libertad regulada. 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.”

Lo anterior implica que es la CREG la que fija los criterios y metodología en la que se incluyen los topes máximos y mínimos del precio que las empresas prestadoras del servicio pueden cobrar a los usuarios, siendo la remuneración o tarifa que puede cobrar el transportador una tarifa regulada.

“11. De conformidad con lo establecido en el hecho anterior, el artículo 126 de la Ley 142 de 1994 establece que las fórmulas tarifarias aplicables al Contrato ESTF-026-2008 tendrán una vigencia de cinco (5) años, en los términos y condiciones del artículo 126 de la Ley 142 de 1994 ya citado.

“12. Teniendo en cuenta la duración de 5 años del periodo tarifario, las partes acordaron una cláusula de ajuste regulatorio y para el efecto incluyeron los numerales 6 y 13 del capítulo II del Contrato ESTF-026-2008, denominado “Condiciones Particulares” del Contrato, a través de los cuales se determinó que el

³⁸ El transporte de gas es un monopolio natural en el mercado de transporte de gas, debido principalmente a la magnitud de las inversiones requeridas para prestar el servicio. Estas inversiones se constituyen en una barrera de entrada natural frente a la competencia, en la medida en que otro agente no puede competir con las economías de escala que obtiene el monopolista. Al ser monopolio natural, el servicio público de transporte de gas se encuentra sometido a la regulación de la CREG.

mismo está sujeto a los cambios que introduzca la regulación. En tal medida, los numerales referidos son cláusulas de ajuste regulatorio.

Lo anterior quedó consignado en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato así:

“Los cargos imputables a la prestación del servicio objeto de este contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la sección I ESTF y en el numeral 2 del capítulo IV y estarán sujetos a partir de las modificaciones que establezca la comisión de regulación de energía y gas CREG. Parágrafo: En el momento en que la comisión de regulación de energía y gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecidos en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato”

Por su parte, el numeral 13 del Capítulo II del Contrato estableció lo siguiente:

“Tanto las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces, por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las Partes”

“13. Así mismo, se tiene que de acuerdo con lo estipulado por las partes en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato antes referido, las opciones para la determinación de los cargos que remuneran la 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 ESTF-026-2008 y de obligatorio cumplimiento para las partes.

“14. Teniendo en cuenta lo anterior, las partes expresamente reconocieron que los cargos de transporte aplicables al Contrato están sujetos a las modificaciones

que periódicamente introduzca la CREG en materia tarifaria, es decir, reconocieron que en el momento en que la CREG modificara las opciones para la determinación de los cargos establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, se debería ajustar la pareja de cargos pactada en el Contrato ESTF-026-2008.

C. “Hechos relacionados con la regulación vigente al momento de suscribir el Contrato – Resolución CREG 001 de 2000.

“15. El 1 de octubre de 2008, fecha en la que se suscribió el Contrato, se encontraba vigente la Resolución CREG 001 de 20 de enero de 2000, mediante 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”, de modo que la misma era aplicable al Contrato, sin perjuicio de los ajustes que introduzca la CREG de conformidad con lo explicado en los hechos anteriores.

“16. Dicha resolución, en su artículo 5, establecía que el transporte de gas se remuneraba a través de cargos fijos y variables regulados que remuneran los costos de inversión y un cargo fijo que remunera los gastos de AO&M, así:

“ARTÍCULO 5º.- METODOLOGÍA GENERAL PARA LA ESTIMACIÓN DE CARGOS REGULADOS PARA EL SERVICIO DE TRANSPORTE.

Los ingresos de las empresas Transportadoras serán obtenidos mediante cargos fijos y cargos variables regulados que remuneran los costos de inversión; cargos fijos que remuneran los gastos de AO&M (...)

CF_c = Cargo fijo diario que remunera costos de inversión (US/kpcd) calculado con la tasa de Costo del Capital Invertido del

11.5%, expresado en pesos de conformidad con lo establecido en el numeral 5.7 de la presente Resolución.

$CV_C =$ **Cargo variable que remunera costos de inversión (US/kpc)** calculado con la tasa de Costo del Capital Invertido del 16%, expresado en pesos de conformidad con lo establecido en el numeral 5.7 de la presente Resolución.

$CF_{AO\&M} =$ **Cargo fijo diario que remunera los gastos de AO&M (\$/kpcd) (...).**”

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“17. Así pues, el servicio de transporte de gas, a la luz de la Resolución CREG 001 de 2000, se remuneraba a través de la pareja de cargos que está definida en el artículo 1 de la referida Resolución en los siguientes términos:

“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.”

“18. En relación con las opciones para la determinación de los cargos regulados para el servicio de transporte de gas, el artículo 5.1 de la referida Resolución CREG 001 de 2000, establecía que los remitentes y transportadores podrían utilizar tres opciones para la determinación de los cargos fijos y variables que remuneran la inversión, a saber: (i) Determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes; (ii) Determinación de cargos regulados utilizando el Procedimiento de Aproximación Ordinal; y (iii) Determinación libre de cargos de transporte. Sobre las

referidas opciones para la determinación de la pareja de cargos, los artículos 5.1, 5.3 , 5.4 y 5.5 de la mencionada resolución prevén lo siguiente:

“5.1 Opciones para la determinación de cargos

Con el fin de adecuar los cargos de transporte y los contratos correspondientes a las necesidades de Remitentes y Transportadores, se podrán utilizar las siguientes opciones para la determinación de Cargos Fijos y Cargos Variables que remuneran inversión:

- d) Determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes*
 - e) Determinación de cargos regulados utilizando el Procedimiento de Aproximación Ordinal*
 - f) Determinación libre de cargos de transporte”*
- (...)*

5.3 Determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes

*Los Remitentes y Transportadores podrán seleccionar libremente y de común acuerdo las Parejas de Cargos Regulados que más se ajusten a la conveniencia de las partes, a partir de los cargos establecidos por la CREG en los numerales 5.2.1 y 5.2.2. Así por ejemplo, si los Agentes deciden remunerar el 40% de su inversión a través de Cargos Fijos, el Cargo Fijo correspondiente se determinará a partir del punto **C'** de la Figura 1 y su respectivo Cargo Variable se determinará a partir del punto **C** de dicha figura, que remunera el 60% restante de la inversión. Si transcurridos tres meses del proceso de determinación de cargos*

regulados no se ha llegado a mutuo acuerdo entre las partes, los Agentes deberán utilizar la Metodología de Aproximación Ordinal que se describe en el numeral siguiente.

Los Remitentes y Transportadores podrán seleccionar Parejas de Cargos Regulados distintas para diferentes épocas del año o para diferentes tramos de su curva de carga.

Parágrafo: *El Transportador y los Remitentes que contraten servicios de transporte destinados a la atención de Usuarios Regulados, no podrán optar por Parejas de Cargos Regulados donde el porcentaje de remuneración de la inversión a través de cargos fijos sea inferior al Factor de Carga del mercado atendido por el Remitente durante el año inmediatamente anterior. Para nuevos mercados se asumirá un Factor de Carga de 0.5.*

5.4 Determinación de cargos regulados por el Procedimiento de Aproximación Ordinal

En caso de que el Transportador y el Remitente no lleguen al mutuo acuerdo descrito en el numeral 5.3 o si las partes lo convienen, se seguirá el siguiente procedimiento para establecer los Cargos Regulados a aplicar:

e) *El Transportador preparará una oferta que refleje sus preferencias, en orden descendente, de las diferentes Parejas de Cargos Regulados.*

f) *El Remitente, en forma similar, preparará una oferta que refleje sus preferencias, en orden descendente, de las diferentes Parejas de Cargos Regulados.*

g) *El Transportador y el Remitente depositarán sus ofertas en urna sellada, que para tal efecto tendrá un tercero neutral designado de común acuerdo entre las partes.*

h) *El tercero designado, quien obrará como secretario Ad-Hoc del proceso, abrirá las ofertas y establecerá la Pareja de Cargos Regulados a aplicar por las partes como se indica a continuación:*

- *Elaborará una tabla con las preferencias conjuntas en orden descendente.*

- *Iniciará un recorrido de la tabla anterior comenzando por las Parejas de Cargos Regulados de mayor preferencia para las partes y se detendrá en el momento en que se repita por lo menos una Pareja de Cargos Regulados en cualquiera de las dos listas de preferencias recorridas. Cabe aclarar que la(s) pareja(s) así determinada(s) puede(n) no corresponder al mismo nivel de preferencia de las partes.*

- *Dicha Pareja de Cargos Regulados determinará los cargos a aplicar por las partes.*

- *En aquellos casos en los cuales se encuentren simultáneamente dos Parejas de Cargos repetidas, el cargo a aplicar corresponderá al promedio de las Parejas de Cargos Regulados correspondientes.*

- *Del resultado de la aplicación del procedimiento descrito se elaborará un acta que será suscrita por las partes.*

5.4.1 Período de aplicación del Procedimiento de Aproximación Ordinal

Los resultados del proceso descrito en este numeral se aplicarán para períodos de cinco años en el caso de Remitentes termoeléctricos o comercializadores que atiendan Remitentes termoeléctricos, o para períodos de un año para los demás tipos de Remitentes.

5.4.2 Procedimiento de Aproximación Ordinal para Remitentes que atiendan Usuarios Regulados y para Usuarios No Regulados no Termoeléctricos.

Para Remitentes que contraten servicios de transporte destinados a la atención de Usuarios No Regulados no Termoeléctricos, el Procedimiento de Aproximación Ordinal sólo tendrá en cuenta las Parejas de Cargos Regulados que remuneran como mínimo un porcentaje del 50% de la inversión a través de cargos fijos. Para el caso de Usuarios Regulados el Procedimiento de Aproximación Ordinal sólo tendrá en cuenta las Parejas de Cargos Regulados que remuneran como mínimo el mayor valor entre 50% y el Factor de Carga de los respectivos usuarios durante el año inmediatamente anterior, como porcentaje de inversión remunerado a través de cargos fijos. Para Usuarios Regulados cuyas características históricas de demanda no se conozcan, se asumirá un Factor de Carga de 0.5.

Parágrafo: *Para casos en los cuales el servicio de transporte cubra varios tramos de gasoducto, el porcentaje de inversión remunerado a través de cargos fijos, determinado por el Procedimiento de*

Aproximación Ordinal, aplicará de manera uniforme a todos los tramos involucrados en el servicio de transporte respectivo, siempre que dichos tramos sean de propiedad de un mismo Transportador.

5.6 Determinación libre de cargos de transporte

Los comercializadores que requieran servicios de transporte para atender el mercado de Usuarios No Regulados y los Usuarios No Regulados podrán renunciar a lo dispuesto en los numerales 5.3 y 5.4, pudiendo convenir libremente con los Transportadores los cargos por servicios de transporte.

Parágrafo: *Las opciones comerciales que diseñe el Transportador deberán respetar el principio de neutralidad establecido por la Ley y no podrán afectar el costo del servicio de los demás usuarios de un gasoducto o grupo de gasoductos.”*

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“19. Las fórmulas tarifarias establecidas en la Resolución CREG 001 de 2000 estarían vigentes por un periodo de 5 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución CREG 001 de 2000, en el que se define el periodo tarifario así:

“Período Tarifario: *Período en el cual los cargos de transporte regulados se encuentran vigentes. De acuerdo con lo establecido en*

el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, los cargos que se aprueben tendrán una vigencia de cinco años.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Lo anterior guarda correspondencia con lo dispuesto por el artículo 126 de la Ley 142 de 1994, que establece que **“Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años,** salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas .Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la comisión no fije las nuevas.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

“20. Al momento de la suscripción del Contrato, además de la Resolución CREG 001 de 2000 ya citada, se encontraba vigente la Resolución CREG 125 de 2003, que fijó los cargos específicos para ECOGAS (hoy TGI) para el referido periodo tarifario, los cuales, al igual que la metodología introducida en la Resolución CREG 001 de 2000, tendrían vigencia limitada por 5 años o más hasta tanto la CREG establecieran los nuevos. Se lee en dicha resolución lo siguiente:

“La Ley 142 de 1994 estableció que las fórmulas tarifarias considerarán los costos eficientes de prestación del servicio y que dichas fórmulas tendrán una vigencia de cinco años salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y

la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual.

*Es decir, la Ley permite la aplicación del esquema de regulación por costos con un período de 5 años para revisión de fórmulas tarifarias. En ese sentido, mediante la Resolución CREG-001 de 2000 la Comisión adoptó el esquema de regulación por cargos máximos con revisión de la fórmula tarifaria cada cinco años. **Es decir, cada cinco años se deben ajustar la demanda y costos, sin ignorar la aplicación de los criterios de eficiencia tanto en costos como en la utilización de la infraestructura que se remunera, pues ello es una característica implícita en el esquema de regulación por cargos máximos adoptado por la Comisión.***

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Como se explicará en los siguientes hechos, las fórmulas tarifarias fijadas para ECOGAS (hoy TGI) al momento de la celebración del Contrato mediante la Resolución CREG 125 de 2003, fueron reemplazados por la CREG a través de la Resolución CREG 121 de 2012, que se profirió una vez se modificó la metodología general para la remuneración del transporte de gas establecida en la Resolución CREG 001 de 2000.

D. Hechos relacionados con las disposiciones del Contrato relativas a la remuneración del servicio de transporte de gas.

“21. En concordancia con la regulación vigente al momento de la celebración del Contrato, en la Sección I, numeral 7 del mismo se estableció la tarifa que remuneraba el servicio del transporte de gas, así:

7. Cargos y Valor del Contrato

7.1 Pareja de Cargos

7.2 Cargo Fijo (US\$/kpc/d/a)*

50% Fijo 50% Variable	Ver Anexo IV
-----------------------	--------------

N

7.3 Cargo Variable (US\$/kpc)*

7.4 Cargo Fijo por AO&M (\$/kpcd/a)*

Ver Anexo IV	Ver Anexo IV
--------------	--------------

*Estos cargos son del 31 de diciembre de 2007 aplicables al 2008.

7.5 Cargo por Capacidad de Referencia (US\$/kpc/d/a)

7.6 Cargo Diario por Capacidad de Referencia (US\$/kpc)

126	0.345
-----	-------

7.6 Valor Estimado del Contrato

Ver Anexo IV

“22. La definición de los cargos fijos y variables está contenida en la Capítulo I numeral 3. del Contrato, así:

“Cargo Fijo

Cargo anual que remunera los costos de inversión y se aplica a partir de la Fecha de Comienzo del Servicio, a la Capacidad Contratada Expresado en US\$/kpc/d/a.

(...)

Cargo por AO&M

Cargo fijo anual que remunera los costos de Administración, Operación y Mantenimiento y se aplica a la Capacidad Contratada expresado en \$/kpc/d/a.

Cargo Variable

Cargo que remunera los costos de Inversión y se aplica al volumen de Gas transportado expresado en US\$/kpc”.

“23. En el numeral 2.8 del Capítulo I del Contrato “Consideraciones”, las partes acordaron que el Contrato estaría sujeto a la regulación, control y vigilancia del Estado, por ser el transporte de gas un servicio público, así:

*“2.8. Que las Partes reconocen y aceptan que el Contrato y el Servicio de transporte están sujetos a la regulación, control y vigilancia del Estado, por ser el Transporte de gas combustible una actividad de servicio público complementaria de conformidad con la Ley 142 de 1994, **lo cual puede llevar a cambios en el Contrato.**”*

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“24. En concordancia con el anterior acuerdo, en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato las partes pactaron que los cargos de transporte estarían sujetos a las modificaciones que introdujera la CREG. Así mismo, precisaron que cuando la CREG modificara las opciones para la determinación de los cargos establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, se debería ajustar la pareja de cargos pactada en el Contrato, así:

6. CARGOS POR TRANSPORTE

*Los cargos imputables a la prestación del servicio objeto de este Contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la Sección I- ESTF y en el numeral 2 del Capítulo IV **y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG.***

Parágrafo: En el momento en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la resolución CREG 001 de 2000, SE DEBERÁ AJUSTAR LA PAREJA DE CARGOS PACTADA EN EL PRESENTE CONTRATO.

(Negritas, subrayas y mayúsculas fuera de texto)

La anterior disposición no ha sido objeto de modificación alguna y evidencia que las partes tenían conocimiento de que el servicio de transporte de gas se encuentra regulado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, lo que implicaría que la tarifa que remunera dicha actividad (pareja de cargos) necesariamente estaría sujeta a las modificaciones introducidas por la CREG. En efecto, las partes pactaron expresamente que la pareja de cargos estipulada en el Contrato, debía ajustarse cuando la CREG modificara las opciones para la determinación de los cargos establecidas en la Resolución CREG 001 de 2000.

“25. La inclusión del referido acuerdo, esto es, el contenido en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, obedece al mandato imperativo contenido en el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, vigente al tiempo de la celebración del Contrato, que obliga a las empresas a ceñirse a las fórmulas que defina PERIÓDICAMENTE la respectiva comisión para fijar sus tarifas, así:

“ARTÍCULO 88. REGULACIÓN Y LIBERTAD DE TARIFAS. Al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad, de acuerdo a las siguientes reglas:

88.1. 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. De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.

88.2. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.

88.3. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores. Corresponde a las comisiones de regulación, periódicamente, determinar cuándo se dan estas condiciones, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.”

(Negritas y subrayas fuera del texto)

Dicho artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994, vigente al momento de celebración del Contrato, se entiende incorporado a éste, en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, aún vigente³⁹.

³⁹ Ley 153 de 1887, “ARTICULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración: Exceptúanse de esta disposición:

1o. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

E. “Hechos relativos a la entrada en vigencia de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.

“26. El 5 de agosto de 2010, la CREG expidió la Resolución CREG 126 de 2010, mediante la cual estableció 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, la cual constituye la metodología general para establecer la remuneración el transporte de gas.

Si bien la Resolución CREG 126 de 2010 mantiene, en términos generales, la estructura tarifaria introducida mediante la Resolución CREG 001 de 2000, la cual estaba contenida en el Contrato, aquella introduce las siguientes modificaciones:

- Se elimina la diferenciación que existía entre usuarios termoeléctricos y no termoeléctricos, haciendo extensivos a las empresas termoeléctricas como EPM, y, en general a todos los usuarios del sistema, el piso o tope mínimo aplicables al cargo fijo que remunera la inversión y el correlativo techo o tope máximo al cargo variable (factor de carga), los cuales son de obligatorio cumplimiento para las empresas cuando la tarifa a pagar durante el período tarifario se fija por el proceso de “aproximación ordinal”, que es un mecanismo regulatorio para definir la pareja de cargos a aplicar ante la ausencia de acuerdo entre las partes.

En otras palabras, se modifican las opciones para la determinación de la pareja de cargos, especialmente para los usuarios termoeléctricos, como EPM, quienes a partir de la entrada en vigencia de la nueva regulación,

20. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.”

tendrán que tener en cuenta los topes mínimos, determinados en función del factor de carga histórico, para fijar la pareja de cargos que regiría para cada contrato; dichos límites aplican ante la falta de acuerdo de las partes, precisamente para efectos del desarrollo del mecanismo de solución de controversias creado por la regulación para estos casos, denominado Aproximación Ordinal.

- *En efecto, en caso de que las partes contractuales no logren acordar la pareja de cargos, la regulación estableció que este tipo de desacuerdos o controversias debe resolverse mediante un mecanismo de solución de diferencias creado especialmente por la regulación para estos casos, denominado “Aproximación Ordinal”, mediante el cual se determinará la pareja de cargos.*

Como se explicará en los siguientes hechos, la Resolución CREG 079 de 2011, que modificó la Resolución CREG 126 de 2010, precisamente permitió que, antes de acudir al mecanismo de Aproximación Ordinal, las partes tuviesen la posibilidad de agotar una etapa de arreglo directo para determinar la pareja de cargos, por un periodo de tres meses, cumplidos los cuales, en caso de no haberse llegado a un acuerdo, debía acudirse a la Aproximación Ordinal.

- *Así mismo, en dicha Resolución CREG 126 de 2010 se extienden los referidos topes aplicables en el mecanismo de Aproximación Ordinal –creado en la Resolución CREG 001 de 2000 – a los usuarios termoeléctricos como EPM, quien por ende está obligado a acudir a dicho mecanismo y a respetar los topes mínimos y máximos aplicables, en caso de no poder llegar a un acuerdo con TGI sobre la pareja de cargos.*

“27. Posteriormente, la Resolución CREG 079 de 2011, expedida el 16 de junio de 2011, introdujo modificaciones a la Resolución CREG 126 de 2010, siendo las más relevantes las referidas al artículo 16 de esta última resolución, las cuales se encuentran vigentes en la actualidad.

En efecto, el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, quedó así:

“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.*

b) Los comercializadores que representan demanda regulada podrán determinar los cargos regulados por mutuo acuerdo con el transportador, conforme a lo dispuesto en el numeral 16.2 de este artículo, teniendo en cuenta que el cargo fijo deberá considerar un λf que sea como mínimo el valor del Factor de Carga promedio durante el Periodo Tarifario $t-1$. En caso de que no lleguen al mutuo acuerdo, o si las partes lo convienen, deberán seguir el procedimiento de aproximación ordinal, conforme a lo dispuesto 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.

16.1. Determinación libre de cargos de transporte. Opción mediante la cual los remitentes podrán convenir libremente con el transportador los cargos o esquema de remuneración por servicios de transporte.

Las opciones comerciales que diseñe el transportador deberán dar estricta aplicación al criterio de neutralidad establecido por el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 y no podrán afectar el costo del servicio de los demás usuarios de un tramo o grupo de gasoductos.

16.2. Determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes. Opción mediante la cual los remitentes y el transportador podrán seleccionar libremente y de común acuerdo las Parejas de Cargos Regulados que se ajusten a su conveniencia, a partir de los cargos establecidos por la CREG según el Artículo 15 de esta Resolución.

16.3. Determinación de cargos regulados por el procedimiento de aproximación ordinal. Opción mediante la cual los remitentes y el transportador aplican el siguiente procedimiento para establecer las Parejas de Cargos Regulados:

a) El transportador preparará una oferta que refleje sus preferencias, en orden descendente, de las diferentes Parejas de Cargos Regulados de que trata el Artículo 15 de esta Resolución.

b) El remitente, en forma similar, preparará una oferta que refleje sus preferencias, en orden descendente, de las diferentes Parejas de Cargos Regulados de que trata el Artículo 15 de esta Resolución.

c) El transportador y el remitente depositarán sus ofertas en urna sellada, en presencia de un tercero neutral designado de común acuerdo entre las partes.

d) El tercero designado, quien obrará como secretario Ad-Hoc del proceso, abrirá las ofertas y establecerá la Pareja de Cargos Regulados a aplicar por las partes, con sujeción a las siguientes reglas:

1. Elaborará una tabla con las preferencias del transportador y del remitente, en orden descendente.

2. Iniciará el recorrido de la tabla anterior, comenzando por las Parejas de Cargos Regulados de mayor preferencia para las partes. El secretario Ad – Hoc detendrá el recorrido cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones: i) hay coincidencia en el orden de preferencia por una misma Pareja de Cargos Regulados; o ii) se presentan dos Parejas de Cargos Regulados en diferente orden de preferencia.

3. Si se cumple la primera de las condiciones previstas en el numeral anterior, dicha Pareja de Cargos Regulados corresponderá a los cargos a aplicar por las partes.

4. Si se cumple la segunda condición prevista en el numeral 2 de este literal, el cargo a aplicar corresponderá al promedio de las Parejas de Cargos Regulados en diferente orden de preferencia.

5. Del resultado de la aplicación del procedimiento descrito se elaborará un acta que será suscrita por las partes y por el secretario Ad – Hoc.

16.3.1. Procedimiento de aproximación ordinal si el Factor de Carga del remitente es igual o superior a 0,5

Cuando el Factor de Carga promedio de un remitente durante el periodo tarifario $t - 1$ sea igual o superior a 0.5, para el procedimiento de aproximación ordinal este remitente y el transportador sólo podrán expresar preferencias por Parejas de Cargos Regulados en las que λf sea como mínimo el valor del Factor de Carga promedio durante el Periodo Tarifario $t-1$.

Para el caso de nuevos remitentes en el SNT, se tendrá en cuenta el Factor de Carga proyectado por dicho remitente.

16.3.2. Procedimiento de aproximación ordinal si el Factor de Carga del remitente es inferior a 0,5

Cuando el Factor de Carga promedio de un remitente durante el periodo tarifario $t- 1$ sea inferior a 0.5, para el procedimiento de aproximación ordinal este remitente y el transportador sólo podrán expresar preferencias por Parejas de Cargos Regulados en las que λf sea como mínimo uno (1) menos el valor del Factor de Carga promedio durante el Periodo Tarifario $t-1$.

Para el caso de nuevos remitentes en el SNT, se tendrá en cuenta el Factor de Carga proyectado por dicho remitente.

Parágrafo 1. Para casos en los cuales el servicio de transporte cubra varios tramos de gasoducto, el porcentaje de inversión remunerado a través de cargos fijos, determinado por el procedimiento de aproximación ordinal, aplicará de manera uniforme a todos los tramos involucrados en el servicio de transporte respectivo, siempre que dichos tramos sean de propiedad de un mismo transportador.

Parágrafo 2. Las Parejas de Cargos Regulados, independientemente del porcentaje de inversión remunerado a través del cargo fijo, otorgarán derechos de capacidad firme por el 100% de la capacidad contratada.

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.”

(Negritas, subrayas y mayúsculas fuera de texto)

“28. Como se puede observar en el artículo anteriormente citado, los principales cambios que introdujo la Resolución CREG 079 de 2011 al artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, son los siguientes:

- La Resolución CREG 079 de 2011 permitió que, antes de tener que acudir al mecanismo de Aproximación Ordinal previsto en el numeral 16.3, las partes contractuales, esto es, transportador y remitente, en un periodo máximo de*

tres (3) meses, tuvieran la posibilidad de intentar llegar libremente y por mutuo acuerdo a una Pareja de Cargos en el marco de la regulación; esa primera etapa comenzaría el día que quedase en firme la resolución de la CREG mediante la cual se fijan los cargos específicos para cada transportador y de donde resultan los valores a cobrar para el actual período tarifario, con base en las metodologías establecidas en la Resolución CREG 126 de 2010.

En consecuencia, con la expedición de la Resolución CREG 079 de 2011 si las partes no llegan a un acuerdo sobre la pareja de cargos a aplicar en el plazo de tres meses que otorga la regulación, es obligación de aquellas acudir al mecanismo de Aproximación Ordinal previsto en el artículo 16.3, en el que necesariamente, a través del procedimiento técnico allí descrito, deben tenerse en cuenta y atenderse las restricciones establecidas por la CREG y en particular los pisos o topes mínimos fijados por la CREG en función del factor de carga para el cargo fijo, y los correlativos techos o topes máximos que de ello surgen para la pareja de cargos.

- *En el párrafo 3 del artículo 16 se estableció expresamente que “Aquellas 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”. (Subrayas fuera de texto)*

Obsérvese que la CREG está remitiendo a lo pactado en los referidos contratos de transporte. En efecto, en dicho párrafo 3º del artículo 16, modificado por la Resolución CREG 079 de 2011, se prescribe que los remitentes “darán aplicación a las opciones definidas en este artículo”, lo que significa que los remitentes determinarán los cargos por mutuo acuerdo, o en caso de que este no se logre, acudirán al mecanismo de Aproximación Ordinal, no siendo optativo, sino obligatorio acudir a este mecanismo.

“29. Las nuevas disposiciones regulatorias introducidas por la CREG mediante la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, en relación con las opciones y metodologías para determinar la pareja de cargos, específicamente lo dispuesto en el referido artículo 16, son de obligatorio cumplimiento para las partes, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, así como en el artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994, ya citado.

“30. Al igual que en los periodos tarifarios anteriores, las fórmulas tarifarias introducidas en la Resolución CREG 126 de 2010, según fue modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, tienen una vigencia de 5 años, conforme se desprende tanto de los considerandos como de la parte resolutive de la referida resolución, en la que se establece lo siguiente:

“CONSIDERANDO QUE:

(...)

La Comisión debe establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, con sujeción a los criterios que según dicha ley deben orientar el régimen tarifario, para lo cual puede establecer topes máximos y mínimos de tarifas, conforme a los artículos 73.11, 73.22 y 88 de la Ley 142 de 1994.

Las fórmulas tarifarias que defina la Comisión deben garantizar a los usuarios, a lo largo del tiempo, los beneficios de la reducción promedio de costos en las empresas que prestan el servicio, según exigencia del artículo 92 de la Ley 142 de 1994. Toda tarifa debe tener un

carácter integral, en el sentido de que supondrá una calidad y grado de cobertura del servicio, cuyas características definirán las comisiones reguladoras, como lo exige el 87.8, de la Ley 142 de 1994.

Por mandato legal, las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años.

(...)

Artículo 2 Definiciones. *Para la interpretación y aplicación de esta Resolución se tendrán en cuenta, además de las definiciones establecidas en la Ley 142 de 1994 y en las resoluciones vigentes de la CREG, las siguientes:*

(...)

Período Tarifario: *Es el período en el cual los cargos regulados de transporte se encuentran vigentes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 126 de la Ley 142 de 1994.*

(...)

Artículo 37. Vigencia de los nuevos cargos. *Los cargos aprobados con base en la presente Resolución estarán vigentes desde la fecha en que quede en firme la resolución que los apruebe y hasta cuando se cumplan cinco Años desde la entrada en vigencia de la presente*

Resolución, sin perjuicio de las actualizaciones a que haya lugar. Vencido el período de vigencia de los cargos, éstos continuarán rigiendo hasta que la Comisión apruebe los nuevos.”

(Negritas y subrayas fuera de texto)

“31. Con base en los criterios establecidos en la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011 (metodología tarifaria general), el día 25 de agosto de 2011, la CREG, mediante Resolución CREG 110 de 2011, estableció los Cargos Regulados para el Sistema de Transporte de TGI, tarifas aplicables para TGI a partir de dicho periodo.

“32. TGI interpuso recurso de reposición contra la Resolución CREG 110 de 2011, el cual fue resuelto mediante la Resolución CREG 121 de 2 de noviembre de 2012, quedando en firme a través de dicha Resolución los cargos de transporte para TGI para el nuevo periodo tarifario, que reemplazarían los anteriores cargos contenidos en la Resolución CREG 125 de 2003.

F. Hechos relacionados con la negativa de EPM a adecuar el Contrato en función de los cambios introducidos por la CREG en las fórmulas y opciones tarifarias.

“33. El día 20 de diciembre de 2012 se publicó la Resolución CREG 121 de 2012 en el Diario Oficial, 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.

“34. A partir de dicha fecha, TGI y EPM, para establecer la pareja de cargos que regiría para el nuevo periodo tarifario, estaban obligadas a dar aplicación a las

opciones definidas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, en cumplimiento de lo establecido en el numeral 2.8 del Capítulo I⁴⁰ y en el párrafo del numeral 6 del Capítulo II del Contrato, en el que se pactó expresamente que “En el momento en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la resolución CREG 001 de 2000, **se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato.**” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2° de la Resolución CREG 079 de 2011, en el que se estableció expresamente que los remitentes con contratos vigentes deberán dar aplicación a las *opciones* definidas en el referido artículo, de acuerdo con lo pactado en los respectivos contratos, así: “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”. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

“35. Las *opciones* referidas en el hecho anterior para la determinación de la pareja de cargos establecidas en el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, que modificó el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, son las siguientes:

- **Determinación de los cargos de transporte por mutuo acuerdo.**

El transportador y remitente intentaran pactar de mutuo acuerdo una Pareja de Cargos en un periodo máximo de tres (3) meses, que empieza a correr el

⁴⁰ El numeral 2.8. del Capítulo I del Contrato dispone que “2.8. Que las Partes reconocen y aceptan que el Contrato y el Servicio de transporte están sujetos a la regulación, control y vigilancia del Estado, por ser el Transporte de gas combustible una actividad de servicio público complementaria de conformidad con la Ley 142 de 1994, que lo cual puede llevar a cambios en el Contrato.”

día en que entre en vigencia la Resolución de la CREG que deje en firme los cargos específicos para el transportador. (Artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011)

- ***Determinación de los cargos de transporte mediante el mecanismo de Aproximación Ordinal.***

Ante la ausencia de acuerdo sobre la pareja de cargos en el periodo de tres (3) meses anterior, debe acudir al mecanismo de Aproximación Ordinal, en el que deben tenerse en cuenta los topes mínimos que se determinan en función del factor de carga, y correlativos topes máximos establecidos por la CREG. (Artículo 16.3.2 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011)

- ***Determinación libre de los cargos de transporte.***

Bajo esta opción las partes podrían convenir libremente los cargos o esquema de remuneración del servicio de transporte, dando aplicación al criterio de neutralidad establecido en el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 y sin afectar el costo del servicio de los demás usuarios de un tramo o grupo de gasoductos.

“36. Durante el periodo de tres meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012, esto es, a partir del 20 de diciembre de 2012 y hasta el 20 de marzo de 2013, EPM y TGI tenían posibilidad de proponer y acordar por mutuo acuerdo cualquier pareja de cargos, autonomía de la voluntad que, en el caso de TGI, tiene como límite que dicha tarifa, en todo caso, remunere de manera suficiente la inversión y que no implique detrimento patrimonial para TGI, máxime considerando que existen recursos públicos involucrados.

“37. En cumplimiento de lo dispuesto en la regulación, durante el periodo de tres meses de negociación libre de la pareja de cargos, que empezó a correr desde el

20 de diciembre de 2012 (fecha de entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012 que dejó en firme los cargos para TGI) y culminó el 20 de marzo de 2013, TGI propuso a EPM la aplicación de la pareja de cargos 90% cargo fijo 10% cargo variable, tal como se evidencia en la comunicación 9559 de 24 de diciembre de 2012 dirigida a EPM, en la que se consignó lo siguiente:

“Teniendo en cuenta que la Resolución CREG 121 de 2012, en donde se establecen los nuevos cargos regulados para el sistema de transporte de TGI S.A. ESP, se encuentra vigente desde la fecha de publicación en el diario oficial, nos permitimos informar que a partir del 20 de diciembre de 2012 las tarifas que remuneran los gastos de Administración, Operación y Mantenimiento (AO&M) y que se aplicarán al contrato ESTF-026-2008, son las siguientes:

GASODUCTO DE TRANSPORTE	PUNTO DE ENTRADA	PUNTO DE SALIDA	CARGO FIJO DE AO&M (\$/kpcd/a)	CARGO OCASIONAL (\$/kpc)
Ballena-Vasconia	Ballena	Nare	600.183	1.644

Nota: Estas tarifas son de diciembre 31 de 2011, aplicables al 2012 y se actualizarán de establecido en la regulación vigente.

Con respecto a los cargos fijos y variables que remuneran la inversión, los cuales están determinados por la pareja de cargos regulados, **les informamos que teniendo en cuenta su factor de carga, el cargo fijo a aplicar en el Contrato ESTF -026- 2008 debería considerar un λ_f**

como mínimo de 90%, resultando en la pareja de cargos regulados 90% fijo - 10% variable.

En consecuencia de lo anterior, **TGI S. A. ESP propone a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN EPPM- ESP la aplicación de esta nueva pareja de cargos (90% fijo - 10% variable), la cual requerimos sea confirmada a más tardar el 10 de enero de 2013 para que la misma sea aplicada a partir de la confirmación.** De no recibir confirmación en la fecha mencionada, entenderemos que la propuesta ha sido aceptada y se aplicará desde el día 11 de enero de 2013 y las tarifas a cobrar serían las siguientes:

GASODUCTO DE TRANSPORTACIÓN	PUNTO DE ENTRADA	PUNTO DE SALIDA	CARGO FIJO US\$/kpc/d/a	CARGO VARIABLE (US\$/kpc)	CARGO OCASIONAL (US\$/kpc)
Ballena – Vasconia	Ballena	Nare	255.51 2	0.63 4	2.112

Nota: Estas tarifas son de diciembre 31 de 2011 aplicables al 2012 y se actualizarán de acuerdo con lo establecido en la regulación vigente.

Si dentro del plazo indicado anteriormente para confirmar la pareja de cargos a aplicar en el contrato ESTF -026- 2008, no se llega a un mutuo acuerdo, se dará inicio al procedimiento de aproximación ordinal, sin que se entienda que la propuesta de pareja de cargos dada por TGI S. A. ESP en esta comunicación, sea la pareja preferente dentro del procedimiento en mención.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

“38. EPM dio respuesta a la referida comunicación de 24 de diciembre de 2012, mediante comunicación 2013001769 alegando que la propuesta de la pareja de cargos no podía ser analizada de manera aislada de las condiciones que según EPM afectaban el Contrato. Sin embargo, **EPM en dicha ocasión reconoció su obligación de negociar la pareja de cargos** para ajustarse a los cambios de la regulación; veamos:

*“De manera atenta damos respuesta a su comunicación de la referencia, mediante la cual propone una pareja de cargos 90% fijo y 10% variable, que sería aplicable al contrato ESTF-026-2008. **A este respecto llamamos su atención que la propuesta no puede ser analizada de manera aislada de las condiciones que afectan el contrato que se pretende modificar**, máxime si se tiene en cuenta que existen circunstancias y argumentos que hacen que sea financieramente inviable y que por consiguiente, obligarían a que se revisen las condiciones económicas del mismo para restablecer el equilibrio contractual.*

Esos aspectos requieren que se active el esquema de solución de controversias pactado, el cual a pesar de nuestra insistencia no se ha implementado. La variación en la pareja de cargos a que hace alusión en su misiva, empeoraría aún más nuestra situación contractual.

Sentado lo anterior, compartimos con usted que debemos ahora, entonces, dar espacio a una negociación de las parejas de cargos. Para el efecto proponemos una reunión inicial para el jueves 24 de enero en lugar por acordar.

*Negociación que obviamente, debe darse de modo sustancial, es decir (i) dentro de los más altos estándares de buena fe por las partes (ii) precedido de suficiente y relevante información recíproca, que habilite a cada parte a conocer las condiciones y necesidades de la otra, para que se puedan presentar posturas y propuestas racionales; (iii) **con base en la metodología que para la etapa de mutuo acuerdo se establezca; y sólo a modo ilustrativo es nuestra convicción que las condiciones técnicas mínimas deberían considerar lo establecido en la Resolución CREG 079 de 2011 respecto a la determinación libre de cargos en la cual los remitentes podrán convenir libremente con el transportados los cargos o esquema de remuneración por servicios de transporte, de tal forma que se refleje una cifra justa y equitativa.***

Ponemos de presente que dadas las condiciones en que nos encontramos, esta Empresa no tiene alternativa distinta que proceder a la negociación que estamos proponiendo, pero que ello no puede ser entendido como validación de ninguna manera de las circunstancias precedentes que siguen afectando la legalidad de la relación contractual.

Finalmente, notamos que el perentorio plazo fijado por TGI para responder la propuesta no está contemplado en la regulación. Lo procedente es que mientras dure la negociación que debe surtirse de común acuerdo, se siga con el esquema de cobros actual.”

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Obsérvese que, si bien EPM manifestó que la negociación de la pareja de cargos debía hacerse teniendo en cuenta las demás circunstancias que, en su concepto, afectaban la ejecución del Contrato, reconoció la obligatoriedad de negociar la pareja de cargos del Contrato, en razón de la entrada en vigencia de la Resolución

CREG 121 de 2012, que dejó en firmes los cargos específicos para TGI con base en los criterios generales establecidos en la Resolución CREG 126 de 2010, según fue modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.

De lo anterior se concluye que, en un primer momento, EPM aceptó y reconoció su obligación de negociar la pareja de cargos, con el objeto de adecuarse a los cambios introducidos en la regulación, obligación que está contenida de manera explícita en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato.

“39. En respuesta a la carta anteriormente citada, TGI, mediante comunicación 000368 de 15 de enero de 2013, manifestó a EPM que procedía la aplicación de las opciones establecidas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, según fue modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, por no haberse configurado ninguna de las causales de suspensión del Contrato ni mucho menos circunstancias extraordinarias que ameritaran la revisión del equilibrio económico del mismo. En la referida comunicación se plasmó lo siguiente:

“En respuesta a su comunicación del 10 de enero de 2013, nos permitimos reiterar que Transportadora de Gas Internacional S.A. se ha atendido, y así lo seguirá haciendo, a todas y cada una de las estipulaciones y condiciones que conforman el Contrato ESTF-026-2008. En consecuencia, considerando que en la actualidad no se ha configurado ninguna de las causales de suspensión del contrato estipuladas en la cláusula 11 del mismo, corresponde dar cumplimiento tanto a lo establecido en la cláusula 2 capítulo IV, como a lo establecido en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010 modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 que regula dicho procedimiento.

Adicional a lo anterior, vale insistir que en la ejecución del referido contrato no se han presentado circunstancias extraordinarias que

ameriten la revisión del equilibrio económico del mismo, como lo arguye en su comunicación; este argumento en nuestro entender, sólo pretende desconocer las obligaciones a su cargo de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN- EPM, establecidas en la cláusula 16 del contrato, en relación con la propiedad del gas por parte del remitente.

*No obstante lo anterior, les informamos que estamos en disposición de atender la reunión solicitada por ustedes, el próximo 24 de enero de 2013, a las 10:30 am en las instalaciones de TGI S.A. ESP en la ciudad de Bogotá, **para adelantar el acuerdo de la pareja de cargos que aplicaría al contrato, en el marco de los procedimientos contractuales y regulatorios pertinentes.***

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

“40. El 16 de enero de 2013, Tulio Gonzalo Betancourt, funcionario del Área de Transacciones de Gas de EPM, envió correo electrónico a Sonia Sanabria y a Claudia Murillo de la Gerencia Comercial de TGI, en el que preguntó si era necesario introducir modificaciones a los contratos para acordar la pareja de cargos. Particularmente, se refiere al caso de otro contrato suscrito entre TGI y EPM en el que inicialmente se había acordado continuar con la misma pareja de cargos; veamos:

“De: TULIO GONZALO BETANCOURT TOBON

[mailto:Tulio.Betancur@epm.com.co]

Enviado el: miércoles, 16 de enero de 2013 11:02 a.m.

Para: Sonia Rocío Sanabria Morales; Claudia Patricia Murillo Flórez

CC: JULIO CESAR MEJIA CASTRILLON

Asunto: Inquietud modificación contratos

Hola Niñas. **En primer lugar agradecerles por la amabilidad y disponibilidad que tuvieron con nosotros para cerrar el tema de las parejas de cargos a la luz de la nueva resolución TGI.**

Adicionalmente, si bien había comentado con Sonia de manera muy somera, queremos ahora trasladar la inquietud que nos surge (incluida el área legal de EPM) y es si es necesario introducir modificaciones a los contratos en los cuales la capacidad que correspondía a una sola pareja de cargos, **si bien continúa siendo la misma**, se fraccionó para optar por las opciones que acordamos.

Quedamos a la espera de sus comentarios.

Saludos.

Tulio Gonzalo Betancourt Tobón

Área Transacciones de Gas”.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Como se observa en este correo, EPM no cuestionó la obligatoriedad de determinar, para los contratos vigentes, una nueva pareja de cargos para el nuevo periodo tarifario. Por el contrario, transmitió la inquietud del área legal de EPM sobre la forma en que debían materializarse dichas modificaciones a los contratos, para ajustarse a los cambios en la regulación.

“41. En respuesta a la inquietud de EPM, la Gerente Comercial de TGI manifestó que no era necesario suscribir otrosíes a los contratos, pues dicha modificación de la pareja de cargos se haría en virtud de las resoluciones proferidas por la CREG que obligan a las partes sin necesidad de aceptación expresa de las mismas. En efecto, en esta oportunidad la señalada Gerente señaló :

“Buenas tardes Tulio,

De acuerdo con lo manifestado por nuestra área legal, no sería necesario suscribir un otrosí al contrato, toda vez que, si bien se modifican las parejas de cargos del contrato, esta misma se **da en virtud de la aplicación de la resolución tarifaria de la Empresa, y por lo tanto, las comunicaciones de la propuesta de TGI y la aceptación de EPM, son soporte para documentar la aplicación de las nuevas parejas de cargos.** Igualmente, no existió un cambio en la capacidad contratada, lo que conlleva a que no sea necesario un ajuste por medio de otrosí.

Cordial saludo,

Sonia Rocio Sanabria Morales

Gerente Desarrollo Comercial

Transportadora de Gas Internacional S.A. ESP”

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

“42. El 29 de enero de 2013, EPM radicó en las oficinas de TGI comunicación 2013005462, en la que le remitió el documento titulado “Memorando base para la negociación de la pareja de cargos Contrato ESTF-026.2008”, según se había acordado en reunión sostenida entre las partes el 23 de enero de 2013, en el que dicha compañía propuso lo siguiente:

“1. Principios y objetivo

*La relación entre las partes al contrato debe desarrollarse de buena fe. Entre otras muchas implicaciones, **lleva a que las negociaciones y re-negociaciones, voluntarias o forzadas por la regulación**, deben (i) adelantarse de manera informada y transparente; (ii) teniendo en cuenta las condiciones e intereses de las 2 partes; y (iii) no puedan aprovecharse por una de las partes para sacar o incrementar su ventaja contractual.*

El objetivo de la negociación, entonces deberá ser que se logre un acuerdo mutuamente benéfico en el contexto de la realidad que ya trae el contrato.

2. Etapas

En desarrollo de lo anterior, es preciso que se lleve a cabo un proceso de negociación que implique, por lo menos, las siguientes fases:

2. 1 Solicitud, aporte y entendimiento de información (costos, AOM, inversión, utilidad del contrato, alternativas de uso, etc.);

2. 2 Presentación y sustentación de necesidades y expectativas;

2. 3 Formulación de alternativas justificadas y razonables; y

2.4 Discusión y cierre.

3. Cronograma, sitio y procedimientos

A fin de que el trabajo sea sustancial y no formal, en la 1a reunión las partes deberían acordar un cronograma para evacuar las etapas

sugeridas o las que se convenga, los procedimientos para evacuar cada una de ellas y el o los sitios de reunión.

Dentro de lo que se piense conjuntamente es preciso prever los tiempos para cada fase y dejar claro que por lo menos se necesitara de 6 meses y que mientras esto ocurre se continuara con la pareja 50% fija- 50% variable de la resolución CREG 125 de 2003

Salvo que para algún punto en particular las partes resuelvan lo contrario, se llevará una ayuda de memoria sobre lo que ocurra en las reuniones.

4. Independencia de temas

Existen puntos pendientes respecto de la visión de las partes sobre aspectos que afectarían el contrato. Está en el mejor interés de las partes que se entienda y acuerde que nada que se diga, acepte, represente o concluya en esta negociación podrá ser usado o interpretado de ninguna manera para que tenga efectos respecto de esas diferencias.”

Como puede observarse, en dicho documento EPM aceptaba su obligación contractual, legal y regulatoria de ajustar la pareja de cargos, según los cambios introducidos por la regulación.

“43. Sobre el mencionado memorando se pronunció TGI mediante comunicación 0001367 enviada por correo electrónico el 13 de febrero de 2013, en la que manifestó, entre otras cosas, que para determinar la pareja de cargos debían aplicarse los mecanismos establecidos en la regulación e instó a EPM a proponer una pareja de cargos para aplicar en el nuevo periodo tarifario; veamos:

“En respuesta a su comunicación de la referencia, en donde adjuntan la propuesta de EPM respecto de la metodología para la negociación de

parejas de cargos del contrato ESTF-026- 2008, nos permitimos manifestar lo siguiente:

□ TGI SA ESP siempre ha actuado de manera abierta y transparente en todo lo relacionado con la prestación del servicio de transporte de gas natural a todos los remitentes del Sistema que administra, y el proceso de negociación de la pareja de cargos del contrato ESTF-026-2008 no es la excepción. Lo anterior se puede evidenciar en el tratamiento igualitario que se le dio a todos los remitentes, sobre la propuesta de pareja de cargos informada en la comunicación del 24 de diciembre de 2012 y que hacía parte del proceso de negociación de la pareja de cargos a aplicar en el contrato en mención, proceso se (sic) encuentra establecido en la regulación vigente y que es conocida por todos los agentes que hacen parte de la cadena del gas natural.

No puede entenderse entonces que este tratamiento igualitario constituya un aprovechamiento de TGI SA ESP para sacar o incrementar la ventaja contractual.

Por otra parte, el proceso para llegar a la pareja de cargos a aplicar en un contrato según la regulación vigente, ya trae consigo la posibilidad de que en caso de no llegarse a un acuerdo porque cada uno de las partes expondrá sus intereses particulares, se llegue a un punto medio en donde ambas partes queden beneficiadas.

□ Teniendo en cuenta que el memorando enviado por EPM fue expuesto en la reunión llevada a cabo en las oficinas de TGI SA

ESP en la ciudad de Bogotá el día 23 de enero de 2013, y que en dicha reunión quedó el compromiso de llevar la propuesta realizada por EPM a la Junta Directiva de TGI SA ESP, **les informamos que la posibilidad de ampliar el plazo regulatorio de tres (3) meses a seis (6) meses para llegar a acuerdos sobre la pareja de cargos a aplicar en el contrato ESTF-026-2008**, no es posible pues tendría que aplicar similares condiciones a sus demás remitentes con onerosas implicaciones para la Empresa, de lo contrario se estaría violando el principio de igualdad del cual TGI SA ESP siempre se ha caracterizado por cumplir.

Así mismo, les confirmamos que mientras se surte el trámite para acordar la pareja de cargos, máximo tres (3) meses después de quedar en firme la resolución CREG 121 de 2012, TGI S.A. ESP seguirá aplicando la resolución CREG 125 de 2003 en la pareja de cargos acordada en ese momento.

Por otra parte, para TGI SA ESP no es procedente la revisión de los costos, inversión, utilidad del contrato y demás información que solicita EPM para poder negociar, ya que dentro del proceso de revisión de inversiones y costos de AO&M realizados por el regulador para calcular la tarifa que fue aprobada mediante resolución CREG 121 de 2012, se surtió dicho trámite y más aún, ya se tienen acotamientos de algunas inversiones.

Adicionalmente, EPM pudo hacerse partícipe dentro del proceso y conocer toda la información del expediente tarifario.

Insistimos en continuar con el proceso de negociación de la pareja de cargos a aplicar en el contrato ESTF-026-2008, por lo tanto, **solicitamos a EPM realizar una propuesta de pareja de cargos que se ajuste a la**

regulación vigente, con el propósito de que podamos revisarla y que al final si no se llega a ningún acuerdo podamos surtir los trámites pertinentes.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Obsérvese que en la comunicación citada, TGI solicitó a EPM hacer una propuesta sobre la pareja de cargos a aplicar con la nueva regulación, solicitud que se efectuó dentro del periodo de tres meses previstos en la regulación en los cuales las partes podrían negociar la pareja de cargos a aplicar para el respectivo periodo tarifario.

“44. El 13 de marzo de 2013, TGI, mediante comunicación 2527, nuevamente solicitó a EPM que procediera a presentar su propuesta de pareja de cargos, a más tardar el 14 de marzo de 2013, toda vez que el plazo de tres meses previsto en la regulación para negociar la pareja de cargos vencía el 19 de febrero de 2014. Adicionalmente, advirtió que, de no ser posible llegar a un acuerdo sobre la pareja de cargos a aplicar, las partes estarían obligadas a acudir al mecanismo de Aproximación Ordinal previsto en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, según fue modificado por la Resolución CREG 079 de 2011, mecanismo previsto para solucionar la controversia entre las partes sobre la referida pareja de cargos a aplicar en el nuevo periodo tarifario. En la referida comunicación se manifestó lo siguiente:

“Estimado doctor Solano,

Teniendo en cuenta que el próximo 19 de marzo de 2013 finaliza el plazo regulatorio para la determinación de la pareja de cargos que remuneran la inversión en el Contrato ESTF-026-2008, en el marco de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada mediante Resolución CREG 079 de 2011, **nos permitimos solicitar a EEPPM presentar su propuesta de pareja de cargos a más tardar el día 14 de marzo de 2013.**

Lo anterior, con el propósito de finalizar el proceso de negociación que hemos surtido desde el 24 de diciembre de 2012, una vez quedó en firme la resolución CREG 121 de 2012, por la cual se establecen los cargos regulados para el sistema de transporte TGI S.A ESP, sin que a la fecha hayamos recibido una propuesta de pareja de cargos por parte de EEPPM.

De no contar con una propuesta por parte de EEPPM el 14 de marzo de 2013, entenderíamos que no existe acuerdo entre las partes y, por lo tanto, se tendría que dar inicio al procedimiento de aproximación ordinal según lo establecido en el Artículo 16 – Opciones para la determinación de cargos que remuneran la inversión – de la Resolución CREG 079 de 2011, por lo tanto, TGI S.A. ESP propone desde ahora a la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones – ANDESCO para que haga las veces de Secretario Ad-Hoc del proceso de aproximación ordinal, proceso que se desarrollaría el día 18 de marzo de 2013 a las 2:30 pm en las oficinas de ANDESCO en la ciudad de Bogotá.

Agradecemos su confirmación de la hora para llevar a cabo el proceso antes mencionado”.

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

“45. En respuesta a las anteriores comunicaciones, en las que TGI solicitó a EPM presentar su propuesta de la pareja de cargos a aplicar para el nuevo periodo tarifario, **EPM en una conducta contraria al principio de la Buena Fe y actuando en contra de sus propios actos, cambió la posición que inicialmente había tenido y manifestó que no se daban las condiciones para ajustar la pareja de cargos, alegando que en dicho momento no se requería negociación alguna de la misma.** Lo anterior consta en la comunicación 2013020468 radicada el 15 de marzo de 2014 en TGI, en la que EPM manifestó lo siguiente:

“Estimado doctor:

De manera atenta damos respuesta a su comunicación de la referencia, mediante la cual solicita que la empresa que represento realice “una propuesta de parejas de cargos que se ajuste a la regulación vigente”. Sobre el particular, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. En este momento no se precisa de una negociación de la pareja de cargos;

2. De conformidad con lo previsto en el contrato ESTF-026-2008 y lo dispuesto por el regulador, no se dan las condiciones para ajustar la pareja de cargos pactada;

3. Si no es procedente una fórmula que alivie a EPM, a lo máximo, por ahora, la pareja de cargos 50% costos fijos y 50% costos variables se debe mantener (...).”

(Negritas y subrayas fuera de texto)

Pese a que en comunicaciones anteriores EPM había reconocido la existencia de su obligación de negociar la pareja de cargos, en esta comunicación argumentó sin explicación alguna - de manera contraria a sus propios actos - que no había lugar a la “renegociación de la pareja de cargos” con ocasión de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012, que fijó las tarifas para TGI con base en los criterios fijados en la Resolución CREG 126 de 2010, que reemplazó la Resolución CREG 001 de 2000.

*Lo anterior constituye un incumplimiento de la obligación contractual contenida en el párrafo del numeral 6 del Capítulo II que expresamente estableció que **“En el momento en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la resolución CREG 001 de 2000, se DEBERÁ AJUSTAR LA***

PAREJA DE CARGOS PACTADA EN EL PRESENTE CONTRATO. (Negrillas, subrayas y mayúsculas fuera de texto)

“46. Pese a la insistencia de TGI, EPM se negó a intentar acordar la pareja de cargos a aplicar al Contrato en el referido periodo de tres (3) meses de libre negociación previsto en la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011.

“47. Ante la ausencia de acuerdo entre TGI y EPM sobre la pareja de cargos a aplicar al Contrato en el periodo de tres (3) meses previsto en la regulación, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16.3.2. de la Resolución CREG 126 de 2010 modificada por la Resolución CREG 079 de 2011, mediante comunicación enviada a través de correo de 20 de marzo de 2013, TGI invitó a EPM a asistir al mecanismo de Aproximación Ordinal -como ya lo había hecho desde la comunicación 2013020468 de 12 de marzo de 2013 citada-, proponiendo a ANDESCO (gremio de las empresas de servicios públicos) para que hiciera las veces de Secretario Ad- Hoc. En efecto, en la referida comunicación TGI manifestó lo siguiente:

“De acuerdo con lo anterior y **teniendo en cuenta que el día de hoy 19 de marzo de 2013, se ha agotado la etapa de mutuo acuerdo, se debe continuar con el procedimiento de aproximación ordinal** establecido en el Artículo 16 – Opciones para la determinación de cargos que remuneran la inversión- de la Resolución CREG 079 de 2011, por lo tanto, la aplicación de las parejas de cargos que se establezcan mediante dicho procedimiento empezarán a regir desde el 20 de marzo de 2013.

Tal y como se informó en la comunicación de 12 de marzo de 2013, TGI S.A. ESP propone a la Asociación Nacional de Empresas de

Servicios Públicos y Comunicaciones – ANDESCO para que haga las veces de Secretario Ad-Hoc del proceso de aproximación ordinal, por lo tanto, agradecemos una propuesta de fecha entre el 1 y el 10 de abril de 2013 para llevar a cabo dicho proceso, el cual se desarrollará en las oficinas de ANDESCO en la ciudad de Bogotá.”

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

El mecanismo de Aproximación Ordinal no puede llevarse a cabo sino con la presencia de las dos partes, de modo que la negativa de una de ellas a concurrir al mecanismo de Aproximación Ordinal, constituye una obstrucción indebida e insalvable para su aplicación y un incumplimiento de la regulación y del Contrato, que afecta los derechos de su contraparte contractual, pues le impide hacer uso del mecanismo técnico de solución de diferencias que la regulación creó precisamente para estos efectos.

“48. EPM se negó a concurrir al mecanismo de Aproximación Ordinal aun cuando la regulación lo establece como obligatorio para todos los remitentes y transportadores, en caso de que no haya acuerdo respecto de la pareja de cargos a aplicar para el respectivo periodo tarifario. Lo anterior consta en comunicación GTE-7416-13, radicada en TGI el 1 de abril de 2013, en la que EPM desconoce la obligación contenida en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, que obligaba a las partes a ajustar la pareja de cargos cuando la CREG modificara las opciones establecidas en el Resolución CREG 001 de 2000 para la determinación de la pareja de cargos; veamos:

“Estimado doctor:

*De manera atenta damos respuesta a su comunicación de la referencia, para reiterar que no es procedente su pretendida imposición de renegociar la pareja de cargos pactada en el contrato de la referencia **y continuar con el procedimiento de aproximación ordinal establecido en la resolución Creg 079 de 2011.***

A ese respecto, reafirmamos nuestras consideraciones expuestas en comunicación del 13 de marzo de 2013, radicado EPM 2013020468 y, teniendo en cuenta que estamos en presencia de evidentes diferencias sobre la materia, estamos acudiendo a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, para que en desarrollo de la facultad prevista en el artículo 14. 18 de la ley 142 de 1994 y lo establecido en la Resolución CREG 066 de 1998, dirima el conflicto contractual surgido.

Mientras el regulador se pronuncia, consideramos vigente la pareja 50% fijo — 50% variable, con el nuevo valor contenido en la resolución Creg 121 de 2012.”

(Negritas y subrayas fuera de texto)

Se evidencia así que EPM incumplió el numeral 16.3.2 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2 de la Resolución CREG 079 de 2011, que es de obligatorio cumplimiento para todos los remitentes y transportadores, así como el numeral 6 del Capítulo II del Contrato, al 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.

Esta conducta de EPM constituye una **OBSTRUCCIÓN INDEBIDA Y UN ABUSO DEL DERECHO** por parte de EPM, 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 concordantes, y de las resoluciones de la CREG aplicables al caso.

“49. Ante el incumplimiento de EPM consistente en negarse a acudir al mecanismo de Aproximación Ordinal, TGI, para dar cumplimiento a la regulación y

en cumplimiento del deber de no agravar su propio daño y a fin de evidenciar ante las autoridades fiscales una conducta diligente, no tuvo más alternativa que facturar el servicio prestado conforme a la pareja 85% Cargo Fijo y 15% Cargo Variable, que correspondería a la mínima pareja de cargos a la cual podría aspirar EPM 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. Lo anterior fue manifestado a EPM mediante comunicación 003905 enviada por TGI el 3 de mayo de 2013, en la que se señaló:

“Apreciado doctor Caycedo;

(...)

Habida cuenta que no fue posible acordar la pareja de cargos del contrato y, considerando la negativa de EEPPM a asistir al mecanismo de aproximación ordinal, TGI S.A. ESP el 4 de abril de 2013 informó a EEPPM las tarifas de Cargo Fijo, Cargo Variable y Cargo Ocasional en dólares que se cobrarían provisionalmente en el contrato ESTF-026-2008, según las tarifas establecidas en la Resolución CREG 121 de 2012, calculadas con la pareja de cargos del contrato que regía antes de la entrada en vigencia de dicha Resolución, las cuales se aplicarían a partir del 20 de marzo de 2013. Lo anterior se reflejó en la factura 12843 enviada a EEPPM el día 5 de abril de 2013.

Respecto de lo anterior, es pertinente precisar que la determinación de la nueva pareja de cargos de remuneración para el contrato de la referencia, durante el plazo de tres (3) meses, bien sea mediante la negociación o el mecanismo de aproximación ordinal, en caso de

imposibilidad de acuerdo, es una obligación regulatoria y contractual en cabeza de EEPPM, como quiera que en el contrato de la referencia se estableció de manera expresa que "los cargos imputables estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que ésta establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG" y se precisó que "en el momento en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato". Lo anterior implica que EEPPM tenía pleno conocimiento de que se presentaría un cambio regulatorio en relación con las opciones para la determinación de la pareja de cargos y aceptó la obligación de ajustarse a la regulación vigente, así como a modificar las parejas de cargos si se modificaban las opciones contempladas en la Resolución 001 de 2000 que, en el presente caso, fue modificada por la Resolución 126 de 2010.

Visto lo anterior, se concluye que EEPPM, 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 ESTF-026-2008. 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

EEPPM en el procedimiento de aproximación ordinal en función de la consideración de su factor de carga histórico (85% fijo - 15% 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. 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 "85% fijo - 15% variable", lo cual se reflejará en las siguientes facturas.

Se advierte en todo caso que las facturas del contrato ESTF- 026 - 2008 seguirán siendo provisionales en lo que se refiere a las proporciones fijo / variable hasta tanto se definan las proporciones que regirán durante el actual período tarifario, mediante los mecanismos legales y regulatorios pertinentes."

(Negrillas y subrayas fuera de texto)

A partir de lo anterior, se concluye que la pareja de cargos con la que actualmente factura TGI a EPM, es la pareja que, a la luz de la regulación, cumple con los topes de cargo mínimo y máximo aplicables en el mecanismo de Aproximación Ordinal para la pareja de cargos de transporte que remunera la inversión. Se resalta que la decisión de TGI de facturar con la pareja 85% fijo / 15% variable **tenía un carácter provisional**, en espera de la definición a que hubiere lugar, que es, en últimas, la

que le corresponde tomar a este Honorable Tribunal, en relación con la pretensión de TGI de que se condene a EPM a cumplir con su obligación de comparecer al mecanismo de Aproximación Ordinal.

EPM se ha negado a actualizar los cargos del Contrato según las opciones establecidas en la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011 – esto es, mediante mutuo acuerdo o mediante el mecanismo de Aproximación Ordinal -, alegando que las mismas no le son aplicables al Contrato, pese a que en el numeral 6 del Contrato se pactó expresamente que “en el momento en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la resolución CREG 001 de 2000, **se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato**”. (Negritas y subrayas fuera de texto)

La existencia de dicha obligación fue inicialmente reconocida por la propia EPM, quien en respuesta a las primeras comunicaciones que envió TGI, en relación con la negociación de la pareja de cargos, reconoció que debía adelantarse una negociación sobre la pareja de cargos a aplicar con la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012, y propuso que la misma se surtiera de manera conjunta con la negociación de otros temas que, en su concepto, estaban afectando la ejecución del Contrato.

“50. EPM ha glosado las facturas provisionales enviadas por TGI, y se ha negado a pagar el valor total correspondiente al servicio prestado conforme a lo dispuesto en la Ley, la regulación y el Contrato.

En el siguiente cuadro se muestran los valores adeudados por EPM de cada factura, que corresponden a las glosas efectuadas por éste:

CONTRATO	FAC TUR A No.	SERVICIO DE TRANSPORTE DEL MES DE	VALOR FACTURA	VALOR PAGADO SEGÚN CARTA DE GLOSA	DIFERENCIA ENTRE FACTURADO Y PAGO INFORMADO
ESTF-026-2008	1292 2	Abril de 2013	3. 510.540.616	2.620.5 35.528	890.005.088
ESTF-026-2008	1302 0	Mayo de 2013	3. 332.571.459	2.657.5 46.423	675.025.036
ESTF-026-2008	1321 2	Junio de 2013	3. 360.063.168	2.672.6 94.882	687.368.286
ESTF-026-2008	1334 2	Julio de 2013	3. 326.598.459	2.653.0 09.609	673.588.850
ESTF-026-2008	1344 2	Agosto de 2013	3. 365.627.639	2.675.9 68.125	689.659.514
ESTF-026-2008	1352 1	Septiembre de 2013	3. 347.644.793	2.665.3 89.900	682.254.893

ESTF- 026- 2008	1372 4	Octubre de 2013	45.490.492	98.978	36.2	9.191.514
ESTF- 026- 2008	1387 5	Noviembre de 2013	362.555.497	60.969	3. 2.674.1	688.394.528
ESTF- 026- 2008	1397 5	diciembre de 2013	358.185.267	90.226	3. 2.671.5	686.595.041
ESTF- 026- 2008	1412 7	enero de 2014	867.754.257	50.170	2. 2.277.9	589.804.087
ESTF- 026- 2008	1424 1	febrero de 2014	880.162.503	87.960	2. 2.239.1	640.974.543
ESTF- 026- 2008	1436 9	Marzo de 2014	822.739.942	29.399	2. 2.209.7	613.010.543
ESTF- 026- 2008	1450 8	Abril de 2014	237.750.841	60.728	3. 2.988.9	248.790.113
ESTF- 026- 2008	1464 5	Mayo de 2014	908.877.464	51.457	5. 6.204.5	

ESTF- 026- 2008	1477 2	Junio 2014	de	4. 261.930.903	4.039.3 70.022	222.560.881
ESTF- 026- 2008	1496 5	Julio 2014	de		21.8 00.361	1.354.296
ESTF- 026- 2008	1505 8	Agosto 2014	de	3. 041.962.055	2.931.9 63.163	109.998.892
ESTF- 026- 2008	1519 8	Septiembre de 2014		2. 916.968.585	2.339.1 51.316	577.817.269
ESTF- 026- 2008	1535 5	Octubre 2014	de	2. 867.951.738	2.276.0 56.486	591.895.252
ESTF- 026- 2008	1551 1	Noviembre de 2014		2. 974.490.996	2.328.9 02.441	645.588.555
ESTF- 026- 2008	1561 5	Diciembre de 2014		2. 974.490.996	2.328.9 02.441	645.588.555
ESTF- 026- 2008	1564 5	Diciembre de 2014		1.338.415	06.952	1.6

<i>ESTF-026-2008</i>	1581 8	<i>Enero</i> 2015	de	3. 144.412.068	2.416.9 24.888	727.487.180
<i>ESTF-026-2008</i>	1595 5	<i>Febrero</i> 2015	de	3. 262.713.418	2.533.6 19.358	729.094.060
<i>ESTF-026-2008</i>	1608 5	<i>Marzo</i> 2015	de	3. 375.557.125	2.694.7 12.995	680.844.130
<i>ESTF-026-2008</i>	1628 7	<i>Abril</i> 2015	de	3. 182.982.501	2.496.3 99.099	686.583.402
<i>ESTF-026-2008</i>	1647 7	<i>Mayo</i> 2015	de	3. 654.182.724	3.602.9 78.068	51.204.656
<i>ESTF-026-2008</i>	1663 8	<i>Junio</i> 2015	de	4. 114.213.517	4.480.9 00.769	
<i>ESTF-026-2008</i>	1682 7	<i>Julio</i> 2015	de	4. 299.926.864	5.061.1 83.212	
<i>ESTF-026-2008</i>	1699 7	<i>Agosto</i> 2015	de	4. 280.432.153	4.571.8 08.759	

ESTF- 026- 2008	1715 1	Septiembre de 2015	5. 262.139.443	6.374.7 74.499	
ESTF- 026- 2008	1735 7	Octubre de 2015	4. 451.408.766	5.412.8 31.851	
ESTF- 026- 2008	1753 4	Noviembre de 2015	2. 184.454.276	2.065.1 86.093	119.268.183
ESTF- 026- 2008	1765 9	Diciembre de 2015	2. 997.439.073	1.969.4 98.465	1 .027.940.608
ESTF- 026- 2008	1769 6	Diciembre de 2015	1. 127.836.342	2.538.9 16.744	
			109. 126.549.012	99.735.0 62.336	14. 591.887.955

Se reitera que TGI ha facturado provisionalmente a EPM con base en la pareja 85% fijo – 15% variable, que corresponde a la mínima pareja de cargos a la cual podría aspirar EPM en el procedimiento de Aproximación Ordinal en función de la consideración de su factor de carga histórico, sin que ello implique que dicha pareja de cargos corresponda a aquella a la que TGI aspira como resultado de un proceso de negociación o del mismo proceso de Aproximación Ordinal.

“51. TGI y EPM llevaron a cabo diversas reuniones para solucionar las controversias de forma directa, sin que haya sido posible llegar a un acuerdo sobre las mismas, precisamente por cuanto EPM se negó a dar cumplimiento a su

obligación de acudir al mecanismo de Aproximación Ordinal, bloqueando de este modo a TGI en su legítimo derecho a obtener la remuneración a la que tiene derecho de acuerdo con la pareja de cargos que resultaría de la Aproximación Ordinal”.

1.4.7. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA DE TGI POR PARTE DE EPM.

La Convocante y demandada en reconvención EPM al contestar la demanda de reconvención reformada presentada por TGI, se opuso a todas las pretensiones formuladas la demanda; se pronunció sobre cada uno de los hechos, solicitó pruebas y formuló excepciones de mérito, cuyos fundamentos se expondrán a espacio al tratar su posición jurídica en el proceso, excepciones que denominó de manera igual a la propuesta al responder la demanda de ISAGEN y que fueron mencionadas anteriormente, por supuesto referidas al contrato suscrito con EPM.

1.5 DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR

Las partes, por un lado ISAGEN y TGI, y por otro, EPM y TGI, en la cláusula tercera del respectivo pacto arbitral en la modalidad de compromiso, pactaron la duración del trámite arbitral en dieciocho (18) meses, contados desde la finalización de la primera audiencia de trámite.

Como quiera que la primera audiencia de trámite finalizó el día 19 de mayo de 2016, el término para proferir el laudo, junto con la providencia de aclaración, corrección y/o adición vencería el 18 de noviembre de 2017. Sin embargo, a este término se le deben adicionar 65 días hábiles, por las siguientes suspensiones realizadas por las partes, así: del proceso: entre el día 20 de mayo y el 22 de julio de 2016, 42 días (Acta No. 13); entre el día 13 de agosto de 2016 y el 21 de agosto de 2016, 4 días (Acta No. 18); entre el día 26 de agosto de 2016 y el día 8 de septiembre de 2016, 10 días (Acta No. 21), 10 días hábiles y entre el día 22 de septiembre de 2016 y el 4 de octubre de 2016, 9 días (Acta No. 25).

Por lo tanto, el término para proferir el laudo vence el próximo 21 de febrero de 2018, razón por la cual el Tribunal se encuentra en término para proferir esta decisión.

1.6. MANIFESTACION EXPRESA DE LAS PARTES

Las partes expresaron estar conforme con el desarrollo del proceso, la contabilización de los términos, su acumulación, las formas como fueron practicadas las pruebas y, en general, que se les ha respetado todas las garantías legales en el desarrollo de este proceso, como consta en el acta No. 35 del 23 de febrero de 2017 y No. 38 del 9 de mayo de 2017.

CAPÍTULO SEGUNDO - PRESUPUESTOS PROCESALES

Corresponde al Tribunal examinar lo relacionado con los presupuestos procesales, de manera que pueda entrar al examen de fondo de las cuestiones debatidas en este proceso.

Se ha entendido por la doctrina⁴¹ que los presupuestos procesales son aquellas circunstancias formales, establecidas por la ley procesal, que deben concurrir al proceso para que sea posible la resolución sobre el fondo del asunto sometido a la consideración judicial, que son: competencia, demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado:⁴²

“(...) los denominados presupuestos procesales son aquellas condiciones de legalidad del proceso que atañen a su cabal constitución y desarrollo, y que, en cuanto tales, son exigidas por la ley como requisito imprescindible para proferir sentencia de fondo. Se trata, pues, de constatar, a través de su examen, la legalidad de la relación procesal y su aptitud para conducir a una sentencia válida y útil”.

La Convocada TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P., ha formulado reparos frente al presupuesto procesal de la competencia del Tribunal, que se expresaron en las excepciones formuladas en las contestaciones a las demandas y en el recurso de reposición formulado contra la decisión del Tribunal

⁴¹ Alejandro Romero Seguel, Artículo denominado “*El control de oficio de los presupuestos procesales y la cosa juzgada aparente*” publicado en la REVISTA DE DERECHO CHILENO, Volumen 28, año 2001.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 6 de febrero de 2001, M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Expediente No. 5656.

mediante la cual asumió competencia para conocer de las diferencias sometidas a su consideración.

La Convocada ha indicado que el Tribunal carece de competencia para conocer de las pretensiones primera subsidiaria, segunda subsidiaria, cuarta subsidiaria y tercera por defecto de las demandas formuladas en su contra, por considerar que no se encuentran dentro del alcance del respectivo compromiso suscrito por las partes, y que el Tribunal no es competente para conocer de las pretensiones primera principal, primera subsidiaria y tercera subsidiaria en la medida en que corresponden a la competencia privativa de la Superintendencia de Industria y Comercio; a lo cual se han opuesto la entidades Convocantes.

Como quedó reseñado en los antecedentes de este laudo, en la primera audiencia de trámite, llevada a cabo el día 19 de mayo de 2016 (Acta No. 12), el Tribunal se declaró competente para conocer de todas las pretensiones contenidas en las demandas formuladas por ISAGEN S.A. E.S.P. y EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P., contra TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P. Sin perjuicio de ello, es deber del Tribunal revisar nuevamente el presupuesto procesal de competencia, para proferir su decisión de fondo.

Considera el Tribunal que las pretensiones primera, segunda y cuarta subsidiarias, y tercera por defecto, formuladas por Isagen S.A. E.S.P. en su demanda, y las pretensiones primera, segunda, cuarta y tercera pretensión por defecto, formuladas por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. en su demanda, se encuentran incluidas dentro del ámbito del respectivo compromiso pactado por las partes, pues corresponden a pretensiones comprendidas dentro del objeto estipulado en el compromiso arbitral que podrían ser sometidas a decisión del Tribunal de Arbitramento.

En efecto, en los textos de los compromisos transcritos en los antecedentes del presente laudo, se incluyeron en cada caso dos remisiones genéricas, una que faculta al Tribunal para conocer y resolver sobre: *“las diferencias surgidas en relación con los temas planteados en la solicitud de conciliación extrajudicial”*, allí referida, y otra que lo faculta para conocer del contenido de dicha solicitud de conciliación. De esta manera, el Tribunal entiende que en los referidos compromisos las partes no quisieron apearse solamente a la literalidad de las pretensiones formuladas en esas solicitudes de conciliación, sino que, por el contrario, facultaron en forma amplia al Tribunal para conocer y decidir todas las diferencias surgidas en relación con los temas a que se refieren tales solicitudes de conciliación y de su contenido íntegro, pues esas fueron las precisas palabras empleadas por las partes en los compromisos que celebraron, y con arreglo a ello las pretensiones en cuestión están todas relacionadas con temas referidos en dichas solicitudes de conciliación.

Respecto a la pretensión primera subsidiaria, relativa a que se declare que: *"es nulo el número 5.3 de la sección I ESTF del contrato ESTF- 026-2008, en el que se consignó que el plazo de ejecución es hasta el 31 de diciembre de 2020"* y a la pretensión segunda subsidiaria, sobre el plazo de ejecución del contrato; encuentra el Tribunal que ese tema fue mencionado en el hecho séptimo de las solicitudes de conciliación extrajudicial presentadas en su momento por las convocantes ante la Procuraduría General de la Nación; lo mismo sucede respecto a la nulidad de los contratos, que corresponde a otra de las pretensiones de las demandas, sin perjuicio de lo cual se ha de tener en cuenta también que el Tribunal, como juez de los contratos aquí debatidos y en virtud de la normativa aplicable a los mismos, tiene el poder – deber de declarar, aún oficiosamente, su nulidad absoluta –total o parcial-, en caso de configurarse alguna causal legal (Código de Comercio artículo 899, y

Código Civil, artículos 1741 y 1742, subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936⁴³).

Respecto a la pretensión cuarta subsidiaria, en la que se pide que el Tribunal declare que en caso de terminación anticipada del contrato por causas imputables a cualquiera de las partes, la parte incumplida reconozca y pague el valor de los perjuicios que correspondan, advierte el Tribunal, como lo mencionó en el auto por medio del cual asumió competencia, que esta pretensión tiene una directa conexión con lo planteado en las solicitudes de conciliación, página 1, donde se formuló como pretensión subsidiaria de la principal, la nulidad del párrafo dos de la cláusula 23.3, que se refiere a la indemnización de perjuicios en caso de terminación anticipada del contrato por causas imputables a cualquiera de las partes. De acuerdo con lo antes expuesto, el Tribunal resulta también competente para conocer de la pretensión cuarta subsidiaria de ambas demandas.

De otro lado, en la tercera pretensión por defecto, de las demandas, se pide al Tribunal ordenar la terminación del contrato, y se ordene la liquidación y las restituciones económicas que correspondan, sin tener en cuenta lo previsto en el párrafo dos de la cláusula 23.3 de los contratos. Al respecto observa el Tribunal que dicha pretensión es subsidiaria de la segunda pretensión por defecto, en la que se pide que como consecuencia de la declaración solicitada en la primera pretensión por defecto, relativa a la revisión del contrato, el Tribunal proceda a restablecer el equilibrio del contrato, indicando la forma en que ello debe lograrse. Sobre este particular, el Tribunal observa que en la solicitud de conciliación extrajudicial, concretamente en la pretensión titulada "*En defecto de la subsidiaria*", se trata el tema de hechos imprevistos que evidencian un eventual desequilibrio contractual,

⁴³ El artículo 1742 de Código Civil, subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, dice así: "*La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.*"

estableciéndose así el nexo causal entre los temas tratados en la solicitud de conciliación y las referidas pretensiones de la demanda que permiten concluir que el Tribunal es competente para conocer de esta pretensión.

Por último, no encuentra el Tribunal que alguna de las pretensiones de las demandas sometidas a estudio y consideración presentadas por las entidades Convocantes busquen que el Tribunal se pronuncie sobre competencias administrativas privativas que en materia de prácticas comerciales restrictivas están asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio, ni tampoco las indica o precisa la parte Convocada, ni el Tribunal se pronuncia sobre tales asuntos en este laudo.

Por lo anterior, el Tribunal reafirma que se encuentra satisfecho el presupuesto procesal de competencia, como requisito para proferir el laudo, por lo cual no proceden las denominadas en las excepciones de la convocada *“Falta de competencia del Tribunal respecto de las pretensiones primera subsidiaria, segunda subsidiaria, cuarta subsidiaria y tercera por defecto”*, y *“El Tribunal no es competente para conocer de las pretensiones primera principal, primera subsidiaria y tercera subsidiaria, en la medida en que las mismas corresponden a la competencia privativa de la Superintendencia de Industria y Comercio”*.

Respecto de los demás presupuestos procesales, esto es la demanda en forma, la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer al proceso, encuentra el Tribunal que se encuentran cumplidos, pues las demandas principales, así como las de reconvenición cumplieron los requisitos para su admisibilidad y trámite; las entidades que han comparecido, esto es, ISAGEN S.A. E.S.P., EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN EPM E.S.P., y TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP, han demostrado su existencia y representación legal y son titulares de las respectivas relaciones jurídicas procesales que se debate en este trámite, y por último, estas mismas entidades pueden disponer libremente de

sus derechos y comparecieron al proceso por conducto de sus representantes legales, quienes otorgaron poder a sus representantes judiciales, como quedó reseñado en los antecedentes de este laudo.

Encontrándose presente la totalidad de los presupuestos procesales y no encontrando nulidad que invalide lo actuado, procede el Tribunal a pronunciarse de fondo sobre los asuntos que se han sometido a su consideración.

CAPITULO TERCERO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Habiéndose establecido en debida forma la relación procesal y no existiendo vicios de trámite que obliguen a retrotraer lo actuado, pasa el Tribunal a exponer las consideraciones que darán fundamento a la decisión con que terminará este proceso arbitral, tanto respecto de los litigios principales como respecto de los litigios de reconvención.

3.1. EL MARCO JURÍDICO DE LOS CONTRATOS OBJETO DE ESTUDIO POR EL TRIBUNAL.

3.1.1. Consideraciones sobre el entendimiento Constitucional del régimen de los servicios públicos.

Antes que nada el Tribunal aborda el estudio respecto a cuál es el marco jurídico aplicable a los contratos objeto de las controversias que ocupan a los árbitros, con el fin de establecer su régimen legal y así poder determinar las cargas y derechos de cada una de las partes. Dichos contratos tratan del transporte del gas natural, bajo la modalidad en firme, que es una actividad complementaria del servicio público domiciliario de gas combustible, en los términos del artículo 14.28 de la ley 142 de 1994, y por ello es menester indagar en nuestra Constitución para encontrar el marco general de los servicios públicos y en particular de los servicios públicos domiciliarios bajo los cuales se inscribe el transporte del gas natural.

En primer término, se tiene que Colombia es un Estado Social de Derecho, que la Corte Constitucional, en la sentencia T-570 de 1992, define como: *“(...) aquel que consagra, protege y hace efectivos los derechos de las personas, sus garantías y deberes. La protección de los derechos se integra como elemento definitorio del Estado Social de Derecho. El respeto a la dignidad humana, al trabajo y a la solidaridad de las personas que integran la Nación, le dan, en su conjunto, un contenido material y no simplemente formal al Estado de Derecho, el cual ya no*

puede seguir definiendo el imperio de las leyes”.Lo anterior lo ratifica la Corte Constitucional en la sentencia C – 041⁴⁴ de 2003, cuyo magistrado ponente es el Dr. Jaime Córdoba Triviño, así:

“La concepción del Estado social de Derecho (art. 1 C.P.) comporta el cumplimiento de ciertos fines en cabeza de la organización estatal orientados a servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política (art. 2 C.P.). Tales propósitos conllevan a que las actuaciones del Estado estén enderezadas a cubrir necesidades básicas insatisfechas y a garantizar las mínimas condiciones para que la existencia del hombre sea acorde con su dignidad humana.”

(...)Así las cosas, en la Constitución de 1991 los servicios públicos se caracterizan por: (i) tener una connotación eminentemente social, en tanto que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas y por ello su prestación debe ser eficiente; (ii) el régimen jurídico al cual estarán sometidos es el que fije la ley; (iii) pueden ser prestados no solamente por el Estado, directa o indirectamente, sino también por comunidades organizadas o por particulares; (iv) el Estado mantendrá siempre su regulación, control y vigilancia; (v) su régimen tarifario consultará, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos; (vi) deberán ser prestados directamente por los municipios, en tratándose de los servicios públicos domiciliarios, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y (vii) las entidades territoriales pueden conceder subsidios para las personas de menores ingresos”.

A partir de ese modelo se reconocen como fines esenciales del Estado los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la

⁴⁷ En el mismo sentido, Ley 489 de 1998, Art. 48

participación de la población en las decisiones que les afecten en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (art. 2 CP).

Para lograr aquellos ambiciosos fines, nuestro constituyente intentó buscar un equilibrio entre el derecho a la propiedad privada y el reconocimiento de las libertades económicas⁴⁵, con la posibilidad de intervención del Estado en la economía⁴⁶ para corregir los eventuales errores o imperfecciones del mercado.

En este escenario, el constituyente dejó la prestación de los servicios públicos en manos del mismo Estado, de los particulares o de las comunidades organizadas, pero sin perder de vista nunca que son inherentes a la finalidad del Estado social de derecho colombiano (artículo 365 CP), para el logro de los derechos y deberes consagrados a cargo del Estado en la Constitución (artículo 2° ibídem).

Pero por supuesto, el constituyente dejó en manos del legislador la potestad de definir el régimen jurídico de los servicios públicos, anticipando que en cualquier caso el Estado conservaría las funciones de regulación, control y vigilancia de los mismos. Se pasó entonces del escenario en el que el Estado era el prestador de los servicios públicos a un nuevo paradigma en que se convierte en el garante supremo de la prestación de los mismos.

3.1.2. Consideraciones sobre la ley 142 de 1994 y las funciones de las Comisiones de Regulación en general y de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG en particular, y el régimen jurídico de los contratos de las empresas de servicios públicos.

La Carta Política como vimos, defiere a la ley la determinación del régimen jurídico al que estarán sometidos los servicios públicos (art.365 CP), y para el caso del presente conflicto tal ley es principalmente la Ley 142 de 1994, por ser el transporte

⁴⁷ En el mismo sentido, Ley 489 de 1998, Art. 48

⁴⁷ En el mismo sentido, Ley 489 de 1998, Art. 48

del gas natural una actividad complementaria del servicio público domiciliario de gas combustible, en conjunto con la ley 143 del mismo año.

Y en este orden de ideas, la Ley 142 de 1994 se ocupó de la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios públicos, su cobertura, calidad, financiación y régimen tarifario, y las entidades competentes para establecer las tarifas y ejercer la función de regulación (art. 367 C.P), que para nuestro estudio recae sin duda en cabeza de la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG; la determinación de los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio (art. 369 C.P) y la fijación de las normas a que se debe sujetar el Presidente de la República para ejercer las funciones que el constituyente le asigna en esa materia (art. 370 C.P). Nótese, entonces, cómo el Estado en ningún caso se desprende de las facultades de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, funciones que para el caso que nos ocupa, son ejercidas por la CREG (regulación) y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (control y vigilancia), entidades ciertamente pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público.

Las actuales Comisiones de Regulación, nacieron como herederas de la extinta Junta Nacional de Tarifas, y fueron creadas por decretos autónomos al amparo del artículo 20 T (veinte transitorio) de la Constitución Política. Con todo, las mismas fueron re-creadas por el artículo 69 de la Ley 142 de 1994, que determinó las llamadas comisiones de regulación como: *“unidades administrativas especiales, con independencia administrativa técnica y patrimonial”*, cuya función principal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 73 del mismo cuerpo normativo, es la de **“regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia, de hecho, no sea posible; y en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes prestan servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no**

*impliquen abuso de posición dominante, y produzcan servicios de calidad*⁴⁷. (Se subraya).

La Corte Constitucional en la sentencia C-1162 de 2000 señaló dos aspectos de la mayor trascendencia en lo que tiene que ver con el presente litigio:

(i) Que dentro de las funciones de regulación que por ley competen a las Comisiones de Regulación –entre ellas la CREG- están las de fijar tarifas y las de fijar las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos, y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas prestadoras, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado, y

(ii) Que la actividad de regulación ejercida por las Comisiones de Regulación, **“es tan sólo una *forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos*”.**

Ahora bien, a esta altura hemos de advertir que la ley 142 de 1994 se ocupa del régimen de los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y en ese entendimiento, somete estos al régimen del Derecho Privado. Veamos los artículos 31, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, y 32, inciso primero, que dicen así:

“Artículo 31. Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

⁴⁷ En el mismo sentido, Ley 489 de 1998, Art. 48

Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.”

Las normas recién transcritas fueron estudiadas en juicio de exequibilidad por la Corte Constitucional, que en sentencia C-066 de 1997 las declaró exequibles y, entre otras cosas, afirmó:

“En efecto, pretende la ley objeto de control someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 hace, en tratándose de contratos celebrados por dichas empresas, al parágrafo 1° del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera ley citada disponga otra cosa. En igual forma y directamente, el artículo 32 de la misma ley deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas.”

Vemos entonces como el legislador autoriza expresamente la celebración de contratos por parte de las empresas prestadoras de los servicios públicos en el marco del derecho privado *“Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario”*.

En el mismo escenario las partes pactaron la cláusula 12 de sus contratos donde con claridad indicaron que *“de conformidad con el anterior marco normativo, el presente contrato establece entre las partes una relación de carácter comercial,*

regida por las normas pertinentes del derecho privado, salvo en las leyes arriba citadas”.

En adición a lo anterior, para el caso de las empresas de servicios públicos que son entidades estatales, ha de tenerse presente también que la ley 1150 de 2007, en su artículo 13, estableció, entre otras cosas, que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Constitución Política, norma esta que dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

En ese marco, el artículo 73 de la ley 142 de 1994 regula las funciones y facultades de las comisiones de regulación. Singularmente importante para este Tribunal es resaltar que las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello dichas comisiones tienen las funciones y facultades especiales establecidas en la ley, entre las cuales están las siguientes relevantes para el tema que ahora nos ocupa:

“73.10. Dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia. Las comisiones podrán limitar, por vía general, la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, para evitar que se limite la posibilidad de competencia.

73.11. Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el artículo 88; y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre.

73.12. Determinar para cada bien o servicio público las unidades de medida y de tiempo que deben utilizarse al definir el consumo; y definir, con bases estadísticas y de acuerdo con parámetros técnicos medibles y verificables, apropiados para cada servicio, quiénes pueden considerarse "grandes usuarios".

(...)

73.16. Impedir que quienes captan o producen un bien que se distribuye por medio de empresas de servicios públicos adopten pactos contrarios a la libre competencia en perjuicio de los distribuidores; y exigir que en los contratos se especifiquen los diversos componentes que definen los precios y tarifas.

(...)

73.20. Determinar, de acuerdo con la ley, cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas.

73.21. Señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario.

73.22. Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; así mismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de esta Ley."

Igualmente, el mismo artículo 73, en su inciso final, nos enseña que:

“Salvo cuando esta Ley diga lo contrario en forma explícita, no se requiere autorización previa de las comisiones para adelantar ninguna actividad o contrato relacionado con los servicios públicos; ni el envío rutinario de información. Pero las comisiones, tendrán facultad selectiva de pedir información amplia, exacta, veraz y oportuna a quienes prestan los servicios públicos a los que esta Ley se refiere, inclusive si sus tarifas no están sometidas a regulación. Quienes no la proporcionen, estarán sujetos a todas las sanciones que contempla el artículo 81 de la presente Ley. En todo caso, las comisiones podrán imponer por sí mismas las sanciones del caso, cuando no se atiendan en forma adecuada sus solicitudes de información.”
(Se resalta y subraya)

Y entre las funciones específicas de la Comisión de Regulación de Energía y Gas se encuentran las siguientes:

“Artículo 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

74.1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.

a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre

competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.

b) Expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios;

c) Establecer el reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía y gas combustible;

d) Fijar las tarifas de venta de electricidad y gas combustible; o delegar en las empresas distribuidoras, cuando sea conveniente dentro de los propósitos de esta Ley, bajo el régimen que ella disponga, la facultad de fijar estas tarifas.

e) Definir las metodologías y regular las tarifas por los servicios de despacho y coordinación prestados por los centros regionales y por el centro nacional de despacho.” Finalmente, por lo que hace a la naturaleza jurídica de las normas que expiden las comisiones de regulación en general y la CREG en particular, se tiene que según la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, la competencia de regulación de los servicios públicos a cargo del Presidente de la República, derivada de la Constitución Política, le fue delegada a dichas comisiones, competencia que estas ejercen a través de la expedición de actos administrativos de carácter general y regulatorio, y de actos administrativos de carácter particular y concreto, con plena sujeción a las normas de orden superior en acatamiento el principio de legalidad⁴⁸.

⁴⁸ Consejo de Estado - Sección Tercera, Subsección B. Expediente No. 25693. Sentencia del 29 de marzo de 2012. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

3.1.3. Reseña de algunos aspectos de los contratos objeto del presente litigio.

El objeto y el alcance de los contratos **ESTF-025-2008(ISAGEN)** y **ESTF-026-2008 (EPM)** al tenor de su cláusula primera fueron determinados en el Capítulo II - “CONDICIONES PARTICULARES”, Cláusulas 1 y 2, es el siguiente:

“1. OBJETO

Es la prestación del Servicio de Transporte en Firme de Gas Natural por el Sistema de conformidad con los términos y condiciones del presente Contrato.

La capacidad de transporte solicitada por el REMITENTE en los tramos Ballena-Barrancabermeja y Ballena – Vasconia, estará disponible una vez el TRANSPORTADOR ponga en operación las instalaciones que permitirán la ampliación del gasoducto Ballena-Barrancabermeja, lo cual se espera realizar a más tardar el 1 de junio de 2010 y que llevará la capacidad total de dicho gasoducto a un mínimo de 260,000 KPCD.⁴⁹

2. ALCANCE

⁴⁹ En el contrato ESTF-08-2009, el segundo párrafo de la cláusula del objeto en referencia dice así: “La capacidad de transporte contratada por el REMITENTE en el tramo Cusiana – Sebastopol estará disponible a partir de la Fecha de Comienzo del Servicio establecida en el numeral 5.2 de la Sección I ESTF, una vez el TRANSPORTADOR ponga en operación la segunda fase de la ampliación a partir del primero (1º) de enero de 2011, que llevará la capacidad total del sistema Cusiana – La Belleza a 392 MPCD, La Belleza – Vasconia y La Belleza – Cogua hasta máximo de 375 MPCD entre ambas para las contrataciones en firme que se hagan desde Cusiana, Vasconia – Mariquita a 192 MPCD, Mariquita – Cali a 168 MPCD, Mariquita – Gualanday a 17 MPCD y Gualanday – Neiva a 10 MPCD, correspondiente a los trabajos a desarrollar en la segunda fase (Fase II) del proyecto de ampliación de la capacidad.”. En el caso del contrato ESTF-07-2005, la cláusula del objeto no tiene este segundo párrafo.

Es el Servicio de Transporte de Gas Natural en Firme por el Sistema, desde el(los) Punto(s) de Entrada hasta el(los) Puntos de Salida que se determinan en la Sección I – ESTF.”

A este respecto, observan los árbitros y existe consenso entre las partes, que tal actividad indiscutiblemente se enmarca en lo dispuesto en la ley 142 de 1994, en particular en el artículo 14.28 que dice así:

“14.28. Servicio público domiciliario de gas combustible. Es 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 este entendido, tenemos que las actividades realizadas por las partes de estos contratos están respaldadas por normas de orden constitucional, pues nos encontramos no frente a cualquier actividad, sino frente a la prestación de uno de los servicios públicos domiciliarios inherentes a la misma función social del Estado en gestión indirecta por parte de operadores de estos servicios.

Es claro también que para el tiempo de celebración de estos contratos estaba vigente la Ley 142 de 1994 junto con las disposiciones reglamentarias de la misma, que le fueran aplicables en forma específica, y las regulaciones pertinentes de la CREG que estudiaremos al detalle más adelante. Así mismo, en lo no contemplado por la ley de servicios públicos y sus reglamentos, teniendo en cuenta el mandato del artículo 32 de la ley 142 de 1994, no hay duda que los contratos objeto de la controversia se regulan también por las disposiciones generales del derecho

privado, y por lo establecido en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007⁵⁰ –al ser al tiempo de su celebración los contratantes entidades estatales⁵¹–, según lo dispuesto por el artículo 38 de la ley 153 de 1887 que ordena que: *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”*.

En consecuencia, se tiene que en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios en general, y en los contratos objeto del litigio que nos ocupa en particular, rige el principio de la autonomía de la voluntad privada dentro de las restricciones que el ordenamiento establezca.

Tratándose de servicios públicos, el artículo 128 de la ley 142 de 1994 caracteriza en sus dos primeros incisos el contrato de condiciones uniformes para la prestación de tales servicios, así:

“Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados.

Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del

⁵⁰ El artículo 13 de la ley 1150 de 2007 dice así: *“Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”*. A su turno, el artículo 209 de la CP, inciso primero, dice así: *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”*.

⁵¹ Con posterioridad a la celebración de los contratos debatidos en este trámite arbitral, el Gobierno Nacional llevó a cabo la privatización de ISAGEN, en el año 2016, mientras que a la fecha de este laudo EPM y TGI mantienen su calidad de entidades estatales.

servicio. Existe contrato de servicios públicos aún cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios.”

Esta caracterización legal supone, de un lado, que en los contratos allí señalados la empresa prestadora define unilateralmente las estipulaciones contractuales, actuando como predisponente del contenido contractual, y, de otro lado, que las estipulaciones así establecidas se ofrecen a muchos usuarios no determinados, y cubre por tanto los contratos de servicios públicos de condiciones uniformes que las empresas prestadoras celebran con el común de los usuarios.

Pero para el caso que nos ocupa, en el que las relaciones contractuales debatidas se establecieron entre una empresa prestadora del servicio público de transporte del gas natural (TGI), y dos entidades remitentes que a su vez son empresas de servicios públicos y que conforme a la regulación de la CREG –Resolución 7 de 2000- tienen la calidad de usuarios no regulados y grandes consumidores (ISAGEN y EPM), claramente no estamos en presencia de contratos de condiciones uniformes, por lo que los contratos objeto de estudio ciertamente se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad privada aunque muchos de sus aspectos son expresamente reglados por el Estado, ya sea directamente por el legislador o por medio de la regulación expedida por la CREG, como adelante se verá en mayor detalle.

Del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, inciso primero, se desprende la siguiente regla: en principio, los actos de todas las empresas de servicios públicos se rigen exclusivamente por las reglas del derecho privado, salvo en aquellos aspectos en los cuales la Constitución o la Ley 142 disponen normas especiales en sentido contrario y de aplicación prevalente, amén de lo cual se han de tener también en cuenta las regulaciones imperativas pertinentes expedidas por la CREG como autoridad reguladora. En el caso *sub examine*, lo dispuesto en el artículo 32 se aplica en su integridad, pues no ha sido establecido lo contrario por disposición constitucional o de la misma ley de servicios públicos.

Bajo el anterior contexto, en el caso que ocupa al Tribunal, tenemos normas imperativas que devienen bien de la ley 142 de 1994 o de la regulación de la CREG y que inciden principalmente en la celebración, ejecución y tarifas, de estos contratos, por lo que tenemos un contrato regido por el derecho privado y en el que las normas de derecho público cobran gran importancia, pero con todo, por expresa disposición legal (Ley 142 de 1994, artículos 31, 32 y 39) **el contrato es esencialmente de derecho privado.**

Por otra parte, en un caso como el sometido a estudio de los árbitros en el que nos encontramos en presencia de una empresa que ejerce un monopolio natural en el mercado del transporte del gas natural⁵², la regulación de las tarifas es una característica esencial e indispensable para la existencia de la competencia real y efectiva entre los operadores, pues de no existir regulación de las tarifas estas quedarían al arbitrio subjetivo de cada uno de los operadores, lo cual podría desembocar en el establecimiento de tarifas predatorias provenientes de los operadores con posición dominante en el mercado, implicando esto la eliminación entre operadores, lo cual redundaría en la imposibilidad de ofrecer en forma efectiva el servicio público domiciliario.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos frente a unos contratos que si bien son de derecho privado, principales, bilaterales y conmutativos, de ejecución sucesiva y con plazo determinado, y por lo tanto su núcleo general y alcance específico se regula por ese derecho, también poseen elementos de derecho público y tienen que ver con la noción y con la teoría del servicio público y su inherencia a la finalidad social del Estado.

⁵² Dictamen pericial de parte elaborado por Luis Carlos Valenzuela sobre el mercado de transporte de gas. (Cuaderno de pruebas No.6 del 3848, folios 190-238) Capítulo 7: SOLICITUD PROBATORIA DE TGI - ISAGEN

3.2. LOS LITIGIOS PRINCIPALES.

3.2.1. La controversia sobre la nulidad total de los contratos celebrados por las partes.

En sus pretensiones principales, ISAGEN le solicitó al Tribunal (i) declarar la nulidad del contrato ESTF-025-2008, (ii) ordenar a TGI restituir todo valor que con ocasión del contrato ESTF- 025- 2008 haya pagado ISAGEN, (iii) ordenar a TGI pagar a ISAGEN, a modo de actualización del valor a presente, intereses bancarios corrientes sobre todas y cada una de las sumas que ISAGEN le haya pagado con ocasión del contrato ESTF-025-2008, desde la fecha del pago hasta la fecha en que quede en firme el laudo arbitral, y (iv) ordenar a TGI pagar a ISAGEN, como sanción por mora, intereses bancarios del doble del interés bancario corriente sobre todas las sumas que se ordene pagar en respuesta a las peticiones segunda principal y tercera principal, desde la fecha en que se ordene que se verifique los pagos o reintegros y hasta que efectivamente se haga cada pago o reintegro.

Subsidiariamente, ISAGEN pide que se declare (i) que es nulo el número 5.3 de la sección I ESTF del contrato ESTF-025-2008, en el que se consignó que el plazo de ejecución es hasta el 31 de diciembre de 2020, (ii) que declare que el plazo de ejecución del contrato ESTF 025 2008 es de dos años a partir del 1 de diciembre de 2012, y (iii) que se declare que es nulo el párrafo dos de la cláusula 23.3 del contrato ESTF-025-2008, en que se establece que “[e]n caso de terminación anticipada del contrato por causas imputables a cualquiera de las partes, la parte incumplida reconocerá y pagará como única indemnización a la otra parte a título de pena, una suma equivalente al 100% del valor remanente del contrato”.

Similares pretensiones principales y subsidiarias formuló EPM respecto del contrato ESTF-026-2008, celebrado con TGI.

Como fundamentos de derecho, las convocantes argumentaron el abuso de posición de dominio de TGI que a su juicio genera la nulidad absoluta del contrato,

a la luz del artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994. Así mismo, afirman que los contratos se suscribieron con plazo de más de dos años, configurándose con ello abuso de posición dominante de conformidad lo previsto en los artículos 34.6 y 133.19 de la citada ley, lo que implica ilicitud en el objeto, y que la cláusula de terminación es excesivamente onerosa para los remitentes.

En sus alegatos de conclusión conjuntos, capítulos I y II, las convocantes reafirmaron y ampliaron los argumentos sobre cuya base edifican las referidas pretensiones.

Al contestar las demandas de ISAGEN y EPM, TGI se opuso a la prosperidad de dichas pretensiones. En cuanto a la de nulidad total de los contratos, sostiene que no existió causa legal que dé lugar a la misma, por lo que estos tienen plena validez y vinculan a las partes, quienes los suscribieron voluntariamente y acordaron libremente las condiciones que regirían las respectivas relaciones contractuales, sin que se contrariara norma imperativa alguna. Añade que: (i) no se puede presumir que TGI tiene posición de dominio en mercado, (ii) TGI no tiene, ni se puede presumir que detenta, algún tipo de posición de dominio contractual frente a ISAGEN, y (iii) si en gracia de discusión se llegase a considerar que TGI tuviera posición de dominio en el mercado o contractual, TGI no ha incurrido en abuso alguno. Por el contrario, ha actuado con apego a la ley, la regulación y los contratos, lo que de ninguna manera puede considerarse como un abuso de posición dominante, y mucho menos puede derivar en una nulidad absoluta de estos contratos.

En sus alegatos de conclusión, TGI reafirmó y amplió los argumentos sobre cuya base se opuso a las referidas pretensiones principales de las convocantes.

Para resolver la primera pretensión principal de las demandas de las convocantes, el Tribunal empieza por recordar que en el ordenamiento patrio todo contrato debe llenar las condiciones legalmente establecidas para su existencia y validez, sin las

cuales deviene ineficaz. Reunidos los requisitos de existencia -a saber, la manifestación de la voluntad de los contratantes de obligarse, el objeto jurídico o conjunto de efectos perseguidos, concurriendo los elementos esenciales del contrato (*essentialia negotia*), y la solemnidad esencial siempre que esta sea requerida por una norma legal-, el contrato surge a la vida jurídica, sin embargo esa existencia no determina su validez, pues puede verse afectado por uno o más vicios que conlleven su invalidez⁵³, como son, en particular, la falta de capacidad para contratar, la presencia de vicios del consentimiento, la ilicitud del objeto o la ilicitud de la causa (Código de Comercio, artículos 899 y 900, Código Civil, artículos 1740 y 1741), y de presentarse alguno de tales vicios procede la declaratoria de nulidad del contrato viciado, sea esta absoluta o relativa según la causal que se configure en el caso concreto. En el presente caso las partes no discuten la existencia de los contratos ESTF-026-2008 y ESTF-025-2008, más si su validez.

La nulidad es total si afecta el contrato como un todo, o alguna(s) de sus estipulaciones esenciales, sin la(s) cual(es) no puede subsistir, y puede ser parcial, si solo afecta alguna o algunas de las cláusulas no esenciales (Código de Comercio, artículo 902).

El Tribunal en otro aparte del presente laudo ha examinado lo concerniente a la naturaleza y el régimen jurídico de los contratos celebrados entre las partes y que son materia de este trámite, señalando que se trata de contratos para la prestación onerosa del servicio de transporte de gas natural, en la modalidad de transporte en firme, principales, bilaterales y conmutativos, de ejecución sucesiva y con plazo determinado, regidos por el derecho privado y las disposiciones constitucionales y legales especiales aplicables contenidas en la Constitución Política –artículos 365 al 367-, en la Ley 142 de 1994 y sus reglamentos y en las Resoluciones pertinentes expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG, en ejercicio de sus facultades legales, además de lo cual, por ser al tiempo de su celebración los

⁵³ Ospina Fernández, Guillermo, Régimen general de las obligaciones, 8ª edición, Temis, Bogotá, 2008, p. 482 y 483.

contratantes entidades estatales⁵⁴, aplica lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en el que se estableció, entre otras cosas, que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Constitución Política, norma esta que a su vez dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, siendo este entonces el marco jurídico a cuya luz ha de hacerse el examen de la validez de esos negocios jurídicos.

Al respecto se tiene en primer lugar que en este proceso se probaron los siguientes hechos relativos al proceso de formación de los contratos ESTF-025-2008 y ESTF-026-2008, que se traen aquí por su relevancia de cara a las controversias sometidas a la decisión de este Tribunal, así:

- **Hechos probados en relación con el proceso de formación del Contrato ESTF-025-2008:**
 - Mediante comunicación con radicado número 17141927 de fecha 17 de octubre de 2007⁵⁵, ISAGEN se dirigió a TGI manifestando, entre otras cosas, lo siguiente:

“Atentamente nos permitimos presentar el resumen de las propuestas y solicitudes desarrollados alrededor de los aspectos

⁵⁴ Como atrás se señaló, con posterioridad a la celebración de los contratos debatidos en este trámite arbitral, el Gobierno Nacional llevó a cabo la privatización de ISAGEN, en el año 2016, mientras que a la fecha de este laudo EPM y TGI mantienen su calidad de entidades estatales.

⁵⁵ Cuaderno de Pruebas No. 6 del 3847, Folio 142 (CD pruebas documentales demanda de Reconvención. Pruebas. Correspondencia STF-025-2008. Documento 1. Comunicación 17141927 Isagen a TGI).

comerciales y mejoras que adelanta TGI al Boletín Electrónico – BEO, que surgieron en el desarrollo de la reunión del miércoles 4 de septiembre de 2007, celebrada en las oficinas de TGI en Bucaramanga.

1. Ampliación gasoducto Ballena – Barrancabermeja

El proyecto de ampliación que promueve ECOPETROL y TGI es importante para asegurar el abastecimiento de gas en el interior. Para la viabilidad del proyecto se requiere contratos en firme que aseguren ingresos fijos al transportador durante un periodo mayor a 15 años. El esquema normativo para la asignación de capacidad de suministro de los productores, en situaciones donde las solicitudes de suministro son mayores a la disponibilidad del recurso, no garantiza que un remitente pueda obtener el suministro de gas natural para comprometerse con un contrato de largo plazo.

Teniendo en cuenta la información anterior, ISAGEN está interesada en adquirir capacidad en firme de transporte proveniente del proyecto de ampliación entre Ballena Barrancabermeja por una cantidad de 53,000 Kpcd, en la medida que algún productor o importador de gas pueda garantizar el suministro del gas para un periodo de contratación mayor a 15 años. En este sentido confirmamos que tenemos una propuesta de ECOPETROL donde nos podría garantizar el suministro en Ballena hasta el 1 de febrero de 2012 por 48.000 MBTUD. (...) (se resalta y subraya)

- El día 5 de junio de 2008 se realizó una reunión en las instalaciones de TGI, con asistencia de funcionarios de esta y de varias empresas remitentes, en

la cual TGI presentó el proyecto de expansión de su sistema de transporte de gas, y en relación con dicho proyecto solicitó el envío, por parte de los remitentes, de las necesidades de capacidad de transporte para los diferentes tramos del sistema que estarían dispuestos a contratar en firme a largo plazo. A dicha reunión hicieron referencia los testigos Ever de Jesús Maya Sánchez⁵⁶, John Fredy Mejía Barrada⁵⁷ -quien señaló que ISAGEN no asistió a dicha reunión, pero supo de lo tratado en ella-, Sonia Rocío Sanabria Morales⁵⁸, y Martha Cecilia Jiménez Yépes⁵⁹. Copia de la presentación expuesta por TGI en esta reunión fue arrimada al plenario de este trámite⁶⁰.

- Mediante comunicación de fecha 29 de julio de 2008⁶¹, ISAGEN se dirigió nuevamente a TGI manifestando, entre otras cosas, lo siguiente:

“Respetado Doctor Pineda:

Dando alcance a nuestra solicitud contenida en la comunicación 17141927 del 17 de octubre de 2007, procederemos a reiterar nuestro interés para una solicitud de transporte en firme entre el nodo de entrada Ballena y el punto de conexión de Termocentro en el gasoducto Sebastopol Vasconia.

La destinación primaria para este servicio será la generación de electricidad, sin embargo, eventualmente se realizarían operaciones de desvío para atender clientes no regulados dentro de nuestras actividades como comercializador de gas natural.

⁵⁶ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 2-3

⁵⁷ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 162 - 163.

⁵⁸ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 70.

⁵⁹ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 129.

⁶⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1 del 3848, Folio 112 - 115.

⁶¹ Cuaderno de Pruebas No. 6 del 3847, Folio 142 (CD pruebas documentales contestación de la demanda. Pruebas. Documentales. Antecedentes. Documento 1. 2008-BUC-005452 – E Isagen presenta solicitud de transporte (30-Jul-08).

Las cantidades estimadas, los tramos y las fechas a considerar en esta solicitud son los siguientes:

Tramo	Capacidad Estimada kPCD	Fechas estimadas
Ballena – Punto de conexión de Termocentro al Gasoducto Sebastopol – Vasconia.	50,660	Febrero 02 de 2012 y diciembre 31 de 2020 con posibilidad de prórroga por 10 años más

Para la negociación de las parejas de cargos ISAGEN estaría dispuesto a negociar una pareja de cargos 50% fija y 50% variable”.

- TGI respondió a la solicitud de capacidad en firme de ISAGEN, mediante comunicación 005830 del 30 de julio de 2008⁶², así:

Apreciada doctora Liliana,

En atención a la comunicación de la referencia, nos permitimos manifestar lo siguiente:

1. La comunicación No. 17141927 enviada por Isagen a TGI el 17 de octubre de 2007, no correspondía a una solicitud de capacidad de transporte de gas natural en firme, pues no cumplía con los requerimientos establecidos por el RUT para este tipo de solicitudes, ya que no estableció la vigencia de la solicitud, el punto de salida y adicionalmente, la capacidad solicitada estaba condicionada *“en la medida en que un productor o importador de gas pueda garantizar el suministro del gas para un periodo de contratación mayor a 15 años”*.
2. En cuanto a la solicitud de capacidad de transporte de gas natural en firme recibida por TGI el día 29 de Julio de 2008 mediante la comunicación de la referencia, nos permitimos informar que actualmente TGI no cuenta con capacidad disponible primaria hasta el mes de noviembre del año 2012, sin embargo a partir de diciembre del año 2012, una vez se hayan puesto en operación las instalaciones que permitirán la ampliación del gasoducto Ballena – Barrancabermeja a 260,000 KPCD, TGI cuenta con la siguiente capacidad disponible, la cual ha sido asignada en su totalidad a Isagen:

⁶² Cuaderno de Pruebas No. 6 del 3847, Folio 142 (CD pruebas documentales demanda de Reconvención. Pruebas. Correspondencia STF-025-2008. Documento 8. Comunicación 5830 TGI a Isagen).

MES	KPCD
dic 2012	44,472
ene a may 2013	16,160
jun a dic 2013	15,878
ene a may 2014	14,219
jun a dic 2014	14,165
ene a may 2015	15,117
jun a dic 2015	13,410
ene a may 2016	11,289
jun a dic 2016	11,219
ene 2017	20,396
feb a may 2017	21,525
jun a dic 2017	21,452
ene a dic 2018	20,322
ene a dic 2019	15,851
ene a dic 2020	14,713

3. En el transcurso del día de hoy será enviado por correo electrónico el borrador del contrato de transporte de gas natural en firme sujeto a la ampliación del gasoducto Ballena – Barrancabermeja, con la asignación de capacidad antes mencionada para la suscripción del mismo a más tardar el 31 de julio de 2008.
4. Para atender la totalidad de la solicitud realizada por Isagen es necesario realizar una ampliación, adicional a la prevista, de la capacidad de transporte del gasoducto Ballena – Barrancabermeja. La determinación de los costos y tiempos de dicha ampliación adicional requiere de estudios complementarios cuya duración aproximada es de tres (3) meses, una vez dispongamos de estos resultados se los comunicaremos.

- TGI elaboró la minuta del contrato de transporte de gas natural a celebrar con ISAGEN, y la entregó a esta, y las partes discutieron diversos aspectos de su contenido, en el marco de lo cual ISAGEN propuso varias modificaciones a la minuta, algunas de las cuales fueron aceptadas por TGI y otras no, como se acreditó con los testimonios rendidos por John Fredy Mejía Barrada ⁶³ y Sonia Rocío Sanabria Morales ⁶⁴ , y consta documentalmente en las copias impresas de los mensajes de correo electrónico cruzados entre funcionarios de dichas entidades que participaron en el proceso de discusión y definición del clausulado contractual, documentos que obran en el expediente de este proceso y seguidamente se relacionan y reseñan:

⁶³ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 165 - 166.

⁶⁴ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 73 - 76.

- Correo de fecha 15 de agosto de 2008, de ISAGEN (John Fredy Mejía Barrada), a TGI (Sonia Rocío Sanabria Morales), con el asunto: “*Contrato de transporte Ballena - Barrancabermeja*”⁶⁵, en el cual ISAGEN formuló varias observaciones a la minuta de contrato que le fue remitida por TGI, entre las cuales se resalta lo siguiente:

“2. ISAGEN considera que la indemnización del contrato por terminación anticipada con referencia al valor remanente del contrato, el cual incluye el pago de los costos fijos y variables desde la fecha de terminación del contrato hasta la finalización del mismo, no refleja el equilibrio económico y la neutralidad que debe caracterizar una negociación bilateral por los siguientes aspectos:

- *Según las consideraciones de la minuta, el Transportador le pasa todo el riesgo de construcción del proyecto al remitente y no le ofrece ningún tipo de garantía sobre el servicio que está contratando.*
- *En la ejecución del contrato se establece una compensación simbólica por el incumplimiento en el servicio referenciado a un cargo por capacidad que no cubre los perjuicios económicos derivados de un incumplimiento en el servicio. ISAGEN solicita incluir en la minuta que el transportador en caso de incumplimiento reconocerá el costo de combustible sustituto al Remitente.*

⁶⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1 del 3847, Folio33.

- *Los remitentes están asumiendo el riesgo del suministro de gas que será objeto de transporte, dado que los esquemas regulatorios (proceso competitivo- CREG 070 de 2006) no ofrecen garantías a los remitentes en relación con el éxito de obtener el gas firme desde cualquier fuente de producción del país.*
- *De acuerdo con el esquema de expansión modular (compresoras) planteado por TGI para el gasoducto Ballena Barrancabermeja, una eventual terminación anticipada de un remitente podría generar una acción con respecto a la conveniencia de sacar de operación un equipo de compresión para ajustar la capacidad a la cantidad contratada.*

Teniendo en cuenta lo anterior ISAGEN respetuosamente solicita modificar el valor remanente del contrato de tal forma que sólo refleje los costos fijos derivados del contrato para un año contractual y no sobre la duración remanente del contrato. Igualmente se solicita que TGI otorgue una garantía sobre el cumplimiento de la construcción del gasoducto.”

- Correo de fecha 21 de agosto de 2008, de TGI (María Carolina Gómez Gordillo), a ISAGEN (John Fredy Mejía Barrada), con el asunto: “*Contrato de transporte Ballena - Barrancabermeja*”⁶⁶, en el cual TGI dio respuesta a las observaciones formuladas por ISAGEN en el correo reseñado en el párrafo precedente, respuesta de la cual se resalta lo siguiente:

⁶⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1 del 3847, Folio 33.

“2. Cláusula de terminación anticipada del contrato: allí se establece una penalización del valor remanente del contrato, la cual es bilateral, es decir aplica tanto para el Remitente como para el Transportador en caso de darse dicha terminación.

- El Transportador no esta (sic) pasando el riesgo de construcción del proyecto de ampliación al remitente, por el contrario, se esta (sic) comprometiendo con el remitente a entregar en firme la capacidad contratada a partir de la fecha de comienzo del servicio (1 de diciembre de 2012). El considerando que menciona que el contrato se suscribe sujeto a ampliación es porque en la fecha de suscripción del contrato, TGI no cuenta con la capacidad que se esta (sic) contratando, por lo tanto debe quedar suscrito de esta forma (vale la pena resaltar que dicho proyecto de ampliación ya se encuentra en ejecución y su sustento es la firma de los contratos de transporte de gas natural a largo plazo).*
- En el contrato se establecen las compensaciones por incumplimientos en el servicio por parte del transportador y del remitente las cuales son equivalentes.*
- Teniendo en cuenta que el contrato que se está suscribiendo es en Firme, TGI está garantizando la disponibilidad del gasoducto por el volumen contratado, por lo tanto el transportador no puede asumir responsabilidad de terceros, adicionalmente, el remitente puede obtener el gas a ser transportado mediante otras fuentes (comercializadores, productores,*

etc.) y utilizar la capacidad de transporte que TGI le esta (sic) garantizando.

- *Es cierto que el esquema de expansión es modular, pero se debe tener en cuenta que las inversiones se están realizando en éste momento para ser recuperadas en el largo plazo con los contratos de transporte que se están suscribiendo.*
 - *En cuanto a la solicitud de garantía de (sic) sobre el incumplimiento de la construcción del gasoducto, reiteramos que el servicio que se esta (sic) contratando es el de transporte y dicho servicio por ser público no se otorgan garantías sobre éste.”*
- Correo de fecha 27 de agosto de 2008, a las 9:03 a.m., de ISAGEN (Juan Camilo Zapata Blandón), a TGI (María Carolina Gómez Gordillo), con el asunto: “*CONTRATO EN FIRME sujeto ampliación Isagen – Borrador 26-AGO-08*”⁶⁷, en el cual manifestó el funcionario de ISAGEN:

“Buenos días Carolina,

Te envío copia del contrato del asunto con las observaciones que te mencioné telefónicamente.

⁶⁷ Cuaderno de Pruebas No. 6 del 3847, Folio 142 (CD pruebas documentales demanda de Reconvención. Pruebas. Correspondencia STF-025-2008. Documento 14. Correo Electrónico ISAGEN a TGI (27-Ago-08).

Quedamos atentos a que nos envíen la versión definitiva para proceder con la impresión y el correspondiente trámite para firme (sic) del Gerente General.

Saludos,”

- Correo de fecha 27 de agosto de 2008, a las 10:06 a.m., de TGI (María Carolina Gómez Gordillo), a ISAGEN (Juan Camilo Zapata Blandón), con el asunto: “*CONTRATO EN FIRME sujeto ampliación Isagen – Borrador 26-AGO-08*”⁶⁸, en el cual la funcionaria de TGI manifestó:

“Buenos días Juan Camilo,

Adjunto nuevamente el borrador del contrato con los cambios aceptados y eliminando el tema de la variación de entrada para su final revisión.

Esperamos su visto bueno para proceder con la impresión y firma del documento, le agradecemos que nos confirme quien firmará el contrato por parte de Isagén (sic).

Si ustedes están de acuerdo con el documento, el mismo será impreso el día de hoy en papelería de TGI y enviado por email para que Isagen lo firme y nos devuelva la hoja de firmas por fax o mail. Posteriormente una vez tengamos los originales firmados por nuestro presidente les enviaremos las dos copias para que a vuelta de correo nos devuelvan un original completo y debidamente firmado.

⁶⁸ Cuaderno de Pruebas No. 6 del 3847, Folio 142 (CD pruebas documentales demanda de Reconvención. Pruebas. Correspondencia STF-025-2008. Documento 12. Correo Electrónico TGI a ISAGEN (27-Ago-08).

Cordialmente,

- Correo de fecha 27 de agosto de 2008, a las 13:46 p.m., de ISAGEN (Juan Camilo Zapata Blandón), a TGI (María Carolina Gómez Gordillo), con el asunto: “*Contrato de transporte Ballena - Barrancabermeja*” ⁶⁹, con el cual ISAGEN respondió el correo mencionado en el párrafo precedente, así:

“Buenas tardes Carolina,

No tenemos observaciones adicionales así que pueden proceder con la impresión y envío del contrato para firma.

La persona que firmará el contrato por ISAGEN es el gerente General Dr. Luis Fernando Rico Pinzón, sus datos aparecen en la última versión de la minuta del contrato que nos enviaron.

Saludos,

- **Hechos probados en relación con el proceso de formación del Contrato ESTF-026-2008:**
 - Mediante comunicación con número de radicación 01345437, de fecha 16 de febrero de 2007⁷⁰, radicada el 20 del mismo mes, EPM se dirigió a TGI manifestando lo siguiente:

⁶⁹ Cuaderno de Pruebas No. 6 del 3847, Folio 142 (CD pruebas documentales demanda de Reconvención. Pruebas. Correspondencia STF-025-2008. Documento 14. Correo Electrónico ISAGEN a TGI (27-Ago-08).

⁷⁰ Cuaderno de Pruebas No. 5 del 3848, Folio 1 (CD pruebas documentales Contestación de la Demanda. Pruebas EPM. Documentales. Documento 1. Comunicación 01345437 EPM a TGI .

“ASUNTO: Solicitud de transporte de gas en firme Ballena – Barrancabermeja

Continuando con nuestra comunicación 01334968 de diciembre 11 de 2006, y en respuesta a su comunicación 007937 de diciembre 26 de 2006, en lo referente al servicio de transporte desde Ballena hasta Barrancabermeja, queremos manifestarles nuestro interés en contratar el transporte de 29.000 kPCD para los años 2011 a 2020 con el fin de atender la demanda futura del sistema de distribución de gas natural de Empresas Públicas de Medellín.

Por lo anterior, les solicitamos el inicio de la suscripción del contrato respectivo.

Cordialmente,”

- Mediante comunicación con número de radicación 01345438, del 16 de febrero de 2007⁷¹, radicada el 20 del mismo mes, EPM se dirigió a TGI manifestando lo siguiente:

“ASUNTO: Solicitud de transporte de gas en firme Cusiana – Sebastopol

Continuando con nuestra comunicación 01339937 del 15 de enero de 2007 y en respuesta a su oficio 000597 del 22 de enero de 2007, en lo referente al servicio de transporte desde Cusiana hasta Sebastopol queremos confirmarle nuestra intención de contratar los siguientes volúmenes, en las condiciones mencionadas en su comunicación:

⁷¹ Cuaderno de Pruebas No. 5 del 3848, Folio 1 (CD pruebas documentales Contestación de la Demanda. Pruebas EPM. Documentales. Documento 2. Comunicación 01345438 EPM a TGI .

(...)

Entendemos que la firmeza de dichos volúmenes quedaría sujeta a la realización de una ampliación que incremente la capacidad del tramo Cusiana – La Belleza a 260 MPCD y en el tramo La Belleza – Vasconia a 120 MPCD.

De acuerdo con lo anterior le solicitamos el envío del respectivo borrador de contrato.

Cordialmente,”

- Mediante comunicación radicada en TGI el 26 de febrero de 2008⁷², EPM reiteró su interés en contratar el servicio de transporte en firme desde Ballena hasta Barranca para los años 2011 a 2020 y desde Cusiana hasta Sebastopol para los años 2008 a 2017. En dicha comunicación se lee lo siguiente:

“En su comunicación 103124 del 11 de septiembre de 2007, radicado Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 02530388 del 13 de septiembre de 2007, nos informó que TGI se encontraba evaluando internamente la figura de contratación que haría viable la realización de las ampliaciones que permitirían atender nuestras solicitudes de 16 de febrero de 2007, definidas en las comunicaciones 01345437 y 01345438, relacionadas con el interés de contratar el servicio de transporte desde Ballena hasta Barrancabermeja para los años 2011 a 2020 y desde Cusiana hasta Sebastopol para los años 2008 a 2017.

⁷² Cuaderno de Pruebas No. 5 del 3848, Folio 1 (CD pruebas documentales Contestación de la Demanda. Pruebas EPM. Documentales. Documento 4. Comunicación 01417919 EPM a TGI.

Reiteramos nuestro interés en esta comunicación y por eso le agradeceríamos que nos informe sobre el avance de la evaluación que al interior de TGI se está realizando sobre el tema". (se resalta y subraya)

- El día 5 de junio de 2008 se realizó una reunión en las instalaciones de TGI, con asistencia de funcionarios de esta y de EPM, entre otros, en la cual TGI presentó el proyecto de expansión de su sistema de transporte de gas, y en relación con dicho proyecto solicitó el envío, por parte de los remitentes, de las necesidades de capacidad de transporte para los diferentes tramos del sistema que estarían dispuestos a contratar en firme a largo plazo. A dicha reunión hicieron referencia los testigos Ever de Jesús Maya Sánchez⁷³, John Fredy Mejía Barrada⁷⁴, Sonia Rocío Sanabria Morales⁷⁵, y Martha Cecilia Jiménez Yépes⁷⁶. Copia de la presentación expuesta por TGI en esta reunión fue arrimada al plenario de este trámite.
- Mediante comunicación del 11 de junio de 2008⁷⁷, enviada por fax, EPM formalizó la solicitud de capacidad de transporte en firme, indicando las cantidades requeridas para cada mercado, así como las parejas de cargos propuestas, así:

⁷³ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 3..

⁷⁴ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 162 - 163 .

⁷⁵ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 70..

⁷⁶ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 129.

⁷⁷ Cuaderno de Pruebas No. 5 del 3848, Folio 1 (CD pruebas documentales Contestación de la Demanda. Pruebas EPM. Documentales. Documento 7. Correo Electrónico enviando Comunicación EMP (11-jun-08).

a) Transporte de gas para distribución domiciliaria

Periodo	Capacidad Solicitada en Firme, kPCD	
	Ballena - Barrancabermeja	Cusiana - Sebastopol
Año 2010		7 004
Año 2011	29 200	4 386
Ene-2012 a Nov-2012	29 200	6 364
Dic-2012		6 364
Año 2013		20 145
Año 2014		21 576
Ene-2015		22 810
Feb-2015		11 459
Mar 2015 a Dic-2015		20 921
Año 2016		19 805
Ene-2017 a Sep-2017		21 098

Las cantidades anteriores se contratarían en firme con una pareja de cargos 80% Fijo – 20% Variable para ambos gasoductos y para los períodos indicados.

b) Transporte de gas para generación térmica

Periodo	Capacidad Solicitada en Firme, kPCD		
	Ballena - Barrancabermeja	Barrancabermeja- Vasconia	Cusiana - Sebastopol
Año 2009	6,192	0	0
Año 2010	6,192	0	0
Año 2011	6,192	0	0
Ene-2012 a Nov-2012	11,871	6,192	0
Dic-12	33,000	33,000	22,000
Año 2013	33,000	33,000	22,000
Año 2014	33,000	33,000	22,000
Ene-15	33,000	33,000	22,000
Feb-15	33,000	33,000	22,000
Mar-2015 a Dic-2015	33,000	33,000	22,000
Año 2016	33,000	33,000	22,000
Ene-2017 a Sep-2017	22,800	22,800	15,200
Oct 2017 a Dic 2020	22,800	22,800	15,200

Las cantidades anteriores se contratarían en firme con las siguientes parejas de cargos así:

- 70% Fijo – 30% Variable para los tramos de gasoductos indicados en la tabla anterior y para el período enero 2009 – diciembre 2016.
- 60% Fijo – 40% Variable para los tramos de gasoductos indicados en la tabla anterior y para el período enero 2017 -- diciembre 2020.

- TGI elaboró la minuta del contrato de transporte de gas natural a celebrar con EPM, y la entregó a esta, y las partes discutieron diversos aspectos de su contenido, en el marco de lo cual EPM propuso varias modificaciones a la minuta, algunas de las cuales fueron aceptadas por TGI y otras no, como se acreditó con los testimonios rendidos por Ever de Jesús Maya Sánchez⁷⁸,

⁷⁸ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 17.

Martha Cecilia Jiménez Yépes⁷⁹ y Sonia Rocío Sanabria Morales⁸⁰, y consta documentalmente en las copias impresas de los mensajes de correo electrónico cruzados entre funcionarios de dichas entidades que participaron en el proceso de discusión y definición del clausulado contractual, documentos que obran en el expediente de este proceso y seguidamente se relacionan y reseñan:

- Correo de fecha 22 de julio de 2008, de TGI (Sonia Rocío Sanabria Morales), a EPM (Marta Jiménez Yepes), con el asunto: “*Contratos sujetos a ampliación*”⁸¹, en el cual la funcionaria de TGI manifestó:

“Buenas noches Martha,

Adjunto me permito anexar el borrador del contrato de transporte de gas sujeto a la ampliación de capacidad que se hará al gasoducto Ballena – Barrancabermeja, para sus respectivos comentarios.

Debido a que es necesario dar cumplimiento al cronograma establecido para la realización de dicha ampliación, debemos contar con la firma de los contratos a más tardar el 31 de julio de 2008, por lo tanto, esperamos tener comentarios a más tardar el día lunes 28 de julio. En caso de no recibir comentarios en la fecha mencionada anteriormente entenderemos que ha sido aceptado el contenido del contrato y procederemos a imprimir los respectivos originales para el trámite de las firmas respectivas.

⁷⁹ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 114 115 .

⁸⁰ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 73 - 76.

⁸¹ Cuaderno de Pruebas No. 5 del 3848, Folio 1 (CD pruebas documentales Contestación de la Demanda. Pruebas EPM. Documentales. Documento 11. Correo Electrónico EMP a TGI (25-jul-08).

Cordial saludo,

- Correo de fecha 28 de julio de 2008, de EPM (Marta Cecilia Jiménez Yepes), a TGI (María Carolina Gómez Gordillo), con el asunto: “*Comentarios contrato de transporte*”⁸², en el cual la funcionaria de EPM transmitió los comentarios iniciales a la minuta del contrato.

- Correo de fecha 6 de agosto de 2008, de TGI (Silvia Fernanda Ordóñez Forero), a EPM (Marta Jiménez Yepes), con el asunto: “*Comentarios contrato de transporte*”⁸³, con el cual TGI dio respuesta a los comentarios iniciales de EPM, indicando los que se aceptaban y los que no, y anexó un nuevo borrador del contrato.

- Correo de fecha 12 de agosto de 2008, de EPM (Marta Cecilia Jiménez Yepes), a TGI (Silvia Fernanda Ordóñez Forero), con el asunto: “*Comentarios contrato de transporte*”⁸⁴, en el cual la funcionaria de EPM transmitió observaciones adicionales a la minuta del contrato, así:

“Buenas tardes,

De acuerdo con nuestra conversación telefónica del día de hoy, estamos enviando tres observaciones al borrador de contrato las cuales ponemos a su consideración:

1) Pago de estampilla no debe superar el 100%

⁸² Cuaderno de Pruebas No. 1 del 3848, Folio 31.

⁸³ Cuaderno de Pruebas No. 1 del 3848, Folio 30.

⁸⁴ Cuaderno de Pruebas No 1 del 3848, Folio 29.

(...)

2) Terminación anticipada del contrato

Solicitamos que lo establecido en el numeral 23.3 del Contrato, en lo referente a la terminación anticipada del contrato, se calcule con el 100% del valor anual del contrato y no como aparece en el borrador del contrato en donde se calcularía por una suma equivalente al 100% del valor remanente del contrato. Esta forma de cálculo de la penalización se utilizó en el contrato que EPM firmó con ECOGAS en el pasado y ante la incertidumbre del suministro de gas es una posición más equilibrada de riesgo.

3) Pareja de cargos

Solicitamos se utilice la pareja de cargos 50%fijo y 50% variable en lugar de la que aparece en el borrador del contrato. La pareja 50%, 50% corresponde al perfil de uso de un agente generador (aproximación ordinal).

4) Adicionalmente estamos analizando las cantidades finales a contratar y para ello sería muy conveniente contar con las asignaciones para el tramo de gasoducto (sic) Cusiana – Sebastopol que también fueron informadas por EPM según la solicitud de TGI.

Quedamos atentos a recibir la respuesta a nuestros comentarios para proceder a la firma del contrato.

Cordial saludo,”

- Correo de fecha 26 de agosto de 2008, de TGI (María Carolina Gómez Gordillo), a EPM (Marta Cecilia Jiménez Yepes), con el asunto: “Comentarios contrato de transporte”⁸⁵, en el cual TGI dio respuesta a las observaciones de EPM transmitidas en el correo del 12 del mismo mes, reseñado en el párrafo precedente, así:

“Buenas tardes,

En atención a sus comentarios nos permitimos aclarar los siguiente:

1. Porcentaje de estampilla:

(...)

2. Terminación anticipada del Contrato:

En cuanto a la penalización del 100% del valor remanente del contrato por terminación anticipada, queremos aclarar que es política de TGI incluir dicha penalización en todos los contratos de transporte de gas natural en firme que se suscriban. Vale la pena resaltar que la misma es bilateral, es decir, aplica tanto para el Remitente como para el Transportador en caso de darse dicha terminación, adicionalmente, independiente de la incertidumbre en el suministro de gas, TGI está realizando inversiones para garantizar toda la capacidad que se está contratando, por lo tanto debe garantizar de igual manera el retorno de dichas inversiones.

3. Pareja de Cargos:

⁸⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1 del 3848, Folio 29.

A pesar de que en la comunicación del 11 de junio de 2008, en la cual EPM solicitó el servicio de transporte en firme, pagando por dicho servicio las (sic) pareja de cargos 70% fijo – 30% Variable hasta el año 2016 y 60% Fijo – 40% Variable del 2017 al 2020 para el consumo térmico, TGI acepta incluir en el contrato durante todo el período la pareja de cargos 50% Fijo – 50% Variable. Sin embargo, se dejara (sic) claro en el contrato que en caso que la regulación modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida (sic) en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada.

4. Cantidades finales a contratar

Mediante correo electrónico del 14 de agosto de 2008 EPM ya ajustó las capacidades a contratar.

Finalmente, adjuntamos la versión final del contrato de transporte y quedamos atentos a sus comentarios para proceder con la impresión y firma del mismo.”

- Correo de fecha 27 de agosto de 2008, de EPM (Marta Cecilia Jiménez Yepes), a TGI (María Carolina Gómez Gordillo), con el asunto: “Comentarios contrato de transporte”⁸⁶, en el cual la funcionaria de EPM manifestó lo siguiente:

“Buenas tardes María Carolina:

⁸⁶ Cuaderno de Pruebas No. 5 del 3848, Folio 1 (CD pruebas documentales Contestación de la Demanda. Pruebas EPM. Documentales. Documento 15. Correo Electrónico EPM a TGI (27-Ago-08).

En relación con las respuestas que nos envías consideramos importante que las asignaciones del tramo Cusiana-Sebastopol sean informadas antes de la suscripción del contrato dado que dicha información ayuda a los agentes a tomar decisiones más acordes con sus necesidades teniendo en cuenta que el objetivo final es transportar el gas hasta su planta de generación contando con las alternativas factibles para ello en función de la fuente de suministro (Guajira y/o Cusiana).

Estamos en la revisión del contrato y te pedimos que nos digas si esta versión es la que imprimimos para firma o ustedes nos enviarán el original con logo de TGI.”

- Correo de fecha 30 de septiembre de 2008, de TGI (María Carolina Gómez Gordillo), a EPM (Marta Cecilia Jiménez Yepes), con el asunto: “CONTRATO DE TRANSPORTE ESTF-026-2008”⁸⁷, en el cual se lee:

“Buenos días,

Teniendo en cuenta que la fecha límite para la suscripción del contrato de transporte de gas natural en firme sujeto a la ampliación del gasoducto Ballena – Barrancabermeja es el primero (1) de octubre de 2008, adjuntamos dicho contrato para la firma por parte de Empresas Públicas de Medellín.

⁸⁷ Cuaderno de Pruebas No. 5 del 3848, Folio 1 (CD pruebas documentales Contestación de la Demanda. Pruebas EPM. Documentales. Documento 16. Correo Electrónico TGI a EPM (30-sep-08).

Cabe resaltar que en dicho documento se realizaron cambios con respecto a la fecha de firma, nombre del Representante legal por parte de TGI y un cambio de forma en el punto 1.1 del numeral 1. “Calidad de Gas” del Capítulo III Condiciones Operativas, quedando este punto de la siguiente manera:

(...)

Agradecemos proceder con la firma del Contrato por parte de EPM y remitir a TGI vía fax o correo electrónico la hoja de firmas del documento a más tardar mañana miércoles 1 de octubre de 2008 a las 5:00 p.m.

Cordialmente,”

A la luz de los hechos probados en relación con el proceso de formación de los contratos ESTF-025-2008 y ESTF-026-2008 que se debaten en este trámite arbitral, el Tribunal encuentra que, contrario a lo sostenido por los testigos Ever de Jesús Maya Sánchez y John Freddy Mejía Barrada, su celebración no correspondió a la dinámica propia del contrato de adhesión, en la que una parte predisponente pone a consideración de la otra parte un formulario contractual predispuesto, y esta se limita a aceptarlo o rechazarlo, sin posibilidad de discusión y negociación, sino que estuvo precedida de una etapa precontractual amplia, que se remonta a las conversaciones y manifestaciones de interés acaecidas a finales del año 2006 y durante el año 2007, y luego se retomó con ocasión de la reunión del 5 de junio de 2008 convocada por TGI, a la que asistieron, entre otros, funcionarios de EPM, en la cual TGI explicó el proyecto de ampliación de su gasoducto y solicitó el envío, por parte de los remitentes, de las necesidades de capacidad de transporte para los diferentes tramos del sistema que estarían dispuestos a contratar en firme a largo plazo, y finalmente se desarrolló entre finales del mes de julio y finales del mes de septiembre del año 2008, período este último en el cual tanto ISAGEN como EPM

conocieron oportunamente las minutas contractuales que fueron elaboradas por TGI, teniendo en cuenta las regulaciones de la CREG aplicables a la actividad de transporte de gas natural en firme, y tuvieron la oportunidad de estudiar y evaluar su contenido y de formular observaciones y propuestas de modificación, como en efecto lo hicieron según lo que se viene de ver.

Las pruebas arriba referenciadas evidencian que dentro de esa interacción negocial cada una de las partes expuso sus razones y consideraciones sobre los aspectos de las minutas contractuales que fueron discutidos, y algunas de las propuestas de modificación de ISAGEN y EPM fueron aceptadas por TGI, p. ej., las relativas a la pareja de cargos a emplear, y otras no -en particular las relacionadas con la cláusula 23 intitulada de terminación anticipada del contrato, sobre la cual el Tribunal se pronuncia en otro aparte del presente laudo-.

Y a la postre, ISAGEN y EPM, luego de conocer la respuesta final y negativa de TGI a las propuestas de modificación de la cláusula de terminación anticipada del contrato -respuesta que aquéllas evaluaron o debieron evaluar de cara a sus intereses y conveniencias, con la prudencia y diligencia propias de un buen hombre de negocios puesto en una situación similar, y como correspondería a la aplicación del principio de eficacia propio de la contratación administrativa-, consintieron en suscribir los contratos ESTF-025-2008 y ESTF-026-2008, respectivamente, como en efecto lo hicieron, sin dejar reserva alguna sobre el clausulado que finalmente aceptaron, y siendo ello así no observa el Tribunal que haya existido abuso de posición dominante de TGI durante el proceso de formación de estos contratos ni al momento de su celebración. Así mismo, en el caso de ISAGEN, esta suscribió también con TGI los contratos ESTF-08-2009 y ESTF-07-2005, respecto de los cuales no se formularon pretensiones en la demanda de ISAGEN.

En segundo lugar, el Tribunal observa que las partes contratantes, esto es, ISAGEN y EPM, en calidad de remitentes, y TGI en calidad de transportador, son personas jurídicas capaces para contratar dentro de sus respectivos objetos sociales,

profesionales y expertas en las actividades de negocios que llevan a cabo, aquellas como generadores de energía eléctrica a través de sus plantas termoeléctricas, y esta como transportador de gas natural, y que los contratos de transporte de gas natural en firme por ellas celebrados corresponden al desarrollo de tales objetos sociales, conforme se acreditaron con los certificados de existencia y representación legal de ISAGEN Y TGI, y el Acuerdo No. 58 de 1955 del Concejo de Medellín “por medio del cual se organiza el Establecimiento Público Autónomo encargado de la administración de los servicios públicos de Energía Eléctrica, Acueducto, Alcantarillado y Teléfonos” –EPM- que obran en el expediente⁸⁸, sin que a este proceso se haya traído discusión alguna sobre el elemento de la capacidad de las partes para contratar, que se encuentra acreditado, al igual que el de la ausencia de vicios del consentimiento, que tampoco fue discutido.

En tercer lugar, se observa que con fecha 1º de octubre de 2008, luego de que se surtió en cada caso la etapa precontractual atrás reseñada, las partes suscribieron por intermedio de sus respectivos representantes legales los contratos ESTF-025-2008 y ESTF-026-2008, cuyo objeto y alcance fue determinado en el Capítulo II - “CONDICIONES PARTICULARES”, Cláusulas 1 y 2, cuyo texto es igual en ambos y dice así:

“1. OBJETO

Es la prestación del Servicio de Transporte en Firme de Gas Natural por el Sistema de conformidad con los términos y condiciones del presente Contrato.

La capacidad de transporte solicitada por el REMITENTE en los tramos Ballena-Barrancabermeja y Ballena – Vasconia, estará disponible una vez el TRANSPORTADOR ponga en operación las instalaciones que permitirán la

⁸⁸ Cuaderno Principal No. 1 del 3847, folio 17 y siguientes (ISAGEN), Cuaderno Principal No. 2 del 3848, folio 37 y siguientes (EPM), Cuaderno Principal No. 1, del 3847, folio 31 y siguientes (TGI).

ampliación del gasoducto Ballena-Barrancabermeja, lo cual se espera realizar a más tardar el 1 de junio de 2010 y que llevará la capacidad total de dicho gasoducto a un mínimo de 260,000 KPCD. El TRANSPORTADOR realizará sus mejores esfuerzos que permitan la entrada en operación de esta ampliación antes del 1 de junio de 2010, sin que esto constituya una obligación para el TRANSPORTADOR.

El TRANSPORTADOR comunicará por escrito al REMITENTE la fecha temprana de entrada en operación de las instalaciones que permitirán la ampliación del gasoducto Ballena – Barrancabermeja, momento en el cual empezará a regir como capacidad en firma la “Capacidad Indicativa” que se encuentra en el Anexo IV “Capacidad Contratada, Cargos y Valor Estimado del contrato”. A partir del 1 de junio de 2010 y hasta la terminación del presente Contrato la capacidad en firme es la que se encuentra en el Anexo IV como “Capacidad en Firme”.

2. ALCANCE

Es el Servicio de Transporte de Gas Natural en Firme por el Sistema, desde el(los) Punto(s) de Entrada hasta el(los) Puntos de Salida que se determinan en la Sección I – ESTF.”

Así mismo, dentro de los efectos jurídicos perseguidos con la celebración de los contratos que nos ocupan, las partes mediante acuerdo regularon, entre otros aspectos, las prestaciones a su cargo en torno del servicio de transporte de gas natural contratado, y en particular:

- Establecieron las reglas aplicables para determinar las nominaciones y la cantidad de energía confirmada (Capítulo III – “CONDICIONES OPERATIVAS”, Cláusula 4), y definieron la capacidad en firme contratada (kpc/d) (Anexo V),

- Determinaron la presión mínima del gas que el transportador se obligó a poner a disposición de cada remitente, y el tratamiento aplicable en caso de incumplimiento por baja presión o mala calidad del gas en el punto de salida (Capítulo III – “CONDICIONES OPERATIVAS”, Cláusulas 9 y 10), y
- Acordaron las condiciones económicas de la relación contractual, precisando los cargos aplicables y las reglas de facturación y pagos (Capítulo IV – “CONDICIONES ECONÓMICAS”, Cláusulas 2, 3 y 4).

En relación con el objeto de los contratos bajo análisis reseñado en precedencia, se advierte que el transporte oneroso de gas natural por un gasoducto es una actividad complementaria del servicio público domiciliario de gas natural⁸⁹, lícita y regulada por el Estado, para cuya prestación como transportador se encuentra habilitada TGI conforme a la Ley 142 de 1994 y a sus estatutos.

Y respecto del alegado abuso de posición dominante, además de lo ya señalado atrás sobre el proceso de formación y la celebración de los contratos *sub judice*, el Tribunal en el siguiente aparte del presente laudo expone a espacio el análisis realizado sobre este tema a la luz de los hechos relevantes probados y del régimen jurídico aplicable, concluyendo que en el caso *sub judice* la parte convocada no incurrió en abuso de posición dominante de mercado, ni en abuso de posición dominante contractual, por las razones allí expuestas a las cuales se remite en aras de la brevedad.

Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, el Tribunal no encuentra que se configure la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito de los contratos ESTF-025-2008, celebrado entre ISAGEN y TGI, y ESTF-026-2008, celebrado entre EPM y TGI, por el abuso de posición dominante del transportador TGI, o alguna otra causal de nulidad absoluta que deba ser declarada de oficio y conduzca a privarlos íntegramente de sus efectos jurídicos, y siendo ello así se denegará la primera

⁸⁹ Ley 142 de 1994, artículo 14.28.

pretensión principal de las demandas de ISAGEN y EPM, y, consiguientemente, se denegarán las demás pretensiones principales de las convocantes, y así se declarará en la parte resolutive de este laudo, sin perjuicio de lo cual seguidamente se pasa a abordar la controversia sobre la validez de las cláusulas de plazo incluidas en dichos contratos, y del aparte demandado de la cláusula 23 de los mismos, planteada en las pretensiones subsidiarias de las convocantes, su contestación y réplica, teniendo en cuenta que la ley contempla la hipótesis de la nulidad parcial del negocio jurídico (Código de Comercio, artículo 902)..

3.2.2. La controversia sobre la validez de la cláusula de duración de los contratos celebrados por las partes, y del aparte demandado de la cláusula 23 de los mismos.

Entra ahora el Tribunal a estudiar y resolver las pretensiones subsidiarias de las convocantes, en las cuales piden: (i) se declare que es nulo el número 5.3 de la sección I ESTF de los contratos ESTF-025-2008 y ESTF-026-2008, en el que se consignó que el plazo de ejecución es hasta el 31 de diciembre de 2020, (ii) se declare que el plazo de ejecución de dichos contratos es de dos años a partir del 1 de diciembre de 2012, (iii) se declare que es nulo el párrafo dos de la cláusula 23.3 de los citados contratos, en que se establece que “[e]n caso de terminación anticipada del contrato por causas imputables a cualquiera de las partes, la parte incumplida reconocerá y pagará como única indemnización a la otra parte a título de pena, una suma equivalente al 100% del valor remanente del contrato”, y (iv) se declare que en caso de terminación anticipada del contrato por causas imputables a cualquiera de las partes, la parte incumplida reconocerá y pagará a la otra el valor de los perjuicios que corresponda.

3.2.2.1. Síntesis de las posiciones de las partes.

3.2.2.1.1. Síntesis de la posición de la parte actora.

Las actoras formularon y sustentaron sus pretensiones subsidiarias básicamente en los siguientes argumentos expuestos en las demandas y en los alegatos de conclusión conjuntos:

En primer lugar, afirman que TGI abusó de su posición dominante al imponer las cláusulas de duración y de terminación anticipada de los contratos, aprovechándose de la necesidad que tenían ISAGEN y EPM de contratar el transporte de gas. Esas cláusulas entonces, en su sentir, son nulas.

Afirman que TGI tiene posición de dominio en el mercado y que *“Al haber establecido en los contratos celebrados con ISAGEN y EPM cláusulas que infringen prohibiciones del artículo 133 de la ley 142 de 1994 de una manera que es considerada por el artículo 34 numeral 34.6 de la misma ley como una conducta abusiva, se materializó una práctica restrictiva de la competencia para la cual, entre otras, se previó nulidad por objeto ilícito, según lo disponen los artículos 19 de la ley 155 de 1959 y 46 del decreto 2153 de 1992”*.

Afirman que las cláusulas que se demandaron son violatorias de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas contenidas en disposiciones con jerarquía jurídica de ley y que, por lo tanto, es menester que en el laudo se le dé a esos pactos ilegales las consecuencias que se previó en la misma ley.

Señalan que de existir conflicto entre la ley de servicios públicos y las normas legales sobre prácticas comerciales restrictivas y alguna regulación de la CREG, siempre tiene preponderancia lo que se señala en la ley.

Argumentan que: *“las comisiones de regulación carecen de potestades normativas autónomas y su actividad reguladora ha de ceñirse a lo establecido por la ley y los decretos reglamentarios sobre la materia”, (...)* *“lo que implica que los actos*

administrativos que expida no pueden ir contra la misma. Y, en ningún caso la CREG podría expedir disposiciones regulatorias que pongan en duda el imperativo de aplicar la ley 142 y las disposiciones sobre prácticas restrictivas de la competencia”.

Indican que:

“En el artículo 14.13 de la ley 142 de 1994 se previó que, para los efectos de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, tendrá posición de dominio la empresa que atienda al 25% o más de los usuarios de sus servicios y los sustitutos próximos de éstos.

En el artículo 34 de esa misma ley 142 se contienen las disposiciones especiales en materia de prácticas comerciales restrictivas, para aquellos a los que se les aplique la norma. En el 34.6 de ese artículo se previó que será un abuso de la posición de dominio en el mercado que se incluya en los contratos de quien detente esa posición, una cualquiera de las cláusulas que se enumeran en el artículo 133, sin importar el tipo de contrato ni atender la naturaleza de la contraparte.

Dentro de esas condiciones abusivas de la posición de dominio están, que los contratos sean a más de dos años y que las condiciones de terminación sean excesivamente onerosas, salvo que éstas previsiones hubieran sido autorizadas por la Creg o que se vean compensadas para la víctima del abuso en otro aparte del contrato.

En la ley 155 de 1959, en el decreto 2153 de 1992 y en la ley 1340 de 2009 se previó que las prácticas comerciales restrictivas tendrían objeto ilícito. Y, el objeto ilícito vicia de nulidad aquello que así se pacte”.

Sostienen que:

“TGI atiende mucho más que el 25% de los usuarios de sus servicios y los sustitutos próximos de éstos. TGI, por tanto, tiene posición de dominio en el mercado. Los contratos que nos ocupan se pactaron a más de 2 años. En los contratos objeto de este arbitramento se incluyen condiciones de terminación excesivamente onerosas. Esas dos previsiones son abusivas de la posición de dominio. Ninguna de esas previsiones ha sido autorizada expresamente por la CREG. Ni EPM ni ISAGEN fueron compensadas en ninguna parte de los contratos por las consecuencias nefastas que han sufrido, padecerán en el futuro y a las que se verían avocadas como consecuencia de las cláusulas abusivas restrictivas de la competencia.

Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas.

“Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos por término indefinido.”

“Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste: a) Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, o b) Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato; o c) Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva;”

En cuanto al plazo de los contratos que son objeto de estas demandas arbitrales de ISAGEN y EPM, señalan que éstos contienen previsiones para que la relación dure más de dos años, así:

- Contrato ESTF- 026-2008, suscrito con EPM, número 5.3 de la sección I ESTF del contrato y Anexo IV, Capacidad Contratada y Valor Estimado del Contrato. 01 de diciembre de 2012 hasta 31 de diciembre de 2020.
- Contrato ESTF-025-2008, suscrito con ISAGEN, número 5.3 de la sección I ESTF del contrato y Otrosí No 01, Clausula Primera, 01 de diciembre de 2012 hasta 31 de diciembre de 2020.

Añaden que si bien en el penúltimo párrafo del artículo 133 de la ley 142 de 1994, en concordancia con principios generales de contratación se previó que, en caso de anularse una cláusula esa nulidad no afectaría el resto de las previsiones contractuales, ello no puede en este caso salvar la relación, toda vez que la duración por más de lo permitido en la ley afecta, obviamente, la totalidad del contrato.

Respecto de la que denominan cláusula de terminación anticipada, indican que por virtud de la ley, es un abuso de la posición de dominio que ostenta TGI haber incluido en los contratos las cláusulas que le permiten a esa empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte de EPM e ISAGEN (i) Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato y (ii) Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato.

Estiman que *“en caso de terminación anticipada del contrato, TGI recibiría cerca del doble de lo que se previó por las partes que se le pagaría en caso de no usar de ninguna manera el gasoducto.”*

Recuerdan que las partes en los contratos pactaron una pareja de cargos 50% fijo-50% variable. Eso implica que, si EPM o ISAGEN no hacen uso del contrato TGI recibirá sólo lo que corresponde a la parte fija. Pero, *“si se da por terminado anticipadamente el contrato, las cláusulas de terminación prevén que mis poderdantes deberían pagarle a TGI lo que hubieran debido cancelar en caso de haber utilizado la totalidad de la capacidad multiplicada por los cargos fijos y los cargos variables durante la totalidad del tiempo faltante”*.

Plantean que no puede pactarse en ningún tipo de contratos por quien detenta posición dominante, en el evento de terminación anticipada de los mismos, una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, excepto si está debidamente compensada a favor de ISAGEN y EPM en los contratos, lo cual no ocurre. Por tanto TGI incurrió en abuso de posición dominante en el mercado.

Recalcan que el numeral 6 del artículo 34 de la ley 142 hace esas cláusulas inaceptables, *“sin importar que fuera o no un contrato de condiciones uniformes y que no se podrían incluir sin tener en cuenta que el contratista fuera o no un usuario de servicios públicos domiciliarios”*.

Señalan que no existe en Colombia un criterio de interpretación de la ley, ni de los contratos que establezca que razones económicas como las invocadas eximen la aplicación de la ley.

Y añaden que:

“Las únicas excepciones que se contempló en la ley, es que un plazo mayor solo es posible con autorización de la Creg y ésta no ocurrió, ni está acreditada en el proceso, o que se hubieran conferido en el contrato compensaciones a favor de mis poderdantes, lo cual tampoco se presenta, como se puede ver a simple vista en que los contratos que nos ocupan son más gravosos para EPM e ISAGEN que cualquiera de las relaciones que antes se habían pactado”.

“En tal virtud, el fundamento de la no posibilidad de realizar la ampliación del gasoducto con la suscripción de contratos con los remitentes a un plazo de 2 años, por cuanto el proyecto no sería viable financieramente, o que se necesite de una cláusula de terminación que lleve a que TGI reciba cerca del doble de lo pactado si no se usa el tubo, no es una excepción establecida en la ley y no es un fundamento válido que exima del cumplimiento de la misma”.

(e) El concepto de posición de dominio en el mercado (art. 14.13) y las conductas especiales previstas como restrictivas de la competencia en el artículo 34 de la Ley 142 de 1994, son las que reglamentan el comportamiento que debió seguir TGI como prestador, estándole prohibido incurrir en tales prácticas”.

Indican que (i) La definición de posición de dominio aplicable a este caso es la que se redactó en el artículo 14.13 de la ley 142 y no la contenida en el número 5 del artículo 45 del decreto 2153 de 1992; y (ii) La conducta abusiva de la posición de dominio que se debe aplicar a las cláusulas que se demandan es la que se previó en el artículo 34.6 en concordancia con el artículo 133, ambos de la ley 142 y no las enumeradas en el artículo 50 del decreto 2153 de 1992 o el artículo 1 de la ley 155 de 1959.

Resaltan que en el numeral 34.6 del artículo 34 de la ley 142 se considera una restricción indebida a la competencia, “[e]l abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de esta ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos.”

Este doble entendimiento se refleja y es concordante con la definición de “posición de dominio” que trae la ley. En este sentido, el artículo 14.13 define dos hipótesis diferentes de posición dominante: (a) “La que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios”, con lo cual el bien jurídico que se tutela es el de los usuarios a través de la regulación del Título VIII y el artículo 133; y (b) la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

Afirman que está demostrado que TGI tenía al momento de contratar y tiene aún posición de dominio la prestación en el servicio de transporte de gas natural. Si se demuestra que una empresa atiende al 25% o más del mercado, se presume que posee posición dominante, es el supuesto mismo de aplicación de las disposiciones

sobre abuso de posición de dominio. El mercado relevante geográfico divide el servicio de transporte que presta TGI entre el que se presta para llevar gas del norte de Colombia al centro del país y el servicio que se presta para transportar gas del oriente colombiano al centro del país, como adelante se demuestra. Está demostrado que TGI atiende al 25% o más de los usuarios de ese mercado.

Manifiestan que TGI no acreditó durante el proceso que hubiere pedido autorización a la CREG para suscribir los contratos hasta 2020. TGI no acreditó tampoco que ese órgano regulador la hubiere conferido de manera expresa e individual. TGI no argumentó claramente y obviamente no probó que la CREG hubiera dado una autorización general que permita que TGI, teniendo posición de dominio, contrate estos contratos por plazos de más de dos años. También expresa que TGI no asumió obligaciones especiales que permitan establecer el equilibrio contractual necesario para desvirtuar el abuso de la posición dominante

Añaden que está demostrado que TGI abusó de su posición dominante en el mercado: infringió el artículo 133.16 de la ley 142 que establece que son abusivas de posición dominante “[l]as cláusulas que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato”.

Estiman que TGI abusó de su posición dominante en el mercado, pues incluyó en el párrafo segundo de la cláusula 23.3 de los contratos una condición que contraviene las tres hipótesis de abuso que se previeron en el artículo 133.16 de la ley 142, que son:

- (i) Una compensación excesivamente alta por el uso de su infraestructura;
- (ii) Una compensación excesivamente alta por un supuesto derecho que no se recibió en desarrollo del contrato; y
- (iii) Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato.

3.2.2.1.2. Síntesis de la posición de la parte convocada

Por su parte la convocada, TGI, expone que las pretensiones de EPM e ISAGEN carecen de fundamento jurídico y por ende deben ser rechazadas por el Tribunal, en síntesis, por las siguientes razones:

EPM e ISAGEN no probaron que TGI hubiera vulnerado el régimen de prácticas comerciales restrictivas.

Manifiesta que en el expediente no obra prueba alguna que soporte las pretensiones de las demandantes, y por el contrario a lo largo del proceso se probó que:

- TGI ejerce su actividad bajo la condición de monopolio natural, razón por la cual se trata de una actividad regulada.
- Aunque TGI sea considerado como un monopolio natural, no por ello tiene posición de dominio en el mercado.
- Aun si se considerase que nos encontráramos en el escenario de la presunción del artículo 14.3. de la Ley 142 de 1994, existen elementos que desvirtúan la misma, tales como el poder de compra de las térmicas y la imposibilidad de determinar las condiciones del mercado.
- No es cierto que TGI tenga posición de dominio contractual en los contratos que suscribe con sus remitentes ni en los contratos suscritos con EPM e ISAGEN.
- EPM e ISAGEN, al haber solicitado la expansión en virtud de la cual poseen una participación del 70% en la misma, tienen poder de compra y por ende se encuentran en situación de igualdad con TGI que no permite hablar de posición dominante.
- El proyecto de ampliación se llevó a cabo siguiendo lo establecido en la Regulación para el efecto.

- Termosierra y Termocentro, al ser plantas duales, pueden generar y optar por el cargo por confiabilidad con líquidos, por lo que no es cierto que no existan sustitutos y que estuvieran obligadas a suscribir los contratos con TGI.
- Subsidiariamente, si el Tribunal considerase que existe posición de dominio, en todo caso se probó que TGI no cometió ningún abuso pues la cláusula del plazo y la cláusula, que la parte convocada denomina penal, encuentran sustento en la regulación y en la necesidad de asegurar la recuperación de la inversión y esta última es simétrica para las partes.
- TGI ejerce su actividad bajo la condición de monopolio natural, razón por la cual se trata de una actividad regulada.

Se probó en el presente proceso que la actividad de transporte de gas por tubería constituye un monopolio natural, de lo cual se deriva que dicha actividad está sometida a la regulación por parte del Estado y, particularmente, al régimen de libertad regulada.

Por esta razón, el transporte de gas natural se encuentra regulado de manera que el inversionista obtenga un retorno sobre el capital invertido, coherente con los riesgos propios de su actividad. Para que el transportador no pueda abusar de su estructura monopólica, las tarifas de los gasoductos se encuentran reguladas bajo la metodología de precio máximo (price cap), con pares tarifarios. Al no poder establecer precios, un monopolio regulado no tiene como abusar de su posición dominante.

De acuerdo con ésta y otras pruebas que obran en el expediente, cuando se está ante un monopolio natural, como lo es el transporte de gas, los precios, tarifas y otros aspectos esenciales de la prestación del servicio, están sujetos a regulación.

Cita el artículo 14.10 de la ley 142 de 1994, que dice así:

“Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

14.10. Libertad regulada. 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.”

Señala que se deriva de las anteriores normas que el régimen de libertad regulada es aquel en el cual la CREG fija los criterios y la metodología tarifaria para que las empresas prestadoras de dicho servicio o actividad, determinen los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor.

Así, puede concluirse que en la medida en que el transporte de gas es un monopolio natural, hace parte del régimen que el legislador denominó libertad regulada en el que las tarifas a través de las que se remunera el servicio y otros aspectos esenciales del mismo, deben ser el resultado de la aplicación de los criterios, metodologías y topes máximos establecidos por la CREG.

La posibilidad de negociación del contrato, desde el punto de vista de TGI, está enmarcada y limitada por los criterios de regulación, bien sea directa o indirectamente, esto es, que bien sea por norma expresa, las interpretaciones que de las mismas ha hecho la CREG o los efectos de las interpretaciones y políticas regulatorias.

La posición de dominante tiene definición legal y en Colombia, por virtud del artículo 333 de la Constitución, no se reprocha tener una posición de dominio sino su abuso. Así, según lo señala el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, la posición de dominio en el mercado hace referencia a la posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones del mercado.

Las demandantes no probaron los elementos requeridos para aplicar la presunción de dominio en el mercado, toda vez que al analizar los Contratos, queda claro que

nos encontramos en un mercado de combustibles para las térmicas y no el mercado de transporte de gas natural.

Manifiesta que: “(...) el hecho de que TGI sea un monopolio natural en transporte de gas no quiere decir que esa condición lleve, necesariamente, a determinar que TGI tenga una posición de dominio en el mercado que le permita actuar de manera independiente frente a sus clientes. Esto se debe, en parte, a la presencia de sustitutos para la generación térmica lo cual implica que el gas natural, como insumo de generación, debe competir con otros combustibles que, en el caso de las plantas duales, sirven para el mismo propósito.”

“Por otra parte, el número de usuarios que pueden adquirir gas en el mercado primario es limitado. Se trata de comercializadores y grandes consumidores dentro de los cuales se encuentran las térmicas. Los comercializadores son quienes pactan los contratos de transporte en representación de los usuarios finales del servicio público de gas natural. Estos comercializadores pactan grandes cantidades de transporte en firme. Las térmicas, por su parte, tampoco son compradores menores. Por lo tanto, así TGI sea el único vendedor de capacidad primaria de transporte, en una u otra región, no podría imponer sus condiciones. La demanda también está concentrada en unos pocos grandes jugadores de mercado que están en capacidad de negociar los aspectos comerciales del servicio con el transportador.” .

En este sentido, el mercado relevante es el de consumidores específicos: las termoeléctricas que cuentan con unas condiciones de generación eléctrica particulares al tener plantas duales. Cabe resaltar que el gas natural y los combustibles líquidos no son sustituibles en abstracto. El análisis de sustituibilidad entre productos se debe efectuar teniendo en cuenta las particularidades del mercado donde se realiza la conducta analizada, con un énfasis especial en las condiciones de los consumidores del mismo.

El mercado relevante para las térmicas en el presente caso es el mercado de combustible y no el del transporte de gas natural, la prueba de participación en el mercado relevante, (que no es otro que el mercado de combustibles para Termosierra y Termocentro,) no puede versar simplemente sobre el mercado de

transporte gas natural. Así las cosas, las demandantes no aportaron elemento de prueba alguno que demostrara que TGI tiene una participación de más del 25% en el mercado relevante de combustibles para las térmicas, por lo que, ante la falta de prueba, no se puede dar aplicación a la presunción de la Ley 142 de 1994.

Aun si se considerase que nos encontráramos en el escenario de la presunción del artículo 14.3. de la Ley 142 de 1994, existen elementos que desvirtúan la misma, tales como el poder de compra de las térmicas y la imposibilidad de determinar las condiciones del mercado por parte de TGI.

En este caso es de suma importancia tener en cuenta las características particulares de la demanda. Como se señaló anteriormente, dada la naturaleza de Termosierra y Termocentro como plantas duales, EPM e ISAGEN como demandantes tienen la posibilidad real de acceder a combustibles líquidos para sustituir el gas natural. Por otra parte, incluso tratándose exclusivamente del mercado de transporte de gas natural, EPM e ISAGEN tienen poder de compra, demandando el 70% de la capacidad ampliada.

En conclusión, no es cierto que TGI ostente posición de dominio en el mercado, lo que implica que, en sana lógica, es imposible abusar de ella.

TGI no tiene posición de dominio en el mercado y por tanto no puede abusar de lo que no tiene, y en caso de considerar que TGI detenta posición de dominio en el mercado, no puede afirmarse que TGI abusó de la misma, pues el Contrato se celebró por solicitud de EPM e ISAGEN y atendiendo las necesidades de capacidad de dichos remitentes.

No es cierto que TGI tenga posición de dominio contractual en los contratos que suscribe con sus remitentes ni en los Contratos suscritos con EPM e ISAGEN.

El plazo establecido en la cláusula 5.3 de la Sección I y la cláusula penal de la Parte incumplida establecida en la cláusula 23.3 del Capítulo I de los Contratos no reflejan posición dominante alguna, y en todo caso no son abusivas, pues son equilibradas de cara a los riesgos y obligaciones propias del negocio particular.

Los contratos son producto de un proceso público abierto y transparente iniciado por solicitud de los remitentes.

A lo largo del proceso se probó que los Contratos son producto de un proceso público y transparente iniciado por la solicitud de interés de los remitentes.

EPM e ISAGEN han actuado de manera contraria a la buena fe y lealtad exigible entre contratantes, pues pretenden no sólo trasladar a TGI riesgos propios de EPM e ISAGEN como remitentes, sino apartarse del contrato por la vía de la declaratoria de una supuesta nulidad inexistente, después de 5 años de ejecución del Contrato, desconociendo la inversión realizada por TGI para atender las solicitudes de EPM e ISAGEN.

EPM e ISAGEN han actuado de manera contraria a sus propios actos, comoquiera que tras solicitar capacidad en firme y celebrar el contrato que justifica la ampliación del gasoducto, pretende desdecirse de sus compromisos contractuales y de los riesgos asumidos, alegando una supuesta nulidad contractual inexistente.

EPM e ISAGEN hacen uso indebido o y abusivo de las acciones judiciales al pretender la nulidad de un contrato para evitar honrar sus obligaciones, teniendo en cuenta que la aplicación de transporte se hizo por solicitud de los remitentes y con base en dichas solicitudes TGI dimensionó el proyecto de expansión.

3.2.2.2. Consideraciones del Tribunal

3.2.2.2.1. Las normas de la Ley 142 de 1994 presuntamente vulneradas.

El texto de las normas de la Ley 142 de 1994 invocadas por la parte actora como presuntamente vulneradas por la parte convocada, cuyo contenido y alcance se analizan más adelante, es el siguiente:

“ARTÍCULO 34. PROHIBICIÓN DE PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS, ABUSIVAS O RESTRICTIVAS. Las empresas de servicios públicos, en todos

sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.

Se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes:

(...)

34.6. El abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de esta Ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos.

(...)

ARTÍCULO 133. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:

(...)

133.16. Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste:

a) Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, o

b) Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato; o

c) Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva;”

(...)

133.19. Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones

por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos por término indefinido.

(...)

La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y ésta lo haya dado.

Si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción.

Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa, y debidamente fundada”.

3.2.2.2.2. La ley y las resoluciones de la CREG

El Tribunal estima que no es afortunado plantear una confrontación entre las disposiciones contenidas en la Ley 142 de 1994, y otras normas con entidad de ley, y las resoluciones de la CREG, como si se tratara de preceptos extraños, incompatibles o excluyentes entre sí, de manera que el Tribunal tuviera que enfrentar la disyuntiva de aplicar unas en desmedro de las otras.

El ordenamiento jurídico exige, de manera general, que sus distintas disposiciones sean interpretadas y aplicadas, de manera armónica. Esta es la interpretación que mejor conviene a los intereses generales en un Estado social de derecho.

Al respecto importa recordar que es la propia ley de servicios públicos la que creó las actuales comisiones de regulación y definió sus funciones (artículos 69, 73 y 74), y en distintos apartes la propia ley invoca la regulación de dichas comisiones para que sean éstas las que, en ejercicio de su función reguladora, expidan reglas sobre las más diversas materias, de manera que se logre el cometido de complementar aquellos aspectos que se hayan dejado a su regulación, o se llenen los espacios que autoriza la ley, bien sea través de actos con carácter general, o cuando sea indicado así en la ley, para casos particulares. Conforme a este diseño, el sistema de fuentes normativas en los sectores de la economía en los que operan las comisiones de regulación se integra con las normas constitucionales, las normas legales y reglamentarias, y la regulación especial que expiden dichas comisiones en ejercicio de sus funciones legalmente establecidas, y ese conjunto normativo debe ser interpretado y aplicado de manera armónica.

Por supuesto que ello no implica desconocer la mayor jerarquía de la ley respecto de las resoluciones de las comisiones de regulación, y la sujeción que éstas deben a aquella, premisa que no obsta para la interpretación armónica e integral que ha quedado esbozada y que es la que, en cumplimiento de la ley, observará el Tribunal en el estudio y resolución de esta controversia.

Pero no puede pretenderse que estando vigente una regulación expedida por parte de las comisiones de regulación, al amparo de sus competencias legales, y siendo ella directamente aplicable a un determinado asunto, pueda dejarse de aplicar esta regulación, pues ella está amparada por la presunción de legalidad propia de todo acto administrativo, y quien estime que la misma es contraria a la ley puede acudir a las acciones legales existentes en nuestro ordenamiento para cuestionar la validez de los actos administrativos, ante la jurisdicción competente, que es la de lo contencioso administrativo.

3.2.2.2.3. Las normas sobre posición dominante y abuso de la posición dominante aplicables al presente caso. La posición dominante de TGI y los alegados abusos de posición dominante.

Para el Tribunal es claro que la definición de posición de dominio aplicable al presente caso es la prevista en el artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994, así como que las conductas constitutivas de abuso de posición dominante que se invocan y que serán examinadas para resolver la controversia son las de los artículos 34.6 y 133, de la ley 142 de 1994, por constituir ellas parte del régimen especial aplicable a las empresas de servicios públicos y por así estar previsto tanto en esta ley en particular, como también por ello resultar de lo previsto en la ley 1340 de 2009.

En efecto, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 prevé: *“La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico”*.

Tal hipótesis normativa es la que se presenta en el caso que ocupa la atención del Tribunal, en cuanto la Ley 142 de 1994, que es la normativa que se aplica con carácter preferencial a las empresas que prestan servicios públicos, como lo son todas las partes involucradas en esta controversia, contiene normas particulares, en cuanto se refiere a la definición y la forma de determinar la posición dominante, respecto de las previstas en el régimen general, contenido en el Decreto 2153 de 1992.

Lo anterior quiere significar que al presente caso se debe aplicar el concepto de posición de dominio previsto en el artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994, según el cual: *“POSICIÓN DOMINANTE. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus*

servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.”

En este precepto está previsto el concepto de posición dominante en una doble dimensión: (i) la que tiene una empresa de servicios públicos respecto de sus usuarios, es la denominada posición dominante contractual, por encontrarse las empresas de servicios públicos en una situación de privilegio frente a sus usuarios, respecto de las situaciones de formación y ejecución del contrato; y (ii) la posición dominante de mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éstos, que es la que tiene una empresa de servicios públicos, *“cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado”*. Esta segunda acepción del concepto de posición dominante es la que se incluye en la normativa sobre prácticas comerciales restrictivas, al paso que la primera acepción corresponde, en un sentido estricto, a la regulación propia de la protección de consumidores y usuarios en sus relaciones contractuales, sin que nada impida que, como lo hace la ley colombiana, una misma normativa se ocupe de la protección de los dos ámbitos descritos.

En el presente caso, se encuentra que en el expediente existe evidencia probatoria suficiente de que TGI constituye un monopolio natural en el mercado de transporte de gas⁹⁰. En tal virtud, el Tribunal considera que TGI tiene posición dominante en los términos descritos, previstos en el artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994, por cuanto la condición señalada la ubica, de entrada, en una condición de privilegio en sus relaciones contractuales, y también atiende más del 25% del mercado de transporte de gas. Esa condición, la de ostentar posición dominante, no la pierde, de acuerdo con la ley, ni por el tamaño ni por la naturaleza de las empresas con las que contrata. Tampoco está por demás advertir que a pesar de la abundante regulación a la que está sometida TGI, esta empresa mantiene posibilidades de pactar distintos aspectos de su actividad empresarial, por iniciativa propia, de manera que no resulta válido afirmar que la regulación ubica a la empresa por fuera del concepto de posición dominante, en los términos que han sido indicados, ni que

⁹⁰ Así lo acepta la parte convocada, y lo corroboró el dictamen de la perito Marcela Gómez Clark, páginas 20 y 28. En el mismo sentido se pronunció el perito de parte Luis Carlos Valenzuela.

per se excluye la posibilidad de abuso de la posición dominante en aquellos aspectos contractuales que no están sometidos a regulación imperativa.

Ahora bien, está claro que no es ilícito el hecho de que una empresa ostente posición dominante; lo ilegal es que se abuse de dicha condición, por lo cual el Tribunal en los siguientes apartes pasa a ocuparse de las presuntas violaciones invocadas, para lo cual fijará antes el alcance de las normas pertinentes, así:

El contenido y alcance del artículo 34.6 de la Ley 142 de 1994 se puede sintetizar así:

1. Se considera restricción indebida de la competencia el abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de la Ley 142 de 1994;
2. Cuando se tipifique cualquiera de las conductas a que se refiere el artículo 133 de la Ley 142 de 1994, no importará cuál sea la contraparte contractual de quien incurre en el abuso;
3. Cuando se tipifique cualquiera de las conductas a que se refiere el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 no importará cual sea la clase de contrato celebrado.

Por su parte los elementos estructurales del artículo 133.19., que dan lugar a aplicar la presunción legal de abuso de la posición dominante en los casos allí contemplados, son los siguientes:

1. Cláusulas que obliguen al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años;
2. Cláusulas que obliguen a los grandes suscriptores o usuarios a continuar con el contrato por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general;
3. Sin embargo, se permiten los contratos a término indefinido.

Además, han de considerarse las siguientes definiciones de la Ley 142 de 1994 y de la Resolución CREG No. 007 de 2000:

- Artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994: “*POSICIÓN DOMINANTE. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.*”
- Artículo 14.31 de la Ley 142 de 1994: “*SUSCRIPTOR. Persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato de condiciones uniformes de servicios públicos.*”.
- Artículo 14.33 de la Ley 142 de 1994: “*USUARIO. Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor.*”.

Artículo 2° de la Resolución CREG No. 007 de 2000: “*Usuario No Regulado: Es un consumidor de más de 500.000 pcd hasta el 31 de diciembre del año 2001; de más de 300.000 pcd hasta el 31 de diciembre del año 2004; y, de más de 100.000 pcd a partir de enero 1o. del año 2005, medida la demanda de conformidad con lo establecido en el Artículo 77 de la Resolución CREG-057 de 1996 o aquellas que la modifiquen, sustituyan o complementen. Para todos los efectos un Usuario No Regulado es un Gran Consumidor”, disposición que es armónica con la definición regulatoria del término “*GRAN CONSUMIDOR DE GAS NATURAL*” contenida en el artículo 1° de la Resolución CREG 057 de 1996⁹¹. (Subraya el Tribunal).*

⁹¹ “*GRAN CONSUMIDOR DE GAS NATURAL: Es un consumidor de más de 500.000 pcd hasta el 31 de diciembre del año 2001; de más de 300.000 pcd hasta el 31 de diciembre del año 2004; y, de más de 100.000 pcd a partir de enero 1o. del año 2005, medida la demanda en un solo sitio individual de entrega.*”

3.2.2.2.4. Consideraciones del Tribunal sobre la cláusula de duración de los contratos.

Por lo que hace al tema de la duración de los contratos ESTF-025-2008 y ESTF-026-2008, prevista en la cláusula 5.3 de la sección I ESTF de los mismos, el Tribunal observa que en el texto del artículo 133.19 de la Ley 142 de 1994 existen dos distintas hipótesis prohibitivas, según el sujeto contractual que contrata con la empresa de servicios públicos de la cual se predica la posición dominante.

La primera de dichas hipótesis, en la que se presume que existe abuso de posición dominante en las cláusulas que obliguen al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años, se predica del SUSCRIPTOR, sujeto definido en el artículo 14.31 de la Ley 142 de 1994 como la: *“Persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato de condiciones uniformes de servicios públicos”*. También cubre dicha prohibición, al tenor del artículo 14.33. de la misma normativa, al USUARIO, esto es la: *“Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor”*. Pero como la misma disposición legal establece una regla diferente, en cuanto al plazo máximo de sus contratos, para *“los grandes suscriptores o usuarios”*, debe entenderse, para que tenga cumplido efecto la diferenciación establecida por el legislador, que se trata de un usuario que no reúna las condiciones establecidas en la regulación para ser considerado Gran Consumidor. Como la CREG, en la Resolución 007 de 2000 determinó quiénes son grandes usuarios o consumidores (usuarios no regulados), y en el artículo 2 señaló que: *“Para todos los efectos un Usuario No Regulado es un Gran Consumidor”*, lógicamente el plazo de dos años, establecido en la ley, rige para la persona que demanda menos de las cantidades allí indicadas para ser gran consumidor, vale decir, menos de 100.000 pcd a partir de enero 1o. del año 2005, *“medida la demanda de conformidad con lo establecido en el Artículo 77 de la Resolución*

CREG-057 de 1996 o aquellas que la modifiquen, sustituyan o complementen", según las voces del artículo 2 de la Resolución CREG 007 de 2000.

La segunda hipótesis normativa del artículo 133.19 de la Ley 142 de 1994 presume que hay abuso de la posición dominante en las cláusulas que obliguen a los grandes suscriptores o usuarios a continuar con el contrato por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general; y, como acaba de verse, según las voces del artículo 2 de la Resolución CREG 007 de 2000, *"Para todos los efectos un Usuario No Regulado es un Gran Consumidor"*, este es quien demanda más de 100.000 pcd a partir de enero 1o. del año 2005.

En el proceso está acreditado que EPM e ISAGEN son Usuarios no Regulados, habida cuenta de la capacidad en firme contratada, establecida en el Anexo IV de los contratos debatidos ESTF-025-2008 y ESTF-026-2008, característica que por virtud de la definición normativa contenida en el artículo 2 de la Resolución CREG 007 de 2000, concordante con la definición del término *"GRAN CONSUMIDOR DE GAS NATURAL"* contenida en el artículo 1º de la Resolución CREG 057 de 1996, equivale a que son Grandes Consumidores, lo cual hace que queden cobijados por la segunda hipótesis del artículo 133.19 de la Ley 142 de 1994; es decir, el límite legal de dos años de duración del contrato no rige para los contratos de servicios públicos que celebren dichas empresas en calidad de usuarios. En cuanto a la duración de sus contratos ellas deben respetar lo que disponga la CREG, en su condición de grandes suscriptores o usuarios, y, mientras no exista regulación en esta materia, la duración de los contratos puede pactarse libremente por las partes contratantes.

A manera de conclusión sobre este punto, se tiene lo siguiente:

1. Por virtud de lo previsto en los artículos 34.6 y 133 de la Ley 142 de 1994, las presunciones de abuso de posición dominante operan respecto de todo aquél que ostente posición dominante, *"en todos sus actos y contratos"*, *"cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos"*.

2. La posición dominante, y las conductas constitutivas de abuso de posición dominante, en tratándose de contratos celebrados por empresas de servicios públicos, se determinan bajo los criterios y elementos señalados especialmente en la Ley 142 de 1994 y disposiciones complementarias. Así se deriva tanto de la naturaleza especial de dicha normativa, como de lo que prevén expresamente las normas generales de competencia, particularmente la Ley 1340 de 2009, que preserva dicha especialidad.

3. El legislador estableció un régimen dual en cuanto al plazo de los contratos que celebran las empresas de servicios públicos con posición dominante: de un lado, proscribire las cláusulas que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años; esta regla de los dos años rige para las personas que han suscrito un contrato de condiciones uniformes y también para los usuarios que no reúnen las exigencias normativas de Gran Consumidor (Usuario no Regulado). El segundo régimen opera para los contratos celebrados con grandes suscriptores o usuarios, vale repetir Gran Consumidor (Usuario no Regulado), quienes no podrán ser obligados a continuar con el contrato por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general; en todo caso, está claro que para estos no rige el límite legal de dos años.

4. No aparece acreditado en el proceso que la CREG haya hecho uso de la facultad legal que tiene de fijar un límite al plazo de los contratos de transporte de gas natural en firme celebrados con grandes suscriptores o usuarios. Esta posibilidad legal para la CREG se deriva no solo del texto del artículo 133.19, que se viene de citar, sino también de la atribución consignada en el artículo 73.10 de la misma Ley 142 de 1994, que establece que: *“Las comisiones podrán limitar, por vía general, la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, para evitar que se limite la posibilidad de competencia”*. Mientras que la CREG no haga uso de esa atribución legal de limitar, por vía general, la duración de los contratos celebrados con grandes suscriptores o usuarios, vale repetir Grandes Consumidores (Usuarios no Regulados), estos pueden tener la duración que convengan libremente las partes.

5. Al no estar limitada por la regulación la duración de los contratos celebrados por empresas que tengan posición dominante y los grandes suscriptores o usuarios, no se tipifica la conducta que se presume como constitutiva de abuso de posición dominante y, en consecuencia, no resulta necesario acudir a los mecanismos para desvirtuar la existencia del presunto abuso.

6. Esta conclusión se encuentra acorde con las regulaciones tarifarias expedidas por la CREG, en las cuales está claro que dicho ente admite los contratos de largo plazo, y se acompasa también con el esquema de financiación de la expansión de la infraestructura de transporte del gas natural empleado en Colombia, en el cual el transportador define las expansiones a ejecutar con base en la demanda del servicio, y la recuperación de los costos de la expansión se logra mediante contratos de transporte en firme de larga duración celebrados entre el transportador y los remitentes.

7. Por lo tanto, en el caso de los dos contratos ESTF-026-2008 y ESTF-025-2008 suscritos por TGI con EPM e ISAGEN, respectivamente, motivo de controversia en el presente arbitramento, encuentra el Tribunal que bajo el régimen aplicable, atrás descrito, para los mismos no existía al momento de su celebración límite legal o regulatorio en el término de su duración, por lo cual podía ser libremente estipulado por las partes, como entiende el Tribunal que en efecto ocurrió, según ha quedado reseñado en el acápite de este laudo en el que se estudió la motivación, la etapa precontractual y el desarrollo de los pasos que se siguieron para su formalización, donde, además, a la luz de las pruebas traídas a este proceso, no se advierte que haya existido controversia sobre este punto específico.

8. Adicionalmente, encuentra el Tribunal que las consideraciones económicas que llevaron a la celebración del contrato, los requerimientos de capacidad de transporte de gas natural que fueron formulados por EPM e ISAGEN, que antecedieron la decisión de ampliar la capacidad de transporte de gas natural por parte de TGI, el monto de los recursos invertidos por esta en la expansión de la infraestructura de transporte, el tiempo de desarrollo de la obra, el sistema tarifario, los requerimientos para acceder al cargo por confiabilidad para las plantas

termoeléctricas de las convocantes, en específico la necesidad de contar con contratos en firme para el transporte de gas, son todas circunstancias que se acompañan con la posibilidad de contar con contratos de largo plazo, por lo cual, en este caso particular, y en cuanto a este aspecto de la cuestión se refiere, los aspectos legales se encuentran en consonancia con lo que demanda el entorno económico de los contratos, como resulta deseable que ocurra.

En estas condiciones, se despacharán desfavorablemente las pretensiones de las convocantes relacionadas con este asunto, por las razones que acaban de exponerse, y así se declarará en la parte resolutive del presente laudo.

3.2.2.2.5. Consideraciones del Tribunal sobre el aparte demandado de la cláusula 23 de los contratos celebrados por las partes.

En relación con las pretensiones de las convocantes de que se declare nulo el párrafo segundo de la cláusula 23.3 de los contratos celebrados por las partes del presente Tribunal, y, consecuentemente, se declare que en caso de terminación anticipada del contrato por causas imputables a cualquiera de las partes, la parte incumplida reconocerá y pagará a la otra el valor de los perjuicios que corresponda, se considera lo siguiente:

1. Lo primero que debe poner de presente el Tribunal es que el texto de la estipulación demandada no ofrece una redacción suficientemente clara y unívoca. Así, la parte convocante solicita la nulidad de un aparte de la cláusula 23.3, aludiendo al mismo como cláusula de terminación anticipada, mientras que la parte convocada, en los escritos donde se opone a la prosperidad de esta pretensión, invoca el carácter de cláusula penal de esa estipulación, siendo que se trata de figuras distintas, cuyos rasgos característicos y funcionalidad han sido estudiados por la jurisprudencia como enseguida se reseña.

2. La ley colombiana, en muy diversas regulaciones, prevé expresamente la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato y en muchas de esas ocasiones establece directamente las condiciones de tiempo y de forma en que ello debe ocurrir. También es admitido por la jurisprudencia, a tono con la autonomía de la voluntad, que por la sola voluntad convencional se prevea la terminación unilateral del contrato a través de una cláusula de terminación anticipada, bien con efectos económicos para la parte que haga uso de esta facultad, o bien sin repercusiones económicas.

3. Según lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia⁹², en la cláusula de terminación anticipada *“Estricto sensu, una o ambas partes son titulares de un derecho potestativo para terminar unilateralmente el contrato, sin aquiescencia, aceptación, beneplácito o consentimiento de la otra, cuyo ejercicio desemboca en acto dispositivo recepticio (...) y constitutivo por extinguir el vínculo con efectos liberatorios hacía el futuro (ex nunc) sin alcanzar las prestaciones ejecutadas, cumplidas, consumadas e imposibles de retrotraer, esto es, carece de eficacia retroactiva (ex tunc), cumple la función de terminar el pacto, y por tanto, desligar in futurum a las partes del compromiso sin declaración judicial (...)”*

“La jurisprudencia, reconoce en precisas circunstancias que el ejercicio de la facultad de terminación unilateral, no configura de suyo un abuso de derecho (artículo 830, C. de Co), sin sentar una directriz general inflexible ni descartarlo a priori, por cuanto, podrá ser abusiva, y por regla general, en los casos legales o contractuales, la parte puede terminar el contrato con sujeción a la corrección, lealtad, buena fe y recto ejercicio de los derechos, pero en lo “...contractual tiene cabida el abuso del derecho..”, y puede “...presentarse en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el periodo postcontractual” (LXXX, 656; cas. civ. sentencias de 6 de diciembre de 1899, XV, 8; sentencia de 6 julio de 1955, LXXX, 656; 11 de octubre de 1973, CXLVII, 82; 19 de octubre

⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de agosto de 2011, Magistrado Ponente William Namen Vargas.

de 1994, exp. 3972), de donde, en armonía con el artículo 95 de la Constitución Política, según el cual, todas las personas están obligadas a “[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”, deben “entenderse las cláusulas convencionales o las regulaciones legales o constitucionales permisivas de la terminación unilateral del pacto respectivo, debido a que ellas no pueden interpretarse a distancia del postulado de que se viene hablando, como quiera que exigen ser observadas a través de su propio prisma, ante la posibilidad de que en ejercicio de esa facultad se incurra en violación del derecho ajeno; ello supone entonces que deben apreciarse bajo el entendido de que su actividad no puede ser causa de daño a quienes han contratado con el agente, salvo, claro está, que exista razón que lo justifique, como sucedería, verbi gratia, cuando el comportamiento del contratista, dada su falta de honradez o inteligencia, lo imponga” (cas. civ. sentencia de 16 de septiembre de 2010, exp. 11001-3103-027-2005-00590- 0).

4. Por su parte, la cláusula penal está regulada por los artículos 1592 a 1601 del Código Civil, y el artículo 867 del Código de Comercio, y en el primero de dichos preceptos se define como: “(...) aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

La jurisprudencia indica que: “Según esta definición, la cláusula penal implica una liquidación de los perjuicios por la no ejecución o el retardo de la obligación principal, realizada directamente por las partes, de manera anticipada y con un “carácter estimativo y aproximado”, que en principio debe considerarse “equitativo”, sin perjuicio, eso sí, de la acción de rebaja que consagra el art. 1601 del C. Civil. (...) Desde luego, como lo ha admitido la Corte, que la cláusula en comentario, de conformidad con el artículo 1601, también puede operar como una sanción convencional, con un carácter coercitivo o compulsivo, tendiente a forzar al deudor a cumplir las obligaciones adquiridas. Concretamente en sentencia de 23 de mayo de 1996, la Corporación expresó: “Entendida pues la

cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente, tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato."⁹³

5. Así, mientras la terminación anticipada comporta una potestad de terminar el vínculo contractual a futuro, sin que necesariamente se vincule dicha decisión con un incumplimiento anterior de las partes, aun cuando comporte consecuencias económicas, en la cláusula penal lo que se quiere es resarcir los perjuicios por un incumplimiento previo de una de las partes, o apremiar a una de ellas para que cumpla el contrato.

6. El texto de la cláusula objeto de análisis es el siguiente:

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de junio de 2000, Magistrado Ponente Jose Fernando Ramirez Gómez.

“23. TERMINACION ANTICIPADA DEL CONTRATO.

23.1 Cualquiera de las Partes podrá declararla cuando:

a) Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito o, evento excusable se suspenda totalmente la ejecución del Contrato por un período continuo mayor de trescientos sesenta y cinco (365) días calendario en cada evento, caso en el cual no se generará responsabilidad alguna para las Partes.

b) Por mutuo acuerdo escrito entre las Partes.

23.2 EL TRANSPORTADOR podrá declararla en los siguientes casos:

a) Cuando por más de tres (3) meses en un período de trescientos sesenta y cinco (365) días calendario continuos, el TRANSPORTADOR haya suspendido el Servicio por la causal establecida en el literal (c) del numeral 11.3 del Capítulo III o, cuando la mora en el pago persista por sesenta (60) días calendario de conformidad con el numeral 5 del Capítulo IV, salvo que sea objeto de controversia.

b) Cuando dentro de un período de trescientos sesenta y cinco (365) días calendario, el REMITENTE haya incurrido en compensaciones cuya suma exceda el Valor Anual Estimado del Contrato.

23.3 El REMITENTE podrá declarar la terminación anticipada cuando por causas imputables al TRANSPORTADOR, durante más de quince (15) días continuos o treinta (30) discontinuos por Año Contractual no

se cumpla la garantía de presión mínima de que trata el numeral 9 del capítulo III o haya mala calidad del Gas.

En caso de terminación anticipada del Contrato por causas imputables a cualquiera de las partes, la Parte incumplida reconocerá y pagará como única indemnización a la otra Parte a título de pena, una suma equivalente al 100% del valor remanente del Contrato.

El valor de la pena a cargo del REMITENTE podrá ser tomado de la garantía; en cualquier caso, las Partes podrán acudir a la vía ejecutiva.

PARAGRAFO: Dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la ocurrencia de cualquiera de los eventos anteriores, la Parte con derecho a dar por terminado el Contrato deberá notificar su decisión por escrito a la otra Parte, indicando las causales de tal terminación y la fecha efectiva de terminación del Contrato. La terminación del contrato no excusa ni libera a las Partes de sus respectivas obligaciones atribuibles al período anterior a la fecha efectiva de terminación.” (subraya y resalta el Tribunal)

En primer lugar pone de presente el Tribunal que las partes denominaron la cláusula 23 del contrato, en donde se encuentra el aparte cuya nulidad se solicita, “23. TERMINACION ANTICIPADA DEL CONTRATO”.

A continuación, en el numeral 23.1, se reconoce el derecho de cualquiera de las partes de declarar la terminación anticipada del contrato en dos casos, a saber, (i) cuando la ejecución del mismo haya sido suspendida totalmente por un periodo continuo mayor de 365 días calendario, a causa de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, o (ii) por mutuo acuerdo escrito de las partes,

y se precisa que en el primer caso la terminación anticipada no generará responsabilidad alguna para las partes.

En el siguiente numeral, el 23.2, se describen los eventos en los cuales EL TRANSPORTADOR podrá declarar la terminación anticipada del contrato, estos son: (i) cuando la garantía no es entregada o renovada por el Remitente, (ii) cuando existe mora en el pago por 60 días calendario, o (iii) cuando en un periodo de 365 días calendario el Remitente haya incurrido en compensaciones que exceden el Valor Anual Estimado del contrato.

A renglón seguido, el numeral 23.3, prevé que el remitente podrá declarar la terminación anticipada del contrato cuando por causas imputables al Transportador no se cumpla la garantía de presión mínima o haya mala calidad del gas en un periodo de (i) más de 15 días continuos o (ii) 30 días discontinuos por año.

El siguiente párrafo, que es el demandado en nulidad, expresa: *“En caso de terminación anticipada del Contrato por causas imputables a cualquiera de las partes, la Parte incumplida reconocerá y pagará como única indemnización a la otra Parte a título de pena, una suma equivalente al 100% del valor remanente del Contrato”*.

Finalmente, en el PARAGRAFO de esta cláusula 23 se prevé que: *“Dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la ocurrencia de cualquiera de los eventos anteriores, la Parte con derecho a dar por terminado el Contrato deberá notificar su decisión por escrito a la otra Parte, indicando las causales de tal determinación y la fecha efectiva de terminación del Contrato. La terminación del Contrato no excusa ni libera a las Partes de sus respectivas obligaciones atribuibles al periodo anterior a la fecha efectiva de terminación.*

7. Ahora bien, con independencia de la distinta calificación jurídica dada por las partes a la estipulación demandada, corresponde al Tribunal examinarla a la luz de la norma legal que la parte convocante afirma que se ha violado, respecto de lo cual se tiene lo siguiente:

La ley 142 de 1994, artículo 133.16, presume que existe abuso de posición dominante en las cláusulas de los contratos de servicios públicos que:

“133.16. (...) permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste:

a) Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, o

b) Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato; o

c) Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva.”

El Tribunal considera preciso poner de presente que, según los criterios interpretativos de la Ley 142 de 1994, esta norma es de orden público y de aplicación preferente, y, además, la pretensión de nulidad en estudio está sustentada en aducir su presunta violación.

En el acápite de este laudo relativo al estudio de la etapa de formación del contrato se dio cuenta detallada de la manera como se discutió y definió la inclusión de esta cláusula, por lo cual, en primer lugar, no puede hablarse de que haya sido impuesta por el transportador a los remitentes, pues a pesar de que inicialmente estos presentaron reparos a la misma, en particular en cuanto al periodo de aplicación de la compensación económica en caso de terminación imputable a una de las partes, que se pedía fuera de un año, en lugar del periodo restante del contrato, lo cierto es que tal objeción fue contestada por la convocada y el texto contractual, con dicha cláusula, tal como finalmente quedó, fue aprobado expresamente por las

convocantes, decisión que éstas evaluaron o debieron evaluar de cara a sus intereses y conveniencias, con la prudencia y diligencia propias de un buen hombre de negocios puesto en una situación similar, y como correspondería a la aplicación del principio de eficacia propio de la contratación por este tipo de empresas.

En segundo lugar, también en lo tocante con los antecedentes de los contratos debatidos, en este proceso se demostró, entre otras cosas: (i) que la ampliación del gasoducto Ballena – Barranca la hizo TGI por la solicitud que para el efecto le formularon varias entidades remitentes, incluyendo a las aquí convocantes, ISAGEN y EPM; (ii) que estas dos entidades en conjunto proyectaban demandar más del setenta por ciento (70%) de la ampliación de capacidad del gasoducto, de suerte que, en criterio de la perito Marcela Gómez Clark, “(...) *en ausencia de dichas demandas por capacidad de transporte de gas, no se habría realizado la ampliación en la magnitud que se hizo*”⁹⁴; (iii) que de acuerdo con la regulación de la CREG (Resolución 28 de 2008) para viabilizar dicha expansión se debían celebrar y ejecutar contratos de transporte de gas natural en firme y de largo plazo entre cada remitente interesado y el transportador TGI, y (iv) el interés legítimo que TGI tenía de asegurar en lo posible la recuperación de la inversión que realizó.

En tercer lugar, por lo que hace a los efectos económicos de la referida estipulación, se tiene que el valor remanente del contrato, que debe pagar la parte incumplida que dé lugar a la terminación anticipada del contrato, se encuentra definido en la cláusula de definiciones de los contratos debatidos, así:

“Valor Remanente del Contrato: Valor del contrato desde la fecha en que ocurra la terminación anticipada hasta la fecha de finalización del mismo, establecida en el numeral 5.3 de la Sección I- ESTF. Dicho valor se calcula teniendo en cuenta la Capacidad en Firme Contratada multiplicada por los Cargos Fijos Diarios que remuneran la inversión más la Capacidad en Firme Contratada multiplicada por los cargos variables, ambos valores multiplicados por los días que hacen falta

⁹⁴ Dictamen pericial de la perito Marcela Gómez Clark, Cuaderno de Pruebas No. 7 del 3847, Folio 28.

para la finalización del contrato y más la Capacidad en Firme Contratada multiplicada por los cargos diarios de AO&M por los días que hacen falta para la finalización del contrato, expresados en dólares US\$ y en pesos (\$), respectivamente. ”

Existe, pues, una clara y estrecha relación funcional entre la estipulación demandada y la definición convencional del término “*Valor Remanente del Contrato*”, en cuya virtud, llegado el caso, el monto de la primera, que es indeterminado pero determinable, deberá establecerse mediante la aplicación de la segunda, tomando como referentes temporales la fecha de terminación anticipada del contrato y la fecha de finalización del mismo.

La estipulación contractual que ocupa al Tribunal fue estudiada por la perito Marcela Gómez Clark, de cuyo análisis se traen los siguientes apartes⁹⁵:

“Al respecto de la terminación anticipada, los contratos suscritos establecen lo siguiente:

“...En caso de terminación anticipada del Contrato por causas (sic) imputables a cualquiera de las Partes, la Parte incumplida reconocerá y pagará como única indemnización a la otra Parte a título de pena, una suma equivalente al 100% del valor remanente del Contrato”.

Ahora bien, esta coyuntura, que implica que para Isagen y EPM no es rentable mantener un contrato de transporte de gas, no es indicación de que la cláusula contenida en el mismo sea abusiva desde el punto de vista financiero o económico. De hecho, debe tenerse en cuenta que la misma cláusula aplica para todas las partes involucradas. Por lo tanto, si TGI hubiera interrumpido el contrato por cualquier razón, también se habría visto forzado a pagar la misma penalidad. Esto para

⁹⁵ Dictamen pericial de la perito Marcela Gómez Clark, Cuaderno de Pruebas No. 7 del 3847X, Folios 37, 43 y 44.

cubrir a EPM e Isagen del riesgo de no tener cómo respaldar su OEF por ausencia de un contrato en firme de transporte de gas.

(...)

En suma, el contrato suscrito entre TGI, Isagen y EPM cumple con las condiciones planteadas por la CREG para evitar el cobro de rentas monopólicas, a través de tarifas reguladas. Dichas tarifas buscan remunerar parcialmente la inversión en la que debió incurrir TGI para ampliar la capacidad, según las necesidades planteadas por Isagen y EPM. Debe recordarse que la regulación le impide a TGI adelantar dichas inversiones sin estar soportadas por contratos. Ante el costo de respaldar la OEF con gas, Isagen y EPM consideraron óptimo desde el punto de vista financiero respaldar su OEF con líquidos, por lo que el contrato de transporte con TGI no es requerido. No obstante, el incremento en el precio del gas es un riesgo que se encuentra en cabeza de las térmicas y no del transportador, así como el beneficio de una caída en dicho precio habría de generarle un beneficio exclusivamente a las térmicas.

Si bien la cláusula de terminación anticipada implica que el costo de terminar el contrato es superior a mantenerlo en las condiciones actuales, no resulta en una sobre-remuneración para TGI. Este último recibiría únicamente lo que habría determinado desde un comienzo la CREG como la compensación requerida para remunerar la inversión. No existe un “premio” para TGI que le implique una mayor rentabilidad a la establecida en el contrato por terminarlo, o que genere incentivos para que éste prefiera no prestar el servicio de transporte. Adicionalmente, esta cláusula es la misma que se incluyó en todos los contratos que respaldaron la ampliación en capacidad, con el mismo argumento de garantizar remunerar la inversión.”

Es más, la perito dictaminó también en su experticia que la convocada no recuperaría la totalidad de su inversión con la ejecución plena de los contratos suscritos entre las partes que ocupan la atención del Tribunal, aspecto sobre el cual dijo lo siguiente⁹⁶:

“Bajo la metodología de remuneración de la inversión que calcula la CREG, es claro que TGI no ha logrado recuperar su inversión a través de los contratos suscritos con EPM e Isagen, en la medida en que no se ha reconocido la totalidad del cargo variable.

De otra parte, es importante resaltar que, bajo la metodología establecida por la CREG, la vida útil de la inversión se estima en 20 años, mientras que los contratos con EPM e ISAGEN tienen un plazo inferior (de 8 años con Isagen y de 11.5 años con EPM), con lo que aun finalizándolos contratos en el año 2020 como estaba pactado originalmente, TGI no recuperaría su inversión, en esa fecha, ya que faltarían entre 12 y 9.5 años más de plazo para recuperar la inversión. Adicionalmente, tal como se dijo anteriormente, en la medida en que no se ha reconocido la totalidad del cargo variable esperado, este porcentaje de inversión no se ha tampoco visto remunerado.”

Bajo el anterior contexto, el Tribunal considera que, en caso de declararse la terminación anticipada del contrato por parte del transportador con apoyo en la estipulación demandada, la suma allí prevista no configuraría una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por el transportador para adelantar el contrato, vale decir, para recuperar y remunerar la inversión realizada por TGI en la ampliación de su capacidad de transporte de gas natural, con arreglo al marco tarifario establecido por la CREG, y por lo tanto no hay lugar para aplicar la norma del literal b) del artículo 133.16 de la Ley 142 de 1994 al no configurarse el supuesto de hecho allí previsto.

⁹⁶ Ibídem, p. 32, Cuaderno de Pruebas No. 7, Folio 32.

Tampoco hay base probatoria para aplicar en este caso la norma del literal a) del artículo 133.16 de la Ley 142 de 1994, habida cuenta que la estipulación demandada no contempla el pago de una compensación por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, ni la norma del literal c) de dicha disposición legal, toda vez que como ya se dijo, llegado el caso, la suma pactada no configuraría una compensación excesiva, y además la referida estipulación no le asigna al remitente la carga de la prueba respecto del monto real de los daños que pudiera sufrir el transportador por la terminación anticipada del contrato.

8. Por otro lado, si la estipulación demandada se mira como cláusula penal, la suma a pagar bajo la misma tampoco aparece como excesiva de cara al límite legal establecido en el artículo 1601 del Código Civil.
9. Finalmente, observa el Tribunal que en este trámite no se acreditó la configuración de alguna otra causal de nulidad que vicie la estipulación demandada, ya sea relativa (incapacidad relativa, error, fuerza o dolo) o absoluta (incapacidad absoluta, contravención de norma imperativa, objeto ilícito o causa ilícita).

Con fundamento en las consideraciones precedentes, se denegarán las pretensiones terceras subsidiarias y cuartas subsidiarias de las demandas de las convocantes, y prosperan las excepciones denominadas: *“El Contrato suscrito entre las partes es válido en su integridad, por lo que la nulidad pretendida por la convocante carece de fundamento legal”*; *“En caso de considerar que TGI detenta posición de dominio en el mercado, no puede afirmarse que TGI abusó de la misma, pues el Contrato se celebró por solicitud de ISAGEN y atendiendo las necesidades de capacidad de ésta”*; *“En caso de considerar que existe posición de dominio contractual, no existe abuso de la misma por parte de TGI”*, y *“No es cierto que las cláusulas 5.3 de la Sección I y 23 de la Sección II del Contrato sean abusivas”*, propuestas por la parte convocada en sus contestaciones a las demandas de ISAGEN y EPM, y así se declarará en la parte resolutive del presente laudo.

3.2.3. La controversia sobre la revisión de los contratos celebrados por las partes.

En los apartes precedentes de este laudo el Tribunal ha expuesto las consideraciones fácticas y jurídicas por las cuales no han de prosperar las pretensiones principales de las demandas de las convocantes, ni sus pretensiones subsidiarias, habida cuenta de lo cual se pasa ahora a examinar la tercera y última serie de pretensiones, denominadas “*por defecto*”.

3.2.3.1. Síntesis de las posiciones de las partes.

En sus pretensiones “*por defecto*”, ISAGEN le pide al Tribunal: (i) se declare que se dan las condiciones para la revisión del contrato ESTF-025-2008, (ii) como consecuencia de la anterior declaración, el Tribunal proceda a restablecer el equilibrio del contrato, indicando la forma en que ello debe lograrse, y (iii) en caso que no fuere posible proceder como se pide en la petición Segunda por defecto, se ordene la terminación del contrato ESTF-025-2008 y se ordene la liquidación y las restituciones económicas que corresponda.

Similares pretensiones por defecto formuló EPM respecto del contrato ESTF-026-2008, celebrado con TGI.

Como fundamentos de dichas pretensiones, las convocantes argumentaron, en síntesis:

- Que las convocantes no tenían para el momento de contratar, la posibilidad de no firmar el respectivo contrato con TGI. Las convocantes no tenían alternativa distinta de contratar con TGI la capacidad en firme de transporte de gas natural en el trayecto mencionado, habida cuenta de que mediante la resolución CREG 071 de 2006 la Comisión de Regulación de Energía y Gas definió el esquema de Cargo por Confiabilidad, que vendría a reemplazar el Cargo por Capacidad establecido en la resolución CREG 116 de 1996. Dentro del nuevo esquema se

encontraba el requerimiento de que las plantas térmicas presentaran dos contratos en firme, uno de transporte y otro de suministro del combustible, con el fin de optar por la asignación del Cargo por Confiabilidad, es decir que para asegurar el Cargo por Confiabilidad era necesario tanto tener un contrato de suministro con un productor de gas, como uno de transporte con el único transportador de gas del interior, TGI. Dado este nuevo requerimiento, las convocantes se vieron abocadas a contratar transporte en firme con el fin de poder recibir la remuneración por concepto del Cargo por Confiabilidad de Termocentro, contratación que sólo se podía hacer con TGI por ser el único transportador de gas para las plantas de generación térmica a gas en el interior del país, desde el campo de producción de Ballena.

- Que la reglamentación de la industria del gas obliga a las empresas generadoras de energía termoeléctrica a gas natural a contratar independientemente el transporte y el suministro del combustible. Adicionalmente la misma regulación dificulta coordinar las fechas de inicio contractual del suministro y transporte con las obligaciones del Cargo por Confiabilidad del sector eléctrico, razón por la cual las convocantes contrataron primero el transporte de gas con TGI y posteriormente esperaban contratar el suministro con un productor de gas de la Guajira.
- De conformidad con lo preceptuado en el estatuto mercantil, aplicable a esta faceta de las operaciones de empresas de servicios públicos, cuando en un contrato de ejecución sucesiva, vigente, se presenten hechos sobrevinientes, extraordinarios, imprevistos o imprevisibles posteriores a la celebración del contrato, que agraven o alteren la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, se podrá pedir su revisión (artículo 868 del Código de Comercio), y ello está ocurriendo en el caso que se somete a consideración.

En sus alegatos de conclusión conjuntos, capítulo III, las convocantes reafirmaron y ampliaron los argumentos sobre cuya base edifican las referidas pretensiones, poniendo de presente, en esencia, lo que enseguida se resume:

- Sobre el verdadero objeto de estos contratos, afirman que: *“La prestación del Servicio de Transporte de Gas Natural en Firme por el Sistema”, que se previó en los Contratos motivo de este debate, tenía como objeto respaldar el cargo por confiabilidad, como lo hemos expuesto a lo largo de este documento. Ese propósito se frustró por las circunstancias sobrevinientes y ajenas a la voluntad de mis poderdantes. En esas condiciones, los pagos que se previeron dejaron de estar justificados, en la medida que ya no implica para las demandantes el acceso a un ingreso por Confiabilidad. Más allá, esa frustración implicó que EPM e Isagen debieran contratar con combustible líquido el respaldo lo que ha hecho que exista una doble erogación.”*. Se trata de contratos de ejecución sucesiva, pues de conformidad con lo señalado en ellos el transporte de gas se realizará de manera periódica y continuada, hasta el año 2020.⁹⁷
- Se presentaron circunstancias posteriores a la firma de los contratos, que han desbordado la voluntad de las partes contratantes y que ameritan que se acceda a las pretensiones de revisión de los contratos. En particular⁹⁸:
 - La información sobre expectativas de suministro futuro de gas desde la costa Atlántica, que sirvió de soporte para tomar la decisión de la contratación de transporte, provenía de fuentes oficiales como la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), Ministerio de Minas, Ecopetrol, UPME, Naturgas, pues estas instituciones son las que canalizan la información y perspectivas de producción y abastecimiento del sector gas. En el año 2008 las señales de todos los actores incluyendo los productores, los

⁹⁷ Alegatos de Conclusión conjuntos de las Convocantes. Cuaderno Principal No. 3 del 3847, Folio 92.

⁹⁸ *Ibíd*em, Folios 92 y siguientes.

transportadores y el gobierno, indicaban que el gas para la generación térmica, a partir del año 2012, provendría de Venezuela, de nuevas reservas en el Atlántico o del campo existente en la Guajira, y que se usaría el transporte desde Ballena para abastecer la mayor parte del parque térmico del interior del país.

- Tanto EPM como ISAGEN hicieron un concienzudo análisis de la situación en el que, en las distintas instancias de estudio y de decisión se hizo evidente que la razón por la cual se contrataría con TGI era la necesidad de acceder al Cargo por Confiabilidad, la no disposición de líquidos y la legítima y fundada expectativa de que llegaría suficiente gas.
- A pesar de la diligencia de EPM e ISAGEN en la búsqueda de suministro de gas, los sucesos que vinieron después de celebrados los contratos, que no dependieron de ninguna de las partes y que para todos ellos son irresistibles, impidieron que los contratos pudieran ser presentados a la Creg como respaldo para acceder al Cargo por Confiabilidad y, de contera han implicado que casi no se puedan usar para nada.

Al haber cambiado las condiciones de oferta de gas, que implicó que no se pudieron celebrar contratos de suministro de gas en firme, los contratos para trasportarlo perdieron su sentido. En esas condiciones, EPM e ISAGEN se han visto encerrados en unos contratos con una tarifa fija muy alta por un plazo extenso, sin obtener los beneficios que esperaban que era el Cargo por Confiabilidad. Es una situación muy onerosa.

Esa onerosidad no se mitiga por las circunstancias ocasionales en que una de las dos, EPM o Isagen logren condiciones de despacho y, coincidentalmente puedan usar momentáneamente, para ello, el contrato.

Esta situación se hace insostenible, nuevamente, dado que las condiciones de salida que TGI forzó en el contrato son leoninas. Si EPM e ISAGEN pudieran dar por terminado el contrato en condiciones que impliquen una indemnización equitativa a TGI, el equilibrio se lograría. Ahora, si eso no es de recibo para los señores Árbitros, lo que procede es que se ordene la liquidación, obviamente sin que se aplique la condición de terminación anticipada abusiva e ilegal.

- Como hechos sobrevinientes, imprevisibles o irresistibles, mencionan las convocantes los siguientes:
 - El gobierno nacional en 2011 expidió el decreto 2100 y cambió el orden de prioridad para el proceso de comercialización de los años 2012 y 2013, lo que ocasionó que los generadores no tuvieran prioridad para acceder a la oferta de gas de Guajira para el cargo por confiabilidad en esos años. Para los años 2014 y 2015 la situación fue igual, no había gas y los productores dieron prioridad a la demanda que ya tenía contratos en firme y que vencía en el 2013.
 - No hubo gas de Venezuela. El gas de importación desde Venezuela no ha logrado hacerse efectivo luego de varios intentos fallidos por poner en operación el flujo desde ese país, haciendo uso de la infraestructura que se utilizó para la exportación desde Colombia. La profunda crisis política y social de Venezuela ha ocasionado que las inversiones en infraestructura energética que requería este país no se desarrollaran en los tiempos previstos, razón por la cual las facilidades de producción y gasoductos que se requerían para traer el gas del Bloque de Gas Cardón IV a Colombia no se desarrollaran y no se cumpliera el contrato que se

tenía de entregas con ECOPETROL. Por el contrario dado la crisis energética de Venezuela y para disminuir los racionamientos de energía eléctrica que se originaron en dicho país, con la autorización que les dio el Decreto 2100 de 2011 para realizar exportaciones por fuera de las reglas de comercialización los productores nacionales negociaron, una ampliación del contrato de exportación a partir del 2012, aplazando las importaciones

- No se cumplieron las expectativas de gas que provendría de nuevos descubrimientos en el norte del país, ni los esquemas de comercialización y asignación de gas, ni las expectativas de operación de campos de operación. La condición de déficit de gas que se preveía desde 2014 de acuerdo con los balances de gas presentados por la CREG en el XIII Congreso Nacional y IV Internacional de Servicios Públicos, fue un hecho sobreviniente que modificaba la visión de expectativas futuras de suministro de gas, y la misma CREG la mostraba en sus presentaciones para apuntalar sus decisiones en torno a la normatividad del mercado de gas.
- Esas situaciones afectan el futuro cumplimiento del contrato, como lo demuestra el peritazgo económico de la perito Marcela Meléndez, que evidencia cómo cambió la situación financiera del negocio para ISAGEN y EPM habida cuenta de los eventos sobrevinientes relacionados con no haber podido conseguir contratos firmes de gas con los cuales pudiese respaldar sus ingresos de cargo por confiabilidad, y en su lugar han debido contratar combustible líquido y continuar pagando el contrato de transporte con TGI. En efecto, en dicho peritazgo se demuestra que el negocio inicial en el que entró Isagen a la firma del contrato ESTF-025-2008, era un negocio con una rentabilidad de 8.5% (Tasa interna de retorno), y debido al cambio de condiciones externas al contrato, a la falta

de contratos firmes de gas para respaldar el cargo por confiabilidad, el negocio cae a una rentabilidad del 0.9% (Tasa interna de retorno), y la pérdida frente al ingreso esperado originalmente es de 54.1 millones de dólares.

Para el caso de EPM, ha ocurrido algo semejante, el peritazgo económico de Marcela Meléndez, demuestra que el negocio inicial en el que entró EPM a la firma del contrato ESTF-026-2008, era un negocio con una rentabilidad de 9.5%(Tasa interna de retorno), y debido al cambio de condiciones externas al contrato, a la falta de contratos firmes de gas para respaldar el cargo por confiabilidad, el negocio cae a una rentabilidad del 1.3% (Tasa interna de retorno), y la pérdida frente al ingreso esperado originalmente es de 81.0 millones de dólares.

Esas situaciones resultan excesivamente onerosas para ISAGEN y EPM.

- El uso marginal que eventualmente ISAGEN y EPM en algún momento le han dado a los contratos, no es fundamento de que no hayan cambiado las condiciones, si se tiene en cuenta que esa utilización no sirve para el propósito por el que se contrató.

En 2014, cuando el Gobierno preveía la llega del fenómeno El Niño, a través de la resolución MME 90456 del 29 de abril de 2014⁹⁹, declaró racionamiento de gas y limitó las exportaciones de gas a Venezuela para dar prioridad de atención a la generación de electricidad en la coyuntura de sequía generalizada originada con dicho fenómeno.

Esta condición regulatoria, originó disponibilidad de gas en el campo Guajira para el consumo interno en los años 2014 a 2016. De esta forma EPM e ISAGEN de forma coyuntural pudieron acceder a contratos de gas

⁹⁹ Resolución MME 09 0456 de 2014. Proceso 3847, Cuaderno de Pruebas No 5, Folio 248.

Guajira para consumo en estos años de coyuntura por la sequía. Sin embargo, el uso fue marginal para generación de energía en el período mencionado, pero estos contratos (originados por la coyuntura de El Niño) no pudieron ser utilizados como respaldo para el Cargo por Confiabilidad que fue el objeto original del contrato de transporte de EPM e Isagen con TGI.

Al contestar las demandas de ISAGEN y EPM, TGI se opuso a la prosperidad de dichas pretensiones “*por defecto*”, argumentando, en síntesis, lo siguiente:

- No existe evidencia alguna de que en el presente caso se hayan configurado los requisitos establecidos en el artículo 868 del Código de Comercio para que proceda la revisión del Contrato por parte del Honorable Tribunal Arbitral
- Las circunstancias que llegasen a acontecer durante la ejecución contractual, que ISAGEN Y EPM estiman como causales de revisión, corresponderían a riesgos previsible y propios de la industria que ellas aceptaron al momento de celebrar los contratos y que en ningún caso se hallan en cabeza de TGI.
- Dichos riesgos previsible, en caso de que acaezcan, se hallan en cabeza de las convocantes, y de ninguna manera conducen a la revisión de los contratos ni mucho menos a su terminación. En todo caso, téngase en cuenta que la actividad de las termoeléctricas se encuentra sometida a los ciclos hidrológicos. Actualmente, ISAGEN y EPM están utilizando el tubo y se encuentra adquiriendo utilidades importantes al comercializar la energía proveniente de la combustión del gas.
- Subsidiariamente, en caso de llegarse a probar que sí existió una alteración de las condiciones que perturben la prestación del servicio a cargo de ISAGEN debe tenerse en cuenta que dichas circunstancias se dan con ocasión de cambios

regulatorios, por lo que sus efectos eventualmente desfavorables no pueden imputarse a TGI.

En sus alegatos de conclusión, TGI reafirmó y amplió los argumentos sobre cuya base se opuso a las referidas pretensiones “*por defecto*” de las convocantes.

3.2.3.2. La norma legal invocada y sus requisitos de aplicación.

El artículo 868 del Código de Comercio, invocado por las convocantes como base legal de sus pretensiones “*por defecto*”, dice así:

“Artículo 868. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”

La disposición legal transcrita consagró en el ordenamiento mercantil colombiano la denominada “*Teoría de la Imprevisión*”, que parte del supuesto de que los contratantes se obligan en consideración a las circunstancias existentes al tiempo del negocio (cláusula *rebus sic stantibus* - estando así, conservar la situación de las cosas), en forma tal que si estas varían, haciendo significativamente más difícil u

oneroso el cumplimiento de una de las partes, esta puede alegar tal cambio como razón exculpatoria de su incumplimiento.

La doctrina explica que las circunstancias existentes al tiempo del negocio jurídico (tales como el poder adquisitivo de una determinada moneda, el tipo de cambio de la moneda local respecto de otra divisa, la regulación vigente al tiempo del contrato, la situación política, económica y social del lugar imperantes al momento de la contratación, etc.), constituyen la “base del negocio jurídico”¹⁰⁰, vale decir, son todas aquellas circunstancias generales que los contratantes tuvieron en cuenta para plasmar el acuerdo de voluntades, sin las cuales no se cumpliría la finalidad ni la expectativa prevista por las partes en el desarrollo del contrato. Si en la base del negocio jurídico se produjera una alteración significativa e imprevista, que no hubiera sido considerada en el contrato, no sería de buena fe someter a la parte perjudicada, al cumplimiento de algo que se pactó bajo circunstancias totalmente distintas.

A términos de la precitada norma legal, para que tenga lugar su aplicación es preciso acreditar los requisitos concurrentes allí establecidos, a saber: (i) que el contrato sea de ejecución sucesiva, periódica o diferida, pues la imprevisión no se aplica a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea, y (ii) que luego de celebrado el contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, sobrevengan circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles al tiempo de contratar, que tengan como efecto alterar o agravar la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa al punto de romper injustificadamente el equilibrio del contrato.

Un sector de la doctrina nacional ahonda en la desagregación de los requisitos de aplicación de la norma en comento, así:

¹⁰⁰ Larenz, Karl, Derecho de obligaciones, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, T. I, p. 314.

“Del artículo 868 y de la jurisprudencia y doctrina en torno al tema se desprende que para aplicar en Colombia la teoría de la imprevisión es necesario acreditar por lo menos diez requisitos: 1) que se altere el equilibrio entre las prestaciones de las partes, 2) que la alteración sea tan grave que para una de ellas resulta excesivamente oneroso cumplir, 3) que la alteración sea producida por circunstancias ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, 4) que las circunstancias sean extraordinarias, 5) que las circunstancias sean imprevisibles, 6) que las circunstancias no sean parte del riesgo que el afectado acordó asumir, 7) que las circunstancias no sean producidas por negligencia del afectado, 8) que el contrato no sea de ejecución inmediata sino de ejecución sucesiva, periódica o diferida, 9) que el contrato no sea aleatorio, 10) que la prestación cuya revisión se solicita esté pendiente de cumplir.”¹⁰¹

En el ámbito jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia, en conocida sentencia del 21 de febrero de 2012, citada por las partes en este caso, expuso el tratamiento de la institución de la imprevisión en perspectiva histórica y de derecho comparado, mencionando, entre otros referentes, los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales -*Principles of International Commercial Contracts* (PICC)- de UNIDROIT, cuyo Estatuto Orgánico hecho en Roma el 15 de marzo de 1940 se incorporó a la legislación patria por Ley 32 de 1992 (D.O. 40.705, 31 de diciembre de 1992, exequible según sentencia C-048 de 1994), y señalando al respecto que:

“Los Principios, acentúan la permanencia y deber de cumplir el contrato, así llegue "a ser más oneroso para una de las partes" (art. 6.2.1, versión 2010). Definen la excesiva onerosidad como la alteración fundamental del equilibrio del contrato "por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque

¹⁰¹ Caro Nieto, Juan, La Teoría de la Imprevisión. Capítulo IV del libro Derecho de las Obligaciones – con propuestas de modernización, coordinadora Marcela Castro de Cifuentes, segunda edición, Universidad de los Andes y Temis, Bogotá, 2016, p. 138.

*el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja" (art. 6.2.3). En sus efectos, prevén el derecho de la parte afectada a reclamar su renegociación "sin demora injustificada", pero no la facultan "para suspender el cumplimiento", y de no obtenerse acuerdo en "tiempo prudencial", cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal, quien podrá "siempre que lo considere razonable", resolver o "adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio" (art. 6.2.3)."*¹⁰²

Además, en la precitada sentencia, la Corte Suprema de Justicia trazó pautas para acotar el contenido y alcance de los requisitos de aplicación del artículo 868 del estatuto mercantil, respecto de contratos válidos y existentes, de las cuales el Tribunal trae aquí, por su relevancia para la decisión del caso *sub examine*, los apartes centrales de las consideraciones de la Corte sobre: (i) las circunstancias sobrevinientes, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles al tiempo de contratar, ajenas al contratante que invoca la imprevisión, (ii) los riesgos asumidos por los contratantes al celebrar el negocio jurídico, y (iii) la excesiva onerosidad, así:

- Sobre las circunstancias sobrevinientes, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles al tiempo de contratar, ajenas al contratante que invoca la imprevisión, dijo el Alto Tribunal lo siguiente¹⁰³:

"Dentro de los requisitos, está la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la

¹⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de febrero de 2012, Magistrado Ponente William Namén Vargas. Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01, p. 25.

¹⁰³ *Ibídem*, p. 35 y s.s.

celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobreviniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción (p.ej., art. 6.2.2, “(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;” Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son “posteriores a la celebración de un contrato”.

En afán de precisión, la ignorancia de circunstancias preexistentes al tiempo del contrato, no legitima la imprevisión, y podrá originarse en quebranto del deber de información, lealtad, probidad, corrección, buena fe, las cargas de sagacidad, previsión o, configurar una hipótesis de error provocado o espontáneo, cuyo tratamiento es diferente a la imprevisión. En idéntico sentido, el desequilibrio prestacional congénito inicial, encuentra solución en otras figuras, verbi gratia, la rescisión o reducción del exceso a causa de una manifiesta desproporción e iniquidad prestacional o económica por estado de necesidad o de peligro (arts. 1550, 1551 y 1844 y ss. C. Co.), esto es, aprovechamiento por una parte de la conocida condición de debilidad, inferioridad, apremio o necesidad de la otra para obtener una ventaja excesiva e indebida, valorada por el juzgador y traducida en un acto desequilibrado o inicuo que, a diferencia de la fuerza, estricto sensu no comporta per se intimidación singular de una persona determinada sobre otra para obligarla a contratar (arts. 1514 y 1025 [4] C. C; 1.º, 2.º y 9.º, Ley 201 de 1959), la inherente a la lesión enorme (laesio enormes) en los contratos taxativamente enunciados por el legislador dándose la afectación tarifada o, en aquéllos cuyo desequilibrio es inferior o no están previstos, y en los restantes, según la disciplina general, la buena fe, la equidad y justicia contractual.

A contrariedad, la revisión del contrato ex artículo 868 del Código de Comercio, es el medio dispensado por el legislador al desequilibrio económico adquirido o lesión sobrevenida (laesio superveniens) por circunstancias posteriores, distantia temporis después de su celebración, durante su ejecución y antes de su terminación (qui habent tractum successivum). Bien se advierte del factum normativo, que la revisión versa sobre “la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”, esto es, no cumplida ni extinguida. La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles. Menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado. Distinto es que, para establecer la onerosidad de la prestación de futuro cumplimiento, deba valorarse completo, pleno e íntegro el contrato y en su conjunto prestacional, tanto cuanto más que, lo excesivo o el desequilibrio prestacional no deriva de una prestación aislada, sino del complejo tejido contractual, según la prudente, juiciosa o razonable ponderación por el juzgador del marco fáctico de circunstancias concreto y los elementos de convicción, atendiendo la equidad y justicia. La revisión por imprevisión, es inadmisibile si la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. Aún, satisfecha con reserva o protesta, al extinguirse definitivamente, clara es su improcedencia, por versar sobre la prestación cuyo cumplimiento posterior sobreviene oneroso en exceso, y predicarse de la relación vigente ad futurum. Empero, por cuanto la imprevisión supone tanto el vigor del contrato como de la prestación de cumplimiento futuro, y no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación, ni encarna elemento extraño o causa de imposibilidad obligatoria, en oportunidades, la revisión para corregir el desequilibrio, o en su caso, terminar el contrato, se frustra ante el cumplimiento o la terminación del contrato, en tanto obligada la parte a cumplir, el cumplimiento extingue la prestación, y extinguida por sustracción de materia, resulta entonces impertinente la revisión bajo la regla consagrada

en el artículo 868 del Código de Comercio, juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual.”

- Sobre los riesgos asumidos por los contratantes al celebrar el negocio jurídico, la Corte señaló¹⁰⁴:

“En singular, la economía del contrato, y los riesgos integrantes, son susceptibles de previsión, asunción, distribución, dosificación y negociación por las partes, llamadas en cuanto tales a su evaluación, asignación, reparto, dosificación, agravación y asunción dentro de los dictados de la buena fe, la simetría prestacional, función práctica o económica social del contrato, designio, conveniencia e interés y la justicia contractual. Ciertos riesgos están atribuidos por la ley conforme al tipo de contrato, a su estructura y disciplina normativa. Otros, son negociados en particular por las partes, quienes como titulares del interés dispositivo, no siendo contra la ley, el orden público, las buenas costumbres, el equilibrio prestacional, la buena fe y la justicia, pueden modificar para atenuar o agravar el régimen de la responsabilidad ordinaria, y en consecuencia, podrán descartar unos o asumir otros adicionales, en cuyo caso, soportan sus efectos y no pueden desconocerlos. En la negociación de los riesgos, ostenta relevancia mayúscula la buena fe y el deber de informar toda razonable circunstancia verosímil, cognoscible e influyente en la estructura económica del contrato, los riesgos normales, dosificados, distribuidos o asumidos, por cuya omisión la parte afectada no debe soportar sus efectos que se radican plenos en quien debía suministrarla

¹⁰⁴ *Ibíd*em, p. 40 y 41.

clara, completa, veraz y oportuna. Exactamente, el suceso determinante de la alteración ha de ser ajeno a la esfera o círculo de la parte afectada, y del riesgo asumido por la ley o el contrato. Los riesgos del contrato confluyen a integrar el equilibrio prestacional, lo conforman y excluyen la extraneidad para efectos de la imprevisión. Por supuesto, ausente disposición legal o comercial, ningún contratante debe soportar aleas anormales y ajenas al contrato, salvo las asumidas sensatamente en armonía con el tipo contractual y su disciplina legal, o las imputables.”

- Sobre la excesiva onerosidad, indicó la Corte¹⁰⁵:

“Es indispensable un desequilibrio prestacional cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme o significativo, y no cualquiera, a punto de generar excesiva onerosidad transitoria o permanente de la prestación futura, una desproporción grande con su incremento desmesurado o sensible disminución de la contraprestación, ya una pérdida patrimonial, por reducción del activo, ora de la utilidad esperada, bien por aumento del pasivo, suscitada por los acontecimientos sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles, con los cuales debe tener una relación indisociable de causa a efecto. Ninguna definición o medida brinda la norma en torno al desequilibrio ni la excesiva onerosidad. Algunas doctrinas remiten a la ruptura de la base subjetiva u objetiva del negocio, la frustración del fin o finalidad. Otras, a la variación de la base económica estrictamente objetiva, al valor cuantitativo, cualitativo e intrínseco de la prestación, o la ruptura patrimonial primaria u originaria cotejada con la del cumplimiento. Empero, la simetría atañe no una prestación singular, sino al contrato in complexu, en su unidad compacta, in toto e integral, desde su celebración hasta su terminación, y deviene de su visión retrospectiva y prospectiva. Estricto sensu, no se mide sobre la simple diferencia del valor inicial y posterior de una prestación. Por el contrario, concierne a todo el contrato y conecta a su estructura económica y riesgos.

¹⁰⁵ *Ibíd*em, p. 42 y s.s.

A no dudarlo, los riesgos y aleas componen la simetría de las prestaciones, e influyen en la determinación concreta del desequilibrio. Así, integran el equilibrio económico, las aleas normales, y los riesgos que por ley, uso, costumbre, equidad o estipulación pertenecen al contrato y deben soportarse por la parte respectiva, a quien no es dado invocar excesiva onerosidad. Contrario sensu, aleas anormales no asumidas, suelen tornar excesivamente onerosa la prestación.

Determinar la alteración, su magnitud y la excesiva onerosidad, está confiada a la razonable, prudente o ponderada apreciación del marco de circunstancias concreto por el juzgador en su discreta autonomía axiológica de los elementos probatorios y el contrato en su conjunto prestacional e integridad. Predícase, de toda la relación contractual, no de una prestación y es ajena a la suficiencia o insuficiencia patrimonial, solvencia, liquidez o penuria de las partes, en particular de la afectada, para el cumplimiento espontáneo o forzado, al cual está atada con su patrimonio presente y futuro, salvo el exceptuado. A este respecto, la revisión por imprevisión, procura corregir el excesivo desequilibrio ulterior, manifiesto u ostensible, evitar o conjurar los estragos a la parte obligada con los beneficios correlativos inequitativos de la otra, aspectos diversos a la capacidad económica de los contratantes. La imprevisión tampoco envuelve una imposibilidad obligatoria sobrevenida, absoluta, total, definitiva u objetiva, causa extintiva o exoneración del cumplimiento, las más de las veces ni siquiera una dificultad, pues la prestación es susceptible de cumplir, el afectado podrá tener la suficiencia patrimonial para hacerlo, y la revisión procura evitar o corregir una situación injusta, inequitativa y contraria a la justicia contractual.

Por lo común, las partes están llamadas a prevenir, evitar y corregir el desequilibrio prestacional. En efecto, la autonomía privada dispositiva o libertad contractual, estructural e indisociable de la democracia, el "Estado Social de Derecho" y principio rector de la contratación (Preámbulo, arts. 2º,13,14,16, 28, 58, 59 a 66, 78, 82, 94,150 [19] y [23], 332, 333, 334, 335,

373, Constitución Política; cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01) faculta a las partes para "disciplinar el contenido del negocio jurídico, conforme a sus necesidades, conveniencia, designios, intereses disponibles, orden público, buenas costumbres, función práctica económica o social útil, relatividad de los derechos, paridad, buena fe, lealtad y corrección exigibles" (cas. civ. sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01).

De consiguiente, frente a la alteración del equilibrio prestacional, las partes podrán prever su reforma estipulando cláusulas de adaptación automática, inmediata y sin intervención judicial por la eventual ocurrencia de las circunstancias (condición), posibilidad que no excluye la revisión judicial cuando el reajuste acordado no cubre la dimensión de la ruptura o existan divergencias respecto de su origen, contenido, extensión o eficacia, o también pactar las de salvaguardia o renegociación (hardship, major economic dislocation, imprevisión, etc.), usuales o de uso común en los contratos de larga duración, donde a diferencia de aquéllas no determinan la magnitud de la asimetría prestacional ulterior ni su reajuste, obligándose en ciertas condiciones a renegociarla, y de fracasar, acudir a un amigable componedor para adaptarlo ex aequo et bono o resiliarlo convencionalmente en representación común, o a un árbitro, o al juez ordinario, o en su caso, mantiene su vigor o podrá terminarse unilateralmente."

Bajo el marco legal, jurisprudencial y doctrinal esbozado en precedencia, pasa enseguida el Tribunal a examinar el caso concreto sometido a su decisión.

3.2.3.3. Hechos relevantes probados y consideraciones del Tribunal sobre esta controversia.

Delanteramente observa el Tribunal, en línea con lo ya señalado atrás al analizar la naturaleza de los contratos de transporte de gas natural en firme ESTF-025-2008 y ESTF-026-2008 debatidos en este trámite, y su validez, que estos son existentes y

válidos, de ejecución sucesiva, y no son aleatorios, así como que las prestaciones económicas cuya revisión solicitan las convocantes, esto es, el pago por parte de los remitentes al transportador del valor del cargo fijo pactado, en las oportunidades acordadas para ello en dichos contratos, se ha de cumplir hasta la finalización del plazo convenido que expira el día 31 de diciembre del año 2020.

En este proceso se probó también que desde la celebración de los referidos contratos de transporte de gas natural en firme, ISAGEN y EPM le han venido pagando a TGI el valor del cargo fijo pactado en cada caso, y, por otro lado, aquéllas no han podido contratar el suministro en firme de gas natural que esperaban lograr para asegurar la obtención del cargo por confiabilidad para sus plantas termoeléctricas, por lo que para este efecto no han podido emplear los contratos de transporte de gas natural en firme suscritos con TGI, y se vieron en la necesidad de celebrar otros contratos de suministro en firme de combustible líquido con terceros proveedores del mismo, lo que les generó una doble erogación. Y de persistir esta situación, ISAGEN y EPM se verían abocadas a continuar pagando a TGI el valor del cargo fijo pactado, hasta la expiración del plazo de duración de los contratos (31 de diciembre del año 2020), sin poder transportar gas por el gasoducto de TGI, y asumir al mismo tiempo los costos asociados con el suministro en firme de combustible líquido, para seguir accediendo a los recursos del cargo por confiabilidad.

Al respecto, de cara a las posiciones y los argumentos de las partes reseñados en el apartado precedente, el Tribunal ha de dilucidar si la circunstancia ocurrida con posterioridad a la celebración de los contratos de transporte de gas natural en firme que se debaten, consistente en la no contratación por parte de ISAGEN y EPM del suministro de gas natural en firme, por escasez de gas natural, debe catalogarse como extraordinaria, imprevista o imprevisible, que alteró o agravó la prestación de futuro cumplimiento a cargo de aquéllas, de pagar al transportador TGI el valor del cargo fijo pactado, en las oportunidades acordadas para el efecto, en grado tal que les resulte excesivamente onerosa, o si forma parte del riesgo normal que dichas

entidades remitentes asumieron al celebrar los contratos de transporte de gas natural en firme, siendo previsible para ellas al tiempo de contratar.

Sobre el particular, el Tribunal observa para comenzar que todo contrato conlleva riesgos diversos para las partes -según su naturaleza, características, objeto y prestaciones debidas por cada una de ellas-, que ellas deben identificar, evaluar y gestionar, como parte de sus cargas de prudencia, diligencia, sagacidad y previsión al contratar, particularmente si se trata de profesionales expertos en la materia sobre la cual versa el contrato, que por su conocimiento y experiencia en el respectivo campo están en posición de atender dichas cargas adecuadamente, como es el caso de las partes de este trámite. De ordinario, los riesgos inherentes al contrato se distribuyen entre las partes al tiempo de la celebración del negocio jurídico, ya sea por asignación de la ley o por acuerdo de los contratantes, y, en esa medida, el contrato es un instrumento de distribución de riesgos.

En los contratos de larga duración en los que alguna(s) de las partes, o todas, depende(n) de terceros proveedores para conseguir bienes o servicios que han de ser destinados a la ejecución del contrato, va envuelto, entre otros, el riesgo de suministro por escasez, consistente en la posibilidad de no conseguirlos oportunamente, en todo o en parte, como consecuencia de su escasez.

El riesgo de suministro por escasez de un determinado bien o servicio puede ser identificado y dimensionado por la(s) parte(s) interesada(s) antes de celebrar el contrato de larga duración, de acuerdo con la información disponible al respecto, y puede mitigarse acudiendo a proveedores alternativos que ofrezcan bienes o servicios iguales o funcionalmente equivalentes a los que no se pueden obtener del proveedor tradicional, siempre que ello sea factible.

Así mismo, los contratos de larga duración aparejan el riesgo regulatorio, consistente en la posibilidad de que durante su ejecución las autoridades competentes en ejercicio de sus funciones modifiquen las reglas vigentes al tiempo

de celebrarlos, lo cual, de ocurrir, puede incidir en la ejecución del contrato y afectar su equilibrio. El riesgo regulatorio y el riesgo de suministro se intersectan cuando la escasez del bien o servicio requerido es ocasionada o agravada por un cambio en la regulación aplicable a la producción, distribución, comercialización o transporte del mismo, acaecido con posterioridad a la celebración del contrato.

En Colombia las actividades de producción, comercialización, distribución y transporte de gas natural, se encuentran reguladas por el Estado, mediante la ley 142 de 1994, los decretos expedidos por el Gobierno Nacional y las regulaciones pertinentes expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, entidad que en los incisos primero y segundo del artículo 5º de 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*”, dispuso lo siguiente:

*“Artículo 5. **SEPARACIÓN DE ACTIVIDADES.** Con el fin de garantizar el acceso abierto al sistema nacional de transporte de gas natural, **el transporte de gas natural es independiente de las actividades de producción, comercialización y distribución del gas natural.** En consecuencia, los contratos de transporte y las tarifas, cargos o precios asociados, se suscribirán independientemente de las condiciones de las de compra o distribución y de su valoración.*

El transportador de gas natural no podrá realizar de manera directa, actividades de producción, comercialización, o distribución, ni tener interés económico en empresas que tengan por objeto la realización de esas actividades. Podrá, no obstante, adquirir el gas natural que requiera para su propio consumo, para compensar pérdidas o para mantener el balance del sistema de transporte, si ello se hace necesario. Las empresas cuyo objeto sea el de vender, comercializar o distribuir gas natural, no

podrán ser transportadoras ni tener interés económico en una empresa de transporte del mismo producto. El interés económico se entiende en los términos establecidos en el artículo 6o. de esta resolución. El transportador tampoco podrá tener interés económico en empresas de generación eléctrica.” (se resalta y subraya)

Con arreglo a las reglas recién transcritas, vigentes al tiempo de la celebración de los contratos que son materia de este trámite arbitral, a TGI le estaba vedado realizar de manera directa el suministro de gas natural, y tener interés económico en empresas que tuvieran por objeto la realización de esta actividad, y, por ende, ISAGEN y EPM, en tanto de cara a la regulación de energía eléctrica sobre cargo por confiabilidad (Resolución CREG 071 de 2006) decidieron en su momento optar por la asignación de los recursos de dicho cargo a sus respectivas plantas termoeléctricas, sobre la base de usar gas natural como combustible para su operación, en vez de usar combustibles líquidos, que era la otra opción posible dado el carácter dual de sus plantas termoeléctricas que podían operar con uno u otro tipo de combustible, necesariamente tenían que contratar el suministro del gas natural en firme con un tercero proveedor distinto de TGI.

En cuanto a la asignación del riesgo de suministro del gas natural, desde la perspectiva del contrato de transporte de gas en firme, la perito Marcela Gómez Clark dijo lo siguiente en su dictamen:

“Es importante tener en cuenta que el riesgo de suministro de gas, bajo la regulación, no es atribuible a TGI en la medida en que se prohíbe por regulación, la integración. En efecto, la Resolución CREG 057 de 1996 estableció la separación del transporte de gas natural de las actividades de producción, comercialización y distribución. Dado que TGI no puede tener control sobre la oferta o suministro de gas, no es un riesgo que pueda controlar y que por lo tanto pueda serle asignado.”¹⁰⁶

¹⁰⁶ Cuaderno de Pruebas No. 7 del 3847, Folio 36.

Y en su declaración ante el Tribunal manifestó la perito Gómez Clark:

“Desde el punto de vista financiero es importante revisar y analizar a quién le corresponden los riesgos a los cuales se enfrenta en un negocio cuando se va suscribir, en el caso particular de Isagen, EPM y TGI el riesgo de siniestro de gas y el riesgo de precio del gas no estaba en cabeza de TGI, puesto que la regulación como lo dice mi dictamen, prohíbe la integración de transporte de gas con suministro de gas. A TGI, le queda imposible asumir en riesgo que no está en capacidad de controlar.

*El hecho de que por las eventualidades que sucedieron Isagen y EPM no hayan podido conseguir gas en las condiciones que lo esperaban no puede ser un riesgo atribuible a TGI. Es un riesgo que estaba en cabeza de las térmicas, tanto de EPM como de Isagen y una de las maneras que tenían a su alcance para no asumir ese riesgo era justamente, no generar con gas sino con líquidos. O la otra posibilidad que les ofrece la regulación es poder ofrecer el contrato de transporte que tienen ya suscrito en el mercado secundario.”*¹⁰⁷

Habida cuenta de lo anterior, y dado además que, como consecuencia natural de la regulación que establece la separación del transporte del gas natural respecto de las actividades de producción, comercialización y distribución del mismo, TGI como transportador de gas natural no podía asumir y gestionar el riesgo de suministro de ese combustible, el Tribunal concluye que, en virtud de esa regulación, dicho riesgo quedó radicado desde un comienzo en cabeza de las entidades remitentes, ISAGEN y EPM, quienes por lo tanto debían dimensionarlo y gestionarlo como profesionales y expertos en la actividad de generación de energía eléctrica mediante la operación

¹⁰⁷ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 359.

de plantas termoeléctricas, y, llegado el caso, asumir las consecuencias de su ocurrencia.

En adición a lo anterior, advierte el Tribunal que en el considerando 2.7 de los contratos que nos ocupan las partes contratantes estipularon lo siguiente:

“2.7. Que el REMITENTE ha celebrado o celebrará los acuerdos necesarios para adquirir los volúmenes de gas cuyo servicio está contratando.”

Esta estipulación evidencia que ISAGEN y EPM tenían la carga de conseguir el gas natural para transportarlo por el gasoducto de TGI cuando así hubieran de hacerlo las remitentes, asumiendo ellas contractualmente el correlativo riesgo de suministro, teniendo en cuenta que la generación de energía eléctrica con plantas termoeléctricas como las de las convocantes (Termocentro y Termosierra) es de respaldo, es decir únicamente se utiliza en situaciones críticas de hidrología, por lo cual es normal que en la utilización de los contratos de transporte de gas en firme haya largos períodos de tiempo sin nominaciones, los cuales corresponderán a periodos en que se está generando con hidroeléctricas y no con las termoeléctricas, como lo explicó la testigo Sonia Rocío Sanabria Morales, así¹⁰⁸:

“SRA. SANABRIA: Sí, las plantas térmicas como tal tienen periodos en los cuales generan, son despachadas como tal para generar y hay momentos en que no, cuando hay y lo que estoy viendo acá, cuando hay hidrología alta, las térmicas, sobre todo estas del interior del país, no salían despachadas, entonces pueden haber periodos de tiempo prolongados en donde simplemente no utilicen el contrato, pero en este caso en particular que fue época de

¹⁰⁸ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 86.

escasez de agua y entonces salían despachadas y por eso veo, sobre todo en Isagen, bastante generación, bastante uso para la planta como tal casi todo el tiempo y un volumen importante.”

Añade a lo anterior el Tribunal, que la asignación regulatoria y contractual del riesgo de suministro del gas natural a las entidades remitentes, ISAGEN y EPM, se dio con independencia de que para estas la celebración con TGI de los referidos contratos de transporte de gas en firme tuviera como finalidad última respaldar el acceso a los recursos del cargo por confiabilidad de sus respectivas plantas termoeléctricas, pues, de un lado, esta consideración corresponde a un ámbito de actividad de las entidades remitentes diferente del que constituye el objeto de los contratos debatidos, como es el de generación de energía eléctrica, que a su vez está sujeta a una regulación especial que si bien es expedida por la misma autoridad reguladora (la CREG),¹⁰⁹ es distinta de la regulación del transporte del gas natural, y, de otro lado, el acceso de las entidades remitentes a los recursos del cargo por confiabilidad -que en efecto se dio según lo evidenció la prueba pericial practicada-, no se pactó como condición para el perfeccionamiento, la ejecución o la vigencia de los contratos de transporte de gas natural en firme debatidos en este proceso, al paso que el pago del cargo fijo a TGI tiene como contraprestación la disponibilidad del servicio de transporte de gas por parte de esta, en los términos convenidos por las partes.

Ahora bien, las convocantes manifestaron que contrataron primero el transporte de gas en firme con TGI y posteriormente esperaban contratar el suministro de gas natural en firme con un productor de gas de la Guajira, lo cual de suyo implica que cuando aquéllas celebraron con TGI los contratos de transporte de gas en firme aquí debatidos, sabían que no tenían asegurado el suministro en firme del combustible durante toda la vigencia de dichos contratos, y, por ende, sabían que estaban expuestas a la contingencia de no poder conseguir el suministro de gas en

¹⁰⁹ Dictamen de la perito Marcela Gómez Clark. Cuaderno de Pruebas No. 7, Folio 32 y 33, Tabla 15.

firme, que fue lo que a la postre ocurrió y que en modo alguno es imputable al transportador TGI.

Ahondando en este aspecto, por lo que respecta a EPM, en el proceso se estableció que para el momento de celebración del contrato ESTF-026-2008, dicha entidad tenía un contrato de suministro de gas natural con ECOPETROL, con vigencia hasta el 30 de noviembre de 2012, y sabía del riesgo de suministro al que quedaría expuesta una vez terminara este contrato, riesgo que evaluó en la etapa precontractual surtida frente a TGI, y a sabiendas del mismo suscribió con esta el citado contrato de transporte de gas en firme, para cumplir uno de los requisitos de acceso a los recursos del cargo por confiabilidad, como lo evidencian los siguientes apartes de la declaración del testigo Ever de Jesús Maya Sánchez¹¹⁰:

“DR. MONTEALEGRE: Aunque el testigo ha hecho mención al análisis de riesgo que EPM tiene como política, la pregunta puede ser pertinente para ver si a continuación de ese comunicado, de ese correo electrónico, EPM hizo algún análisis de riesgo adicional o distinto al que había hecho previamente, está bien?”

Doctor Maya la pregunta usted ha hecho mención en respuesta anterior a los análisis de riesgo que hace EPM de manera general, la pregunta concreta en esta oportunidad es si después de recibir la comunicación que le acaba de poner de presente la señora apoderada de TGI, EPM realizó alguna evaluación de riesgo o no, después de recibir era comunicación?”

SR. MAYA: Sí, la evaluación se hizo y la conclusión era que teníamos dos caminos o firmábamos ese contrato y teníamos ingresos de cargo o no lo firmábamos y había que cerrar la planta, era así de sencillo.

¹¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 31.

DR. MONTEALEGRE: Es decir en la evaluación que hace EPM enfrentada a esa disyuntiva que usted ha planteado era preferible para EPM optar por la suscripción del contrato?

SR. MAYA: Era preferible y seguir buscando entonces lo que faltaba que era el suministro para poder acceder al cargo por confiabilidad, no teníamos en ese momento otra alternativa.

DRA. MONROY: El suministro de qué?

SR. MAYA: De gas.

DRA. MONROY: O sea, en ese punto estaban todavía buscando suministro de gas?

SR. MAYA: En ese momento no teníamos contrato sino hasta el 30 de noviembre/12, a partir del 30 de noviembre/12 se nos vencía el contrato de suministro y había que buscarlo.

DRA. MONROY: De qué fecha me recuerda?

SR. MAYA: El contrato de suministro de gas terminaba el 30 de noviembre/12.

DRA. MONROY: Pero lo tenían al momento de firmar el contrato con TGI?

SR. MAYA: *Exacto, nosotros construimos la planta, firmamos un contrato con Ecopetrol y vencía el 30 de noviembre/12, a partir de esa fecha no teníamos ni transporte ni suministro, con esta firma de este contrato accedíamos a transporte a partir del 30 de noviembre/12, de ahí en adelante, pero faltaría completarlo con suministro para tener la pareja.*” (se resalta y subraya)

Por lo que hace a ISAGEN, se acreditó que esta entidad sabía que estaba expuesta al riesgo de suministro del gas natural, antes de la celebración del contrato ESTF-025-2008. Así lo evidencia el siguiente aparte del correo electrónico de fecha 15 de agosto de 2008, de ISAGEN (John Fredy Mejía Barrada), a TGI (Sonia Rocío Sanabria Morales), con el asunto: “*Contrato de transporte Ballena - Barrancabermeja*”¹¹¹, en el cual ISAGEN formuló varias observaciones a la minuta de contrato que le fue remitida por TGI, manifestando, entre otras cosas, lo siguiente:

*“Los remitentes están asumiendo el riesgo del suministro de gas que será objeto de transporte, dado que los esquemas regulatorios (proceso competitivo- CREG 070 de 2006) no ofrecen garantías a los remitentes en relación con el éxito de obtener el gas firme desde cualquier fuente de producción del país.”*¹¹²

¹¹¹ Cuaderno de Pruebas No. 6 del 3847, Folio 142 (CD pruebas documentales Contestación de la Demanda. Pruebas. Documentales. Antecedentes. Documento 6. TGI envía Aclaraciones a comentarios al Contrato de Transporte Ballena – Barrancabermeja (21-Ago-08).

¹¹² Cuaderno de Pruebas No. 6 del 3847, Folio 142 (CD pruebas documentales Contestación de la Demanda. Pruebas. Documentales. Antecedentes. Documento 6. TGI envía Aclaraciones a comentarios al Contrato de Transporte Ballena – Barrancabermeja (21-Ago-08).

De otra parte, al proceso se trajeron otros elementos probatorios que evidencian que con anterioridad a la fecha de suscripción de los contratos de transporte de gas natural en firme debatidos (1º de octubre de 2008), existían diversos elementos de juicio indicativos de una posible escasez de gas natural, que en consecuencia no era imprevisible para ISAGEN y EPM al tiempo de contratar con TGI, en particular:

- Milita en el plenario copia del documento interno de la Gerencia de Comercialización de ISAGEN, que fue aportado por el testigo John Fredy Mejía Barrada, titulado “*PANORAMA SOBRE EL ABASTECIMIENTO ENERGÉTICO GAS NATURAL*”¹¹³, fechado en septiembre del año 2007, cuyo contenido es indicativo de que antes de contratar con TGI el transporte de gas natural en firme, ISAGEN sabía de la posible escasez de gas natural con posterioridad al año 2010, y aun así decidió respaldar su acceso al cargo por confiabilidad con ese combustible, asumiendo el riesgo de suministro de gas natural en firme. Al respecto se traen los siguientes apartes del citado documento:

“Actualmente los generadores térmicos no tienen posibilidad para asegurar el suministro en firme para las plantas térmicas del sistema debido a que en el mediano plazo hay mucha incertidumbre en relación con el abastecimiento de gas natural para la demanda en el largo plazo. Esta situación es complicada debido a que la mayoría de las plantas se les vencen los contratos de suministro en un periodo de tiempo menor a 7 años.”¹¹⁴ (Se resalta y subraya)

Dicho documento incluye así mismo un balance físico y comercial del mercado de gas natural en el que, entre otras cosas, se indica:

¹¹³ Cuaderno de Pruebas No. 7 del 3847, Folio 331 y s.s. (Documento contenido en el sobre que el Tribunal determinó como Documentos Confidenciales).

¹¹⁴ *Ibídem*, p. 5.

- Balance físico:

*“De estos balances es posible concluir que con la iniciación de exportaciones el próximo año, las posibilidades de sustitución de combustibles líquidos previsto por el operador de mercado eléctrico XM y con los incrementos previstos en capacidad de producción actual, tanto en campos en producción como en nuevos campos, desde el punto de vista físico, **la disponibilidad de gas natural es suficiente para atender las necesidades de la demanda de todos los sectores hasta el año 2010.**”¹¹⁵*

(...)

- “Balance comercial:

Desde el punto de vista comercial (contratos que tienen pactados servicios de suministro en firme), la capacidad de producción de los campos existentes sólo es suficiente para respaldar los contratos vigentes, situación que ha generado incertidumbre en relación con el respaldo físico para el suministro destinado a las nuevas demandas que requieren firmeza. Lo anterior se puede explicar por dos situaciones provenientes de ambos lados del mercado: i) por parte de la oferta: se ha venido registrando una declinación de la producción del campo de la Guajira que respalda cerca del 70% del suministro contratado en firme y, con excepción del gas de Cusiana, no se ha incorporado nueva oferta en los últimos años. ii) Por parte de la demanda: el crecimiento del consumo ha sido sostenido y significativo, en particular el consumo de los sectores industrial y vehicular (GNV).

(...)

¹¹⁵ *Ibíd*em, p. 10.

De otra parte a partir del contrato de interconexión de gas entre Colombia y Venezuela, Colombia adquirió obligaciones que incluyen la exportación de gas hacia Venezuela durante los primeros cuatro años (contados a partir del 1 de enero de 2008) y, posteriormente, la importación desde Venezuela por los 16 años restantes del contrato, garantizando de esta forma la disponibilidad de una nueva fuente de suministro para el mercado nacional a largo plazo. (...) **solo a partir del año 2012 se podrá contar, eventualmente, con la oferta de gas proveniente del vecino país.**

Hasta tanto no se introduzca al mercado el gas proveniente de nuevos campos, proyectos de expansión o de importaciones, o se sustituyan algunos usos del gas como en el sector termoeléctrico, la situación contractual en los siguientes cuatro años reflejará una condición en la que, a pesar de la disponibilidad física en los primeros años, los requerimientos contractuales superan las cantidades disponibles comercialmente para suministro en firme.”¹¹⁶

(...)

4.4 Conclusiones de los balance (sic) energéticos

- **Desde el punto de vista físico la producción de gas existente es suficiente para abastecer la demanda hasta el año 2010;** y en adelante es necesario asegurar la incorporación de nueva oferta.
- Comercialmente, **la demanda no regulada que requiere firmeza en el suministro excederá las cantidades de gas disponibles durante los próximos 4 años.** Lo anterior genera la posibilidad de desarrollar esquemas comerciales alternativos para atender las

¹¹⁶ Ibídem, p. 10 a 12.

necesidades de suministro de gas por parte de los consumidores que tengan factibilidad para hacerlo.

- **En el caso de la Guajira las cantidades liberadas de los contratos vencidos se verán limitadas por la declinación de la capacidad de producción en el largo plazo**, lo cual podría compensarse con las decisiones de conversión que adopten los consumidores térmicos a raíz de las señales regulatorias del cargo por confiabilidad.¹¹⁷ (Se resalta y subraya)
- Testimonio de Ever de Jesús Maya Sánchez, quien manifestó, entre otras cosas, lo siguiente¹¹⁸:

“DR. VARON: Nos podría decir desde cuándo y por qué razón EPM está sin suministro de gas?”

*SR. MAYA: Desde el 2008 en junio 5 cuando vamos a TGI a buscar el transporte y logramos firmarlo en octubre tenemos el transporte y **desde mucho antes iniciamos esa búsqueda de suministro, incluso contactamos a Venezuela**, porque en ese momento se veía que Venezuela iba a traer el gas desde el 2012, Colombia iba a entregar gas a Venezuela y Venezuela lo iba a entregar a Colombia.*

Adicionalmente se veía que desde la Costa dadas las exploraciones de gas que estaban llamando el... mar adentro iba a haber mucho

¹¹⁷ Ibídem, p. 15.

¹¹⁸ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 10 -11.

gas para traer a través de gasoducto, entonces empezamos esa búsqueda del gas, qué pasa con el suministro?

Que el contrato que teníamos desde que se inició la planta se terminaba el 30 de noviembre/12, o sea a partir de ese momento ya no teníamos más contratos, el 30 de noviembre/12 se terminaba el suministro con Ecopetrol y a su vez un transporte que teníamos con TGI para la planta.

Sabiendo eso cuatro años antes, cinco años antes empezamos esa búsqueda, hicimos solicitudes a los productores en ese momento, Ecopetrol, Chevron... BP en ese momento, Venezuela, pero ninguno aceptaba entregas con unas condiciones que requeríamos, qué condiciones requeríamos, al menos las mismas que teníamos hasta ese momento, en un término técnico es que el take or pay, o sea lo que yo tengo que consumir diariamente fuera del 25%, o sea que si yo tengo que consumir 100 unidades diarias déjeme consumir 25 firmes, pero usted en el momento que yo le pida me pueda dar 100, eso lo tuvimos durante 15 años. (se resalta y subraya)

De acuerdo con este testimonio, EPM inició y adelantó sin resultado positivo la gestión búsqueda del suministro en firme de gas natural, mucho antes de suscribir el contrato ESTF-026-2008, situación que EPM conocía al momento de contratar con TGI.

- Declaración de Jaime Alberto Blandón Díaz, quien según lo informó al Tribunal se desempeñó como experto comisionado en la CREG durante dos años, y

elaboró uno de los dictámenes de parte arrimados al plenario, y en la audiencia de contradicción de ese experticio manifestó, entre otras cosas, lo siguiente¹¹⁹:

“DRA. MONROY: Usted en su dictamen en la página 11 manifiesta: “Debido a que la tasa de crecimiento de las reservas en 2008 fue muy inferior a la tasa de crecimiento de la producción, se podía afirmar en ese momento que si se conservara esta tendencia para el futuro se vislumbraba un escenario de escasez de gas natural para el corto plazo.” Diga cómo es cierto sí o no si para el año 2008 se vislumbraba un escenario de escasez de gas natural para el corto plazo?

SR. BLANDÓN: Aquí hay que entender...

DR. MONTEALEGRE: Nuevamente si es cierto?

*SR. BLANDÓN: **Sí es cierto que hay una visualización, la ha tenido la Comisión desde siempre porque las reservas de país están cayendo desde que Cusiana llegó en el 2004 a su máxima producción y empezó a sacar gas, nosotros en Colombia no hemos hecho sino sacar gas y siempre habrá una previsión de falta de gas, tan es así que ya hicimos la infraestructura para importar, o sea eso es real, pero todavía hoy incluso en el 2014 no tenemos escasez de gas, pero sabemos que viene bajando y que vamos a llegar en dos años a tener que importar gas porque no hemos encontrado más, esa es la verdad.*** (se resalta y subraya)

Según este declarante, la declinación de la producción del campo de gas natural de Cusiana, y la falta de nuevos hallazgos de este hidrocarburo en el territorio colombiano, eran hechos conocidos por la industria antes del 1º de octubre de 2008,

¹¹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 8 del 3847, Folio 220.

que permitían prever la posibilidad de una escasez de gas con posterioridad a esta fecha, contrastando con las expectativas de disponibilidad más optimistas que tenían otros agentes del sector como la ANH, ECOPETROL y la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE GAS NATURAL - NATURGAS, inciertas y cambiantes por naturaleza, y el Tribunal considera que tales hechos, junto con los antecedentes de dificultad para asegurar el suministro en firme, podían y debían haber sido tenidos en cuenta por un buen hombre de negocios puesto en situación similar a la que tenían ISAGEN y EPM al momento de contratar con TGI el transporte del gas natural en firme, y como correspondería a la aplicación del principio de eficacia propio de la contratación administrativa, para evaluar y dimensionar de manera más precisa el riesgo de suministro al que estaban expuestas las remitentes.

Por otro lado, en lo atinente a la modificación regulatoria recogida en el Decreto 2100 del 15 de junio de 2011, *“por el cual se establecen mecanismos para promover el aseguramiento del abastecimiento nacional de gas natural y se dictan otras disposiciones”*, que fue expedido por el Gobierno Nacional *“en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las previstas en los artículos 189 numeral 11, 333, 334, 365 y 370 de la Constitución Política y de conformidad con la Ley 142 de 1994, en especial los artículos 2°, 3° y 8°”*, y mediante el cual, entre otras medidas, se modificó el orden de prioridad para el proceso de comercialización del gas natural, colocando a los operadores de plantas térmicas en el noveno lugar de dicho orden, con lo cual se hizo aún más difícil para estos conseguir dicho combustible para sus plantas termoeléctricas, el Tribunal considera que la eventualidad de que un cambio normativo como ese se produjera durante la vigencia de los contratos de transporte de gas en firme celebrados por ISAGEN y EPM con TGI, formaba parte del riesgo regulatorio normal de la actividad de comercialización del gas natural, y por lo tanto era previsible para las entidades remitentes al momento de la celebración de esos negocios jurídicos, habida cuenta del carácter regulado del mercado y de las facultades con que cuenta el Gobierno Nacional para adoptar por decreto ese tipo de medida, ya vigentes al tiempo de celebración de dichos contratos.

Por último, se recuerda lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 21 de febrero de 2012¹²⁰, atrás referenciada: “*A no dudarlo, los riesgos y aleas componen la simetría de las prestaciones, e influyen en la determinación concreta del desequilibrio. Así, integran el equilibrio económico, las aleas normales, y los riesgos que por ley, uso, costumbre, equidad o estipulación pertenecen al contrato y deben soportarse por la parte respectiva, a quien no es dado invocar excesiva onerosidad. (...)*”. Siguiendo esa pauta jurisprudencial, y habiendo establecido ya el Tribunal que el riesgo de suministro del gas natural quedó radicado desde un comienzo en cabeza de las entidades remitentes, ISAGEN y EPM, y que desde antes de la suscripción de los contratos debatidos existían diversos elementos de juicio indicativos de una posible escasez de gas natural que podría presentarse luego de su celebración, por lo que tal eventualidad no era imprevisible para ISAGEN y EPM al tiempo de contratar con TGI, siendo aquellas profesionales expertos en la actividad de generación de energía eléctrica mediante la operación de sus respectivas plantas termoeléctricas, considera también el panel arbitral que dicho riesgo correspondió al álea normal de las entidades remitentes en dichos contratos, y, por lo mismo, no pueden estas invocar con éxito excesiva onerosidad asociada con el cumplimiento de sus obligaciones patrimoniales bajo los mismos, en especial la relativa al pago de los cargos fijos pactados a favor del transportador.

Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, el Tribunal concluye que en el caso *sub judice* no se configuran todos los requisitos legales establecidos en el artículo 868 del Código de Comercio que, de reunirse, darían lugar a la revisión de los contratos debatidos en este trámite, toda vez que según lo probado en el proceso la circunstancia de no contratación por parte de ISAGEN y EPM del suministro de gas natural en firme, por escasez de gas natural, ante la cual dichas entidades hubieron de celebrar contratos de suministro en firme de combustible líquido para continuar

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012. Magistrado Ponente William Namén Vargas. Referencia: 11001-3103-040-2006-00537-01.

accediendo a los recursos del cargo por confiabilidad para sus plantas termoeléctricas, con el costo correspondiente, se deriva de la materialización del riesgo normal de suministro del gas natural en firme, que existía y fue conocido y evaluado por ellas antes de celebrar con TGI los contratos de transporte de gas natural en firme ESTF-025-2008 y ESTF-026-2008, respectivamente, riesgo que ISAGEN y EPM asumieron al celebrarlos, de conformidad con la regulación establecida en el artículo 5° de la Resolución 057 de 1996 expedida por la CREG, habida cuenta de lo cual se denegará la primera pretensión “*por defecto*” de las demandas de ISAGEN y EPM, y, consiguientemente, se denegarán las demás pretensiones “*por defecto*” de las convocantes, y prospera la excepción denominada “*No se dan los elementos para que proceda la revisión de los Contratos en los términos del artículo 868 del Código de Comercio*” formulada por la parte convocada, y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

3.3. LOS LITIGIOS DE RECONVENCIÓN.

Entra ahora el Tribunal a ocuparse de las pretensiones formuladas por TGI en sus demandas de reconvencción instauradas contra ISAGEN y EPM, y las respectivas excepciones y medios de defensa propuestos por estas.

3.3.1. Las pretensiones relativas a la validez de los contratos.

En la demanda de reconvencción de TGI contra ISAGEN, se pidió que respecto de los contratos celebrados entre dichas partes, identificados como ESTF-025-2008, ESTF-08-2009 y ESTF-07-2005, el Tribunal declare que son válidos y las vinculan (pretensión primera declarativa relativa a la pareja de cargos del contrato ESTF-025-2008, pretensión primera declarativa relativa al contrato ESTF-08-2009, y pretensión primera declarativa relativa al contrato ESTF-07-2005, respectivamente).

ISAGEN al contestar dicha demanda de reconvencción se opuso a todas las pretensiones de esta y solicitó que se condene a TGI al pago de las costas y agencias en derecho que correspondan.

Así mismo, en la demanda de reconvención reformada de TGI contra EPM, quien reconviene pidió que respecto del contrato celebrado entre dichas partes, identificado como ESTF-026-2008, se declare que es válido y que las vincula (pretensión primera declarativa relativa a la pareja de cargos del contrato ESTF-026-2008), demanda que fue contestada por EPM en términos similares a los de la respuesta de ISAGEN a la demanda de reconvención incoada en su contra.

En otros apartes precedentes de este laudo, relativos al litigio principal, el Tribunal ha expresado en detalle las razones fácticas y jurídicas por las cuales no han de prosperar las pretensiones de las demandas de ISAGEN y EPM enderezadas a privar de efectos jurídicos los contratos de transporte de gas natural en firme ESTF-025-2008 y ESTF-026-2008, celebrados por ellas con TGI, y para el caso de ISAGEN, en lo relacionado con los contratos ESTF-08-2009 y ESTF-07-2005, no se probó ninguna causal de nulidad, a la luz de todo lo cual han de prosperar las pretensiones declarativas de TGI concernientes a la validez de tales contratos, y así se declarará en la parte resolutive de este laudo, sin perjuicio de lo que más adelante puntualiza el panel arbitral respecto de otras pretensiones de las demandas de reconvención.

3.3.2. La cláusula de ajuste regulatorio de los contratos

El tenor de la segunda pretensión declarativa de la demanda de reconvención reformada de TGI contra EPM es el siguiente:

*“**Pretensión Segunda:** Que se declare que el numeral 13 del capítulo II del Contrato ESTF-026-2008, “Condiciones Particulares”, intitulado “Ajuste Regulatorio”, constituye una cláusula de ajuste regulatorio en los siguientes términos: “13. Ajuste Regulatorio. Tanto las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga*

sus veces, por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las Partes”, lo que implica que dicho contrato está sujeto a las normas que expida la CREG, de manera que podrá ser modificado por ésta en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las partes.”

Similares pretensiones declarativas formuló TGI en su demanda de reconvención contra ISAGEN, respecto de las correlativas cláusulas de los contratos ESTF-025-2008, ESTF-08-2009 y ESTF-07-2005¹²¹, cuyo número y texto es igual al transcrito en precedencia solo que referido a estos contratos, y a dichas pretensiones se opusieron las entidades reconvenidas por las razones expuestas al contestar las demandas de reconvención, que reiteraron y ampliaron en sus alegatos de conclusión conjuntos.

Como ya se ha expuesto en otros apartes de este laudo, el Tribunal estima que, en este tipo de contratos, en lo no regulado por norma imperativa, se ha de privilegiar el querer de las partes plasmado en los contratos que celebraron, en tanto y en cuanto se rigen por las reglas del derecho privado, baste entonces a este respecto, solamente recordar lo dispuesto por el artículo 32 de la ley 142 de 1994 que dispone:

“Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en

¹²¹ Pretensión segunda declarativa relativa a la pareja de cargos del contrato ESTF-025-2008, pretensión segunda declarativa relativa al contrato ESTF-08-2009, y pretensión segunda declarativa relativa al contrato ESTF-07-2005, respectivamente.

lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.”

En este orden de ideas, visto el tenor del numeral 13 del capítulo II de dichos contratos, denominado “CONDICIONES PARTICULARES”, “AJUSTE REGULATORIO”, tenemos que evidentemente las partes acordaron allí que: *“Tanto las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces, por tanto pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las Partes”*. Al respecto el Tribunal estima que las partes declararon merced a esta estipulación su sometimiento a las normas de carácter imperativo que expida la CREG en lo que respecta a *“las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas”*, reconociendo así que estos contratos se encuentran fuertemente regulados e intervenidos.

Por esa misma línea, en la consideración 2.8 de los contratos bajo estudio las partes dejaron consignado lo siguiente: *“Que las Partes reconocen y aceptan que este Contrato y el Servicio de transporte están sujetos a la regulación, control y vigilancia del Estado, por ser el Transporte de Gas una actividad de servicio público complementaria de conformidad con la Ley 142 de 1994, lo cual puede llevar a cambios en el Contrato.”*. Y en la cláusula 12 de los mismos, titulada “LEY APLICABLE”, estipularon:

“Este Contrato está regido por la Constitución, la (sic) Leyes 142 de 1994, el Código de Comercio, el Código Civil, las Resoluciones de la CREG y demás normas concordantes.

De conformidad con el anterior marco normativo, el presente contrato establece entre las partes una relación de carácter comercial, regida por las normas pertinentes del Derecho Privado, salvo en las Leyes arriba citadas. (...)”

Con todo, el Tribunal advierte que el entendimiento del alcance de la cláusula de ajuste regulatorio recogida en el numeral 13 del capítulo II de los precitados contratos, debe darse dentro del contexto de la propia cláusula y de las normas que la CREG dicta y ha dictado en uso de sus facultades de intervención en la economía, de suerte que tales normas, en tanto recaigan sobre las condiciones de prestación del servicio de transporte del gas natural, o sobre las condiciones técnicas y económicas, y sean imperativas y de aplicación inmediata, se incorporan automáticamente a los contratos y no requieren de aceptación de las partes, y en esa medida entran a modificar las condiciones anteriores.

Sin embargo, lo anterior no da pie para restarle al contrato su naturaleza de contrato de derecho privado, si bien fuertemente intervenido, y, por ende, se ha de reconocer y respetar al propio tiempo la autonomía contractual de las partes para regular su relación jurídico – patrimonial, en todos aquellos aspectos que no son materia de normas legales o regulatorias de carácter imperativo, en los cuales prevalece la regulación convencional, asunto sobre el cual se vuelve más adelante en relación con otras pretensiones de las demandas de reconvención.

En esos términos, respecto de las pretensiones aquí examinadas, el Tribunal debe decir que, en cuanto se refiere al reconocimiento de que el propuesto por la parte que reconviene es el texto de las cláusulas de los contratos que se invocan, ellas prosperan y así se declarará en la parte resolutive del presente laudo; sin embargo de lo cual, el Tribunal determina en este laudo su interpretación y alcance. Además, ello debe entenderse sin perjuicio de lo que en otros apartes del presente laudo indica el Tribunal en relación con otras pretensiones de las demandas de reconvención.

3.3.3. El texto del primer inciso de la cláusula contenida en el numeral 6 del Capítulo II de los contratos ESTF-026-2008, ESTF-025-2008 y ESTF-08-2009, y la cláusula contenida en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-07-2005

En la pretensión tercera declarativa de su demanda de reconvención reformada contra EPM, TGI pidió: *“Que se declare que, de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-026-2008, “Los cargos imputables a la prestación del servicio objeto de este contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la sección I ESTF y en el numeral 2 del capítulo IV y estarán sujetos a partir (sic) de las modificaciones que establezca la comisión de regulación de energía y gas CGREG (sic).”*”

Similar pretensión formuló TGI en su demanda de reconvención contra ISAGEN, respecto de las correlativas cláusulas de los contratos ESTF-025-2008 y ESTF-08-2009¹²², cuyo número y texto es igual al transcrito en precedencia solo que referido a estos contratos.

Y en cuanto al contrato ESTF-07-2005, en la respectiva pretensión tercera TGI pidió: *“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 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-07-2005, los cargos de transporte aplicables para dicho Contrato, están sujetos a las modificaciones que periódicamente introduzca la CREG en materia tarifaria.”*

El Tribunal trae aquí a colación lo ya señalado en el numeral 1 de las consideraciones del presente laudo, en cuanto a las facultades legales de la CREG y en especial la relativa a la fijación de tarifas para el mercado de transporte del gas natural.

El Tribunal observa en primer lugar que el texto del primer inciso de la cláusula contenida en el numeral 6 del Capítulo II de los contratos ESTF-026-2008, ESTF-025-2008 y ESTF-08-2009, es el siguiente:

“Los cargos imputables a la prestación del Servicio objeto de este Contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la sección I ESTF y en el numeral

¹²² Pretensión tercera declarativa relativa a la pareja de cargos del contrato ESTF-025-2008, y pretensión tercera declarativa relativa al contrato ESTF-08-2009, respectivamente.

2 del capítulo IV y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG (sic)."

Así las cosas, como quiera que el texto transcrito en las referidas pretensiones no es idéntico al texto de las cláusulas invocadas, el Tribunal denegará las pretensiones arriba mencionadas relativas a los contratos ESTF-025-2008, ESTF-026-2008 y ESTF-08-2009, sin perjuicio de las consideraciones que respecto de las posteriores pretensiones que buscan un pronunciamiento de fondo sobre el alcance de dichas cláusulas, hace el Tribunal más adelante.

Ahora bien, en la pretensión relativa al contrato ESTF-07-2005 se pide: *"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 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-07-2005, los cargos de transporte aplicables para dicho Contrato, están sujetos a las modificaciones que periódicamente introduzca la CREG en materia tarifaria"*.

Al respecto tenemos en primer lugar que advertir lo dispuesto en la cláusula contenida en el numeral 6 del Capítulo II del contrato ESTF-07-2005, cuyo texto es el siguiente:

"Los cargos imputables a la prestación del Servicio objeto de este Contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la sección I ESTF y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que establezca la Comisión."

Bajo el anterior contexto considera el Tribunal que la precitada pretensión habrá de prosperar en cuanto hace a la literalidad de la cláusula invocada, en el entendido que, como ya se explicó, la CREG tiene por virtud de la ley, la facultad de fijar y modificar las tarifas, y que al ejercerse la revisión periódica, su alcance estará determinado por el contenido de la nueva regulación tarifaria, sin que de antemano pueda decirse, *per se*, que deja de regir todo lo pactado con anterioridad, pues en cada caso se impone un análisis riguroso del tenor literal y las motivaciones de la nueva regulación, en aras de encontrar su verdadero sentido y alcance.

3.3.4. El texto del Parágrafo de la cláusula del numeral 6 del Capítulo II de los contratos ESTF-026-2008, ESTF-025-2008 y ESTF-08-2009, y los numerales 2 y 13 del Capítulo II del Contrato ESTF-07-2005.

En la pretensión cuarta declarativa de su demanda de reconvención reformada contra EPM, TGI pidió: *“Que se declare que, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-026-2008, “En el momento en el que la comisión de regulación de energía y gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecidos en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato.”*

Similares pretensiones declarativas formuló TGI en su demanda de reconvención contra ISAGEN, respecto del Parágrafo de la correlativa cláusula de los contratos ESTF-025-2008 y ESTF-08-2009¹²³, cuyo número y texto es igual solo que referido a estos contratos.

Y en cuanto al contrato ESTF-07-2005, en la respectiva pretensión cuarta TGI pidió: *“Que se declare que, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del Capítulo II del Contrato, según el cual “Los cargos imputables a la prestación del servicio objeto de este contrato, serán los establecidos en el numeral 7 de la sección I – ESTF y estarán sujetos a partir de su vigencia a las modificaciones que establezca la comisión”, y el numeral 13 del Capítulo II del Contrato, según el cual “Tanto las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces, por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las Partes”, los cargos de transporte aplicables para dicho contrato, están sujetos a las modificaciones que periódicamente introduzca la CREG en materia tarifaria.”*

¹²³ Pretensión cuarta declarativa relativa a la pareja de cargos del contrato ESTF-025-2008, y pretensión cuarta declarativa relativa al contrato ESTF-08-2009, respectivamente.

El texto del párrafo de la cláusula contenida en el numeral 6° del Capítulo II de los contratos ESTF-026-2008, ESTF-025-2008 y ESTF-08-2009, es el siguiente:

“En el momento en el que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecidos en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato.”

A su turno, los textos del numeral 2 del Capítulo II, y del numeral 13 del Capítulo II, del contrato ESTF-07-2005, son los siguientes:

Numeral 2 del Capítulo II: *“2. ALCANCE Es el Servicio de Transporte de Gas Natural en Firme por el Sistema, desde el Punto de Entrada hasta el(los) Punto(s) de Salida que se determinan en la Sección I – ESTF.”*

Numeral 13 del Capítulo II: *“Tanto las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces, por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las Partes”, los cargos de transporte aplicables para dicho contrato, están sujetos a las modificaciones que periódicamente introduzca la CREG en materia tarifaria.”*

Así las cosas, respecto de las pretensiones aquí examinadas, el Tribunal debe decir que, en cuanto se refiere al reconocimiento de que los propuestos por la parte que reconviene son los textos de las estipulaciones de los contratos invocadas, ellas prosperan parcialmente, y así se declarará en la parte resolutive del presente laudo, teniendo en cuenta que el texto del numeral 2 del Capítulo II del contrato ESTF-07-2005 que fue transcrito en la demanda de reconvención de TGI contra ISAGEN no corresponde al texto de esa cláusula; sin embargo de lo cual, el Tribunal determina en este laudo la interpretación y el alcance de las cláusulas pertinentes. Además, ello debe entenderse sin perjuicio de lo que en otros apartes del presente laudo indica el Tribunal en relación con otras pretensiones de las demandas de reconvención.

3.3.5. La aplicación a los contratos de las opciones establecidas para la determinación de los cargos que remuneran la 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.

La pretensión sexta declarativa de la demanda de reconvención de TGI contra EPM dice así:

*“**Pretensión Sexta:** Que, con base en las declaraciones anteriores, se declare que las opciones establecidas para la determinación de los cargos que remuneran la 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 ESTF-026-2008 y de obligatorio cumplimiento para las partes.”*

Similares pretensiones declarativas formuló TGI en su demanda de reconvención contra ISAGEN, respecto de los contratos ESTF-025-2008, ESTF-08-2009 y ESTF-07-2005¹²⁴, y a dichas pretensiones se opusieron las entidades reconvenidas por las razones expuestas al contestar las demandas de reconvención, que reiteraron y ampliaron en sus alegatos de conclusión conjuntos.

De otra parte, la pretensión séptima declarativa de la demanda de reconvención de TGI contra EPM dice así:

*“**Pretensión Séptima:** Que se declare que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, en el momento en que la CREG modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el Contrato ESTF-026-2008, tal como lo establece el referido numeral 6 del Capítulo II.”*

¹²⁴ Pretensión sexta declarativa relativa a la pareja de cargos del contrato ESTF-025-2008, pretensión sexta declarativa relativa al contrato ESTF-08-2009, y pretensión sexta declarativa relativa al contrato ESTF-07-2005, respectivamente.

Y la pretensión séptima declarativa de la demanda de reconvención de TGI contra ISAGEN, en relación con el Contrato ESTF-025-2008 dice lo siguiente:

Pretensión Séptima: *Que se declare que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, en el momento en que la CREG modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el Contrato ESTF-025-2008, tal como lo establece el referido numeral 6 del Capítulo II.*

Así mismo, la pretensión séptima declarativa de la demanda de reconvención de TGI contra ISAGEN, en relación con el Contrato ESTF-08-2009 dice lo siguiente:

Pretensión Séptima: *Que se declare que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, en el momento en que la CREG modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el Contrato ESTF-008-2009, tal como lo establece el referido numeral 6 del Capítulo II.*

Y finalmente, la pretensión séptima declarativa de la demanda de reconvención de TGI contra ISAGEN, en relación con el Contrato ESTF-07-2005 dice lo siguiente:

Pretensión Séptima: *Que se declare que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, en el momento en que la CREG modifique las opciones para la determinación de los cargos establecida en la Resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el Contrato ESTF-007-2005, tal como lo establece el referido numeral 6 del Capítulo*

Para despachar estas pretensiones, el Tribunal primeramente ha de recordar lo ya dicho cuando indicó que los contratos debatidos fueron celebrados en vigencia de la Resolución CREG 001 de 2000, que establecía las fórmulas tarifarias aplicables al servicio de transporte del gas natural y las opciones para la determinación de la

pareja de cargos en esta clase de contratos, entonces aplicables, a saber: (i) la determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes, (ii) la determinación de cargos regulados utilizando el procedimiento de aproximación ordinal, y (iii) la determinación libre de cargos de transporte, a cuya luz las partes por mutuo acuerdo definieron una pareja de cargos regulados de 50% de cargo fijo y 50% de cargo variable.

Años más tarde, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2730 de 2010, en cuyo artículo 11, literal b), se dispuso que:

“Los Cargos Regulados por concepto del Servicio de Transporte serán los que establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG. No se permitirá la determinación de Cargos por mutuo acuerdo entre las partes o la determinación libre de cargos.”

Con fundamento en dicha disposición se expidió la Resolución CREG 126 de 2010, del 5 de agosto de 2010, *“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”*, en la que se estableció, entre otras cosas, que el procedimiento de aproximación ordinal es el único mecanismo que puede ser utilizado por los transportadores y los remitentes para seleccionar los cargos de transporte a aplicar en el marco de un contrato firme (artículo 16), regulación esta que, a voces del artículo 40 de ese acto administrativo, rigió a partir de su publicación en el Diario Oficial y hacia el futuro.

En el párrafo 3 del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, se estableció que: *“Aquellos remitentes con contratos vigentes que incluyan cláusulas de ajuste de precios por cambios regulatorios deberán aplicar el procedimiento establecido en este artículo dentro del mes siguiente a la entrada en vigencia de los nuevos cargos.”*

Sin embargo, en la práctica las precitadas disposiciones de la Resolución CREG 126 de 2010 no tuvieron efectos sobre las fórmulas tarifarias, según se expone en el Documento CREG 100 de 2010, y a este proceso no se trajo evidencia de que durante su vigencia se hubiera modificado la pareja de cargos pactada en los contratos *sub examine*, la cual se mantuvo.

Posteriormente, luego de la expedición del Decreto 2100 de 2011, que derogó el Decreto 2730 de 2010, se expidió la Resolución CREG 079 de 2011, del 16 de junio de 2011, "*Por la cual se modifica la Resolución CREG 126 de 2010*", en cuyo artículo 2º se modificó el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, estableciendo, entre otras cosas, que los remitentes que tengan la calidad de usuarios no regulados podrán acogerse a cualquiera de las siguientes opciones para la determinación de cargos que remuneran inversión: (i) la determinación libre de cargos regulados por mutuo acuerdo entre las partes, (ii) la determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo con el transportador, conforme a lo dispuesto en el numeral 16.2 de este artículo, y (iii) 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, regulación esta que, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Resolución 079, rigió a partir de su publicación en el Diario Oficial y hacia el futuro.

Así las cosas, el Tribunal concluye que las parejas de cargos incluidas en los contratos debatidos en este trámite fueron pactadas en el marco de las opciones de determinación de la pareja de cargos establecidas en la Resolución CREG 001 de 2000, que era la norma vigente al tiempo de la celebración de los contratos, y tiene en cuenta también que las modificaciones tarifarias dictadas por la CREG no modificaron lo dispuesto por las partes en los referidos contratos, pues como ya se explicó anteriormente la Resolución CREG 079 de 2011 que modificó la Resolución CREG 126 de 2010, que a su vez había modificado la Resolución CREG 001 del 2000, estableció con claridad y para ciertos casos la intangibilidad de los contratos suscritos previamente por las partes y que estuvieran vigentes al momento de la

expedición de esa norma, por lo que no han de prosperar las pretensiones declarativas de las demandas de reconvenición que se examinan en este acápite.

3.3.6. La vigencia de las fórmulas tarifarias aplicables a los contratos debatidos

La parte que reconviene, TGI, le pidió al Tribunal declarar, respecto de los contratos celebrados por ella con ISAGEN (ESTF-025-2008, ESTF-08-2009 y ESTF-07-2005)¹²⁵, así como respecto del contrato celebrado por ella con EPM (ESTF-026-2008)¹²⁶, que, de conformidad con el artículo 126 de la ley 142 de 1994, las fórmulas tarifarias aplicables a dichos contratos tendrán una vigencia de cinco (5) años, en los términos y condiciones del artículo 126 de dicha ley, a lo cual se opusieron las entidades reconvenidas por las razones expuestas al contestar las demandas de reconvenición, que reiteraron y ampliaron en sus alegatos de conclusión conjuntos.

En sus alegatos de conclusión, TGI señaló, entre otras, cosas, que: *“(...) cuando la CREG expide una nueva normatividad tarifaria, la anterior pierde vigencia por lo que los actores del mercado deben incorporar dichas modificaciones en sus contratos, lo cual se hace de manera automática a través de las denominadas cláusulas de ajuste regulatorio. La aplicación de las modificaciones que la CREG introduce en cada periodo tarifario son de obligatoria aplicación para transportadores y usuarios, quienes no pueden apartarse de la regulación. (...) tratándose de actividades sometidas al régimen de libertad regulada, los cambios en la regulación sobre tarifas y metodologías tarifarias son de obligatorio cumplimiento por las partes y aplican de*

¹²⁵ Pretensión octava declarativa relativa a la pareja de cargos del contrato ESTF-025-2008, pretensión octava declarativa relativa al contrato ESTF-08-2009, y pretensión octava declarativa relativa al contrato ESTF-07-2005, respectivamente.

¹²⁶ Pretensión séptima declarativa relativa a la pareja de cargos del contrato ESTF-026-2008.

manera inmediata a los Contratos, pues de no ser así la intervención estatal adelantada a través de la regulación no tendría efecto práctico alguno.”¹²⁷

Frente a lo anterior, el Tribunal observa que el artículo 126 de la ley 142 de 1994 establece:

“Artículo 126. Vigencia de las fórmulas de tarifas. Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas.

Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la comisión no fije las nuevas.”

En la norma legal transcrita, el legislador fijó una vigencia de cinco (5) años para las fórmulas tarifarias en materia de servicios públicos, al cabo de los cuales han de ser revisadas, salvo que antes de la expiración del quinquenio respectivo se presente alguna de las situaciones contempladas en la norma, a saber: (i) que haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la CREG para modificarlas o prorrogarlas por un período igual, o (ii) que de manera excepcional se modifiquen, de oficio o a petición de parte, por haberse acreditado (a) que se cometieron graves errores en su cálculo, o que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o (b) que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que

¹²⁷ Escrito de alegatos de conclusión de TGI, p. 254 y 255, Cuaderno Principal No. 3 del 33847, Folio 587 - 588.

comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas.

La regla en comento permite que en el mercado haya cierta estabilidad de las fórmulas tarifarias en el tiempo, por períodos de cinco (5) años, sin perjuicio de lo cual cabe su revisión y ajuste por la autoridad reguladora, de oficio o a petición de parte interesada, ya sea dentro del quinquenio en curso, en los casos de excepción, o una vez finalizado este.

Con todo, no debe perderse de vista que en la parte final de esa misma norma el legislador dispuso que una vez vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, estas continúan rigiendo mientras la CREG no fije las nuevas, y según lo acreditado en este trámite, en la práctica ha ocurrido este supuesto normativo.

En todo caso, importa destacar dos cosas (i) que si la autoridad reguladora no ejerce su función de revisión de las fórmulas tarifarias del servicio de transporte del gas natural, en el lapso previsto en la ley, continúan rigiendo las anteriores, y (ii) que al ejercerse la revisión periódica, su alcance estará determinado por el contenido de la nueva regulación tarifaria, sin que de antemano pueda decirse, *per se*, que deja de regir todo lo pactado con anterioridad, pues en cada caso se impone un análisis riguroso del tenor literal y las motivaciones de la nueva regulación, en aras de encontrar su verdadero sentido y alcance.

En ese sentido, relevante para esclarecer el tema que nos ocupa es lo dispuesto por la CREG en el documento 065 de 16 de junio de 2011, donde el comité de expertos de esa entidad al analizar el tema del “AJUSTE DE TARIFAS PARA CONTRATOS VIGENTES”, y después de analizar las observaciones de varios actores del sector, entre ellas las de EPM e ISAGEN, concluyó:

“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.”**

Es importante advertir que el documento 065 de 2011 sirvió de base fundamental para la posterior expedición de la Resolución CREG 079 de 2011.

Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, el Tribunal concluye que no han de prosperar las pretensiones de las demandas de reconvención que en este acápite se examinan, toda vez que, de un lado, la CREG contempló ciertos casos en los cuales “no sería apropiado que la regulación fuera más allá de lo pactado por las partes en sus contratos”, en materia de parejas de cargos, vale decir, que en esos casos no había obligación de modificar las parejas de cargos pactadas por las partes, aspecto en el cual se ahonda en el siguiente aparte del presente laudo, y, de otro lado, desde la celebración de los contratos debatidos, hace más de cinco

(5) años, las tarifas en ellos pactadas como remuneración del servicio de transporte de gas natural se han mantenido vigentes.

3.3.7. (i) La alegada obligación de las partes de ajustar la pareja de cargos pactada en el respectivo contrato, en razón del cambio en las opciones establecidas para la determinación de los cargos que remuneran la 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. (ii) El alegado incumplimiento de ISAGEN y EPM al negarse a cumplir con la metodología establecida en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por la Resolución 079 de 2011, para determinar la pareja de cargos que se aplicaría a los contratos debatidos a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012.

3.3.7.1. Síntesis de las posiciones de las partes.

En la pretensión quinta de su demanda de reconvención reformada contra EPM, TGI pidió: *“Que se declare que, en virtud de las declaraciones tercera y cuarta anteriores, las partes del Contrato ESTF-026-2008 están obligadas a ajustar la pareja de cargos pactada en el mismo en razón del cambio en las opciones establecidas para la determinación de los cargos que remuneran la 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.”*

En las pretensiones quintas declarativas de su demanda de reconvención contra ISAGEN, relativas a los contratos ESTF-025-2008, ESTF-08-2009 y ESTF-07-2005, TGI pidió: *“Que se declare que, en virtud de las declaraciones tercera y cuarta anteriores, las partes del Contrato están obligadas a ajustar la pareja de cargos pactada en el mismo, cuando así lo determine la CREG.”*

Así mismo, TGI le pidió al Tribunal declarar que ISAGEN y EPM incumplieron la obligación contenida en: (i) el numeral 6 del Capítulo II de los contratos ESTF-025-2008, ESTF-08-2009 y ESTF-07-2005 (ISAGEN) y ESTF-026-2008 (EPM), respectivamente; 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, modificado por la Resolución 079 de 2011, para determinar la pareja de cargos que se aplicaría a dichos contratos, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012¹²⁸, a lo cual se opusieron las entidades reconvenidas al contestar las respectivas demandas de reconvenición.

En sus alegatos de conclusión, TGI señaló sobre este tema, en esencia¹²⁹:

- Que en la Resolución CREG 001 de 2000, que estuvo vigente hasta la expedición de la Resolución CREG 126 de 2010, la CREG impuso topes mínimos a la pareja de cargos que ciertos usuarios podían pactar, exceptuando de dicha restricción a los usuarios termoeléctricos como Termosierra y Termocentro, a los cuales se les permitió pactar cualquier pareja de cargos sin tener en cuenta los topes mínimos que sí se impusieron en función del factor de carga a otro tipo de usuarios, libertad que era un aspecto trascendental de las opciones para determinar la pareja de cargos, pues permitía a las partes adelantar las negociaciones sin tener limitaciones impuestas por la regulación.
- Que con la expedición de la Resolución CREG 126 de 2010, esto es 10 años después de la expedición de la Resolución CREG 001 de 2000, la CREG restringió la flexibilidad tarifaria permitida anteriormente a los usuarios termoeléctricos, considerando que la situación económica y de utilización del sector era distinta a aquella del año 2000. Dicha modificación tuvo lugar con ocasión del estudio elaborado por el experto internacional David Harbord, contratado por la CREG, quien enfatizó en la necesidad de que la remuneración a cargo de los agentes reflejara el uso que cada uno de estos le imputa al

¹²⁸ Pretensión novena declarativa relativa a la pareja de cargos del contrato ESTF-025-2008, y pretensión octava declarativa relativa al contrato ESTF-026-2008, respectivamente.

¹²⁹ Escrito de alegatos de conclusión de TGI, p. 256 y s.s., Cuaderno Principal No. 3 del 3847, fl 589 y s.s.

sistema, pues encontró que algunos usuarios, como las térmicas, no estaban pagando los costos que le implicaban al gasoducto.

- Que con base en el estudio antes referido, la Resolución CREG 079 de 2011 expedida el 16 de junio de 2011 modificó la Resolución CREG 126 de 2010. Las modificaciones más relevantes introducidas por la Resolución CREG 079 de 2011 son aquellas relativas al artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, toda vez que el regulador estableció unos topes mínimos en función del factor de carga de las termoeléctricas, aplicables a las parejas de cargos que pueden resultar del procedimiento de aproximación ordinal, con los cuales se pretende que las tarifas reflejen los costos que cada usuario le imputa al sistema. Lo anterior implicó una modificación sustancial a las opciones que las partes tienen para determinar las parejas de cargos, pues teniendo unos mínimos fijados para el evento de no llegar a un acuerdo, la negociación girará teniendo en cuenta dichos límites regulatorios.
- Que la Resolución CREG 079 de 2011 permitió que, antes de acudir al mecanismo de aproximación ordinal previsto en el numeral 16.3, las partes, en un periodo máximo de tres (3) meses, tuvieran la posibilidad de intentar llegar libremente y por mutuo acuerdo a una pareja de cargos en el marco de la regulación; esa primera etapa comenzaría el día en quedase en firme la Resolución de la CREG mediante la cual quedan en firme los cargos específicos para cada transportador, resolución de donde resultan los valores a cobrar para el actual período tarifario con base en las metodologías establecidas en la Resolución CREG 126 de 2010. En consecuencia, con la expedición de la Resolución CREG 079 de 2011, si las partes no llegan a un acuerdo sobre la pareja de cargos a aplicar en el plazo de tres meses que otorga la regulación, es obligación de aquellas acudir al mecanismo de aproximación ordinal previsto en el artículo 16.3, en el que necesariamente, a través del procedimiento técnico allí descrito, deben tenerse en cuenta y atenderse las restricciones establecidas

por la CREG y en particular, los pisos o topes mínimos fijados por la CREG en función del factor de carga para el cargo fijo, y los correlativos techos o topes máximos que de ello surgen para la pareja de cargos.

- Que la modificación incluida a las opciones para determinar los cargos resulta aplicable a los Contratos por vía del numeral 13 del capítulo II y párrafo del numeral 6 del Capítulo II de los Contratos, en cuanto éstos consagran cláusulas de ajuste regulatorio cuya aplicación es inmediata y no requiere aceptación de las partes, lo cual implica que los contratos están sujetos a las normas que expida la CREG, de manera que podrán ser modificados por ésta en cualquier momento, sin necesidad de aceptación de las partes. Con dichas cláusulas se tiene probado que, ante una modificación de las opciones para la determinación de cargos, las partes están contractualmente obligadas a ajustar la pareja de cargos de los contratos. Así, se tiene que la modificación introducida por la Resolución CREG 079 de 2011 al artículo 16, en el cual se determinan las opciones para la determinación de cargos, es aplicable a los contratos y debe ser acatada por las partes siguiendo el procedimiento que para el efecto se estableció en la Resolución.

Por su parte, ISAGEN y EPM, en su alegato de conclusión conjunto, luego de exponer algunas consideraciones generales sobre el régimen de remuneración del transporte del gas natural, los cargos y su diferencia con la pareja de cargos, y las consecuencias de acceder a lo pretendido por TGI, plantearon, en síntesis, que no hay lugar a renegociar las parejas de cargos, por las siguientes razones¹³⁰:

- La CREG no obligó a los remitentes a que renegociaran las parejas de cargos, y el acuerdo que sobre las mismas se consignó en los contratos que nos ocupan es válido, dado que las disposiciones que las regulan no son de interés general

¹³⁰ Escrito de alegatos de conclusión conjuntos de ISAGEN y EPM, p. 11 y s.s., Cuaderno Principal No. 3 del 3847, fl 11 y s.s.

y son supletivas, pues la misma CREG les dio ese carácter al señalar que las partes de común acuerdo pueden fijarlas. Con la anterior claridad, es evidente que el acuerdo al que se llegó en los contratos suscritos en lo referente a las parejas de cargos y que pretende ser desconocido por TGI debe respetarse y mantenerse incólume, pues fue realizado bajo el principio de la autonomía de la voluntad privada que es preponderante en nuestro régimen jurídico, que solo puede ser limitada o intervenida bajo precisas condiciones y, además, no existe un interés general respecto de dichas parejas de cargos.

- En los respectivos contratos tanto ISAGEN como EPM acordaron que renegociarían las parejas de cargos solamente si cambiaban las opciones para la determinación de los cargos establecida en la resolución CREG 001 de 2000.
- Las opciones para la determinación de los cargos no cambiaron con la entrada en vigencia del artículo 2 de la resolución CREG 079 de 2011, que modificó el artículo 16 de la resolución CREG 126 de 2010.
- El acuerdo bilateral entre TGI y las generadoras de distribuir el riesgo de la remuneración de las inversiones entre las partes al adoptar la pareja de cargos 50% fija y 50 variable fue explícito, el generador solicitó la pareja 50% fija - 50% variable y el transportador la aceptó y firmó el contrato con la pareja 50% fija y 50% variable, y en este trámite no hay evidencia de que se haya optado excepcionalmente en esa negociación por el procedimiento ordinal para determinar la pareja de cargos. Es absurdo que TGI pretenda modificar ese acuerdo que de entrada modifica el nivel de riesgo y hace más gravoso el negocio para las generadoras en la ejecución del contrato, todavía sabiendo que no hay gas para transportar, que las opciones para determinar los cargos en las resoluciones CREG 126 de 2010 y CREG 079 de 2011 son las mismas consideradas en la resolución CREG 001 de 200, y que la metodología de

remuneración aprobada por la CREG en estas resoluciones permite mantener el acuerdo bilateral que TGI aceptó en la negociación del contrato y el cálculo de los valores (cargos) establecidos en los contratos para remunerar el servicio de transporte en firme.

Por otra parte, TGI en sus contrademandas le pidió también al Tribunal declarar: (i) que en la ejecución de los contratos debatidos no se logró un acuerdo entre el respectivo remitente y el transportador, para la determinación de la pareja de cargos que remunera 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 período tarifario¹³¹, (ii) que el día 1º de abril de 2013 ISAGEN y EPM incumplieron la obligación de acudir al mecanismo de aproximación ordinal previsto en la norma antes mencionada, el cual tiene como propósito la determinación de la pareja de cargos que remunera la inversión para el nuevo período tarifario, ante la ausencia de acuerdo de las partes sobre la misma¹³², (iii) que, en virtud de que el mecanismo de aproximación ordinal no puede llevarse a cabo sino con la presencia de las dos partes, la negativa de una de ellas, en este caso, ISAGEN y EPM, a concurrir al citado mecanismo, constituye una conducta abusiva, y una obstrucción indebida e insalvable para su aplicación y un incumplimiento de la regulación y del contrato respectivo, que afecta los derechos de su contraparte contractual, pues le impide hacer uso del mecanismo técnico de solución de diferencias que la

¹³¹ Pretensión décima declarativa relativa a la pareja de cargos del contrato ESTF-025-2008, pretensión décima relativa al contrato ESTF-08-2009, y pretensión décima relativa al contrato ESTF-07-2005, respectivamente, en la demanda de reconvencción de TGI contra ISAGEN, y pretensión novena declarativa relativa al contrato ESTF-026-2008 en la demanda de reconvencción de TGI contra EPM.

¹³² Pretensión décima primera declarativa relativa a la pareja de cargos del contrato ESTF-025-2008, Pretensión décima primera relativa al contrato ESTF-08-2009 y pretensión décimo primera relativa al contrato ESTF-07-2005 respectivamente en la demanda de reconvencción de TGI contra ISAGEN, y pretensión décima declarativa relativa al contrato ESTF-026-2008 en la demanda de reconvencción de TGI contra EPM, respectivamente.

regulación creó precisamente para estos efectos¹³³, y (iv) que ISAGEN y EPM actuaron de manera contraria a la buena fe y a sus actos propios, pues pese a haber reconocido la existencia de la obligación contenida en el numeral 6 del capítulo II de los contratos ESTF-025-2008, ESTF-08-2009 y ESTF-07-2005 (ISAGEN), y ESTF-026-2008 (EPM), respectivamente, posteriormente incumplieron dicha obligación, al negarse a aplicar las opciones para la determinación de la pareja de cargos establecidas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificada por la Resolución CREG 079 de 2011¹³⁴, pretensiones estas a las que se opusieron igualmente las entidades reconvenidas.

3.3.7.2. Consideraciones del Tribunal.

En otros apartes precedentes de este laudo se estudió el régimen jurídico de los contratos *sub judice*, y se examinaron y decidieron las pretensiones de las demandas de reconvenición relativas a las declaraciones pedidas respecto de los numerales 13 y 6 del capítulo II de los contratos ESTF-025-2008, ESTF-08-2009 y ESTF-07-2005, referentes a ISAGEN, y ESTF-026-2008 atinente a EPM, con el alcance allí indicado, y se hizo el recuento de la evolución de la regulación en materia de la determinación de la pareja de cargos en contratos de transporte del gas natural, y a tales consideraciones se remite ahora en aras de la brevedad.

¹³³ Pretensión décima segunda declarativa relativa a la pareja de cargos del contrato ESTF-025-2008, pretensión décima segunda relativa al contrato ESTF-08-2009, y pretensión décima segunda relativa al contrato ESTF-07-2005, respectivamente en la demanda de reconvenición de TGI contra ISAGEN, y pretensión décima primera declarativa relativa al contrato ESTF-026-2008, en la demanda de reconvenición de TGI contra EPM, respectivamente.

¹³⁴ Pretensiones décima tercera y décima cuarta declarativas relativas a la pareja de cargos del contrato ESTF-025-2008, décima tercera y décima cuarta declarativas relativas al contrato ESTF-08-2009, y décima tercera y décima cuarta declarativas relativas al contrato ESTF-07-2005, respectivamente, de la demanda de reconvenición de TGI contra ISAGEN, y pretensiones décima segunda y décima tercera declarativas relativas al contrato ESTF-026-2008, de la demanda de reconvenición de TGI contra EPM, respectivamente.

Dentro de ese contexto, el Tribunal resalta en este punto la disposición regulatoria recogida en el Parágrafo 3º del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2º de la Resolución CREG 079 de 2011, que a la letra dice:

*“**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.”* (se resalta y subraya)

En cuanto al sentido y alcance de la regla recién transcrita, se trae a colación por su relevancia lo expuesto en el documento CREG 065 de 2011, que como atrás se señaló constituye antecedente fundamental de la modificación de la Resolución CREG 126 de 2010, que ha de tenerse en cuenta para la interpretación de dicha regulación, en cuyo numeral 2º, titulado “*DETERMINACIÓN DE CARGOS DE TRANSPORTE*”, se analizó si se debían o no mantener las disposiciones contenidas en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, exponiendo los elementos de juicio relevantes para dicho análisis, con fundamento en lo cual se recomendó que: “(...) *los comercializadores que representan demanda no regulada y los usuarios no regulados puedan acogerse a cualquiera de las siguientes opciones:* ”a) *determinación libre de cargos por mutuo acuerdo con el transportador, o b) determinación de cargos regulados por mutuo acuerdo con el transportador, y (...)* En caso de que los remitentes y el transportador opten por alguno de estos mecanismos y no lleguen a un acuerdo, o si las partes lo convienen, deberán seguir el procedimiento de aproximación ordinal, dentro de los tres meses siguientes al inicio de la negociación”.

Así mismo, en el numeral 3º del documento mencionado en el párrafo precedente, titulado “*AJUSTE DE TARIFAS PARA CONTRATOS VIGENTES*”, se hizo referencia al parágrafo 3º del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, según el cual: “*Aquellos remitentes con contratos vigentes que incluyan cláusulas de ajuste de precios por cambios regulatorios deberán aplicar el procedimiento establecido en este artículo dentro del mes siguiente a la entrada en vigencia de los nuevos cargos.*”, y se indicó que de acuerdo con el mismo los remitentes allí mencionados:

“(...) deben aplicar el procedimiento de aproximación ordinal dentro del mes siguiente a la expedición (sic) los cargos de transporte del nuevo período tarifario”, y que “[f]rente a esta situación, Empresas Públicas de Medellín, Isagen, Colinversiones, y Termoemcali, (...) le solicitaron a la CREG la revisión de la medida prevista en el párrafo citado (...)

- *Comunicación CREG E-2010-009177, enviada por Empresas Públicas de Medellín:*

Respetuosamente solicitamos a la Comisión se permita revisar el impacto de lo establecido en la Resolución CREG 126 de 2010, numeral 16.1.2 “Procedimiento de aproximación ordinal si el Factor de Carga del Remitente es inferior a 0.5”, el cual modifica sustancialmente las parejas de cargos fijo y variable para los agentes con factores de carga inferiores a 0.5, y aumenta los costos fijos de transporte de gas que pagan actualmente los agentes térmicos que hacen parte del mercado de energía mayorista.

Específicamente en lo que corresponde a los contratos actualmente firmados por EPM para el transporte de gas de la termoeléctrica La Sierra los sobre costos estimados se están (sic) en 34 millones de dólares desagregados anualmente como se presenta en la siguiente tabla: (...)

(...)

Por lo anterior, solicitamos a la Comisión vevisar el impato (sic) de lo establecido en la numeral 16.1.2 de la Resolución CREG 126 de 2010, numeral 16.1.2, considerando que el incremento en los costos fijos del transporte de gas pone en riesgo la viabilidad económica de los generadores térmicos.

Adicionalmente, considerando que el sistema de transporte de ha expandido con las parejas 50% fijo y 50% variable de los contratos de largo plazo hoy firmados con los agentes térmicos, se propone diseñar una transición en la aplicación del numeral 16.1.2., como mínimo hasta la finalización de los contratos firmados hasta el 2020, en la que se adopten los nuevos cargos de transporte que aprueba la CREG, conservando la pareja de cargos 50%50% para estos casos.

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

(...)

- *Algunos generadores 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.*

(...)

- *La normatividad anterior exigía la firmeza total de suministro y con (sic) contemplaba el uso de factores de carga históricos de las plantas como vaor (sic) de referencia (sic) para las futuras contrataciones firmes de gas, para acceder a las OEF 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, 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%). (...)

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 y subraya el Tribunal)

Vistos estos antecedentes, advierte el Tribunal que, a raíz de las consideraciones que le fueron presentadas por varios agentes de la industria, entre ellos EPM e ISAGEN, la CREG al expedir la Resolución 079 de 2011 decidió acoger la recomendación de su Comité de Expertos en el sentido de modificar el Parágrafo 3º del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, bajo el entendido de que en los casos que fueron singularizados en el documento 065 de 2011 de dicha autoridad, “no sería apropiado que la regulación fuera más allá de lo pactado por las partes en sus contratos”, vale decir, en tales casos no resultaba necesario modificar la pareja de cargos convenida en los respectivos contratos, como consecuencia de la expedición de la nueva regulación; ello sin perjuicio, claro está, de que las partes pudieran de común acuerdo modificar la pareja de cargos previamente pactada.

Siendo ello así, considera el Tribunal que la regla del Parágrafo 3º del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2º de la Resolución CREG 079 de 2011, que se encuentra vigente y está cobijada por la presunción de legalidad propia de los actos administrativos, se debe interpretar en el sentido que las partes que al momento de entrar en vigencia está última resolución tuvieran contratos de transporte de gas vigentes, debían evaluar la aplicación de las opciones de determinación de la pareja de cargos establecidas en la misma (artículo 2º), para

definir en cada caso si a ello había o no lugar según lo pactado en los respectivos contratos, teniendo en cuenta lo señalado al respecto en el documento CREG 065 de 2011.

Bajo ese entendimiento, en el caso *sub judice*, se tiene que en los contratos celebrados por TGI con ISAGEN y EPM y dentro de la metodología de expansión por demanda basada en contratos de transporte de gas natural en firme, se previó desde un comienzo la remuneración proporcional de las inversiones hechas por aquélla en la expansión de su infraestructura de transporte (ampliación del gasoducto Ballena – Barrancabermeja) con los cargos que al inicio se pactaron - 50% de cargo fijo y 50% de cargo variable-¹³⁵, escenario este en el cual, de conformidad con lo señalado en el documento CREG 065 de 2011, no habría lugar a la modificación de tales parejas de cargos convenidas, como tampoco era ello procedente respecto del contrato ESTF-025-2007 en el que los cargos fijo y variable remuneraban la inversión, y siendo ello así las partes en dichos contratos no estaban obligadas a renegociar las parejas de cargos convenidas, por razón de la expedición de la Resolución CREG 079 de 2011, habida cuenta de lo cual el Tribunal denegará la pretensión quinta declarativa de la demanda de reconvención reformada de TGI contra EPM, relativa al contrato ESTF-026-2008, y las pretensiones quintas declarativas de la demanda de reconvención de TGI contra ISAGEN, relativas a los contratos ESTF-026-2008, ESTF-025-2008 y ESTF-08-2009.

Por consiguiente, al no acceder ISAGEN y EPM al requerimiento de TGI para que se adelantara tal renegociación y en su defecto se aplicara el mecanismo de aproximación ordinal, en el marco del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por la Resolución 079 de 2011, aquéllas no incurrieron en incumplimiento de lo pactado en dichos contratos, ni de la regulación de la CREG, ni del artículo 88 de la Ley 142 de 1994, ni actuaron de manera abusiva o contraria a la buena fe o a sus actos propios, habida cuenta de lo cual se denegarán las

¹³⁵ Dictamen de la perito Marcela Gómez Clark, p. 25 y s.s., Cuaderno de Pruebas No. 7, Folio 25 y s.s.

pretensiones pertinentes de las demandas de reconvención que se tratan en este acápite, esto es, las pretensiones novenas, décimas primeras, décimas terceras y décimas cuartas declarativas de la contrademanda de TGI contra ISAGEN, relativas a los contratos ESTF-025-2008, ESTF-08-2009 y ESTF-07-2005, y las pretensiones octava, décima, décima segunda y décima tercera declarativas de la contrademanda de TGI contra EPM, relativas al contrato ESTF-026-2008, respectivamente, y así se declarará en la parte resolutive del presente laudo.

Al punto se añade que el artículo 88 de la ley 142 de 1994, invocado por la parte que reconviene, no impone *per se* a las partes de los contratos de transporte del gas natural la obligación de renegociar las parejas de cargos pactadas cada vez que la CREG expida una nueva regulación sobre la metodología para la determinación de las parejas de cargos, pues dicha norma legal lo que dispone es que al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación definido por la CREG, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad, de acuerdo a las reglas allí señaladas, conforme a las cuales: (i) las empresas deben ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo en los casos excepcionales que se enumeran más adelante, pudiendo la comisión reguladora, de acuerdo con los estudios de costos, establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas, y definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada, (ii) las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de la ley 142 de 1994, y (iii) las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores, correspondiendo a las comisiones de regulación, periódicamente, determinar cuándo se dan estas condiciones, con base en los criterios y definiciones de la citada ley.

Así mismo, se denegarán las pretensiones declarativas décimas segundas de la demanda de reconvención de TGI contra ISAGEN, relativas a los contratos ESTF-

025-2008, ESTF-08-2009 y ESTF-07-2005, y la pretensión declarativa décima primera de la demanda de reconvención de TGI contra EPM, relativa al contrato ESTF-026-2008, teniendo en cuenta que al no estar ISAGEN y EPM obligadas a renegociar con TGI las parejas de cargos pactadas a la celebración de los contratos debatidos en este trámite, como consecuencia de la expedición de la Resolución CREG 079 de 2011, como se ha dejado explicado, la conducta de las entidades remitentes consistente en abstenerse de concurrir con TGI al mecanismo de aproximación ordinal, no constituyó una conducta abusiva, ni una obstrucción indebida e insalvable para su aplicación, ni un incumplimiento de la regulación y de los contratos, y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

Por lo expuesto, tampoco han de prosperar las pretensiones de la parte que reconviene en las cuales se pide declarar que en la ejecución de los contratos debatidos no se logró un acuerdo entre el respectivo remitente y el transportador, para la determinación de la pareja de cargos que remunera la inversión en los términos del artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por el artículo 2º de la Resolución CREG 079 de 2011, para el actual período tarifario.

3.3.8. Consideraciones sobre las pretensiones consecuenciales y condenatorias de las demandas de reconvención.

Al no prosperar las pretensiones declarativas de las demandas de reconvención relativas a la alegada obligación de las partes de ajustar la pareja de cargos pactada en los contratos de transporte del gas natural en firme debatidos, y al alegado incumplimiento de ISAGEN y EPM al negarse a cumplir con la metodología establecida en el artículo 16 de la Resolución CREG 126 de 2010, modificado por la Resolución CREG 079 de 2011, para determinar la pareja de cargos que se aplicaría a dichos contratos, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CREG 121 de 2012, y no acudir al procedimiento de aproximación ordinal previsto en dicha regulación, el Tribunal negará también las pretensiones consecuenciales de condena, esto es, las pretensiones décima quinta y décima sexta relativas a la

pareja de cargos del contrato ESTF-025-2008, y las correlativas pretensiones condenatorias décima séptima a la décima novena, y sus pretensiones subsidiarias, así como las pretensiones décima quinta y décima sexta relativas al contrato ESTF-08-2009, y las correlativas pretensiones condenatorias numeradas como “18.2. Pretensiones Condenatorias (...) Pretensión Décima Primera (...) Pretensión Décima Cuarta”, al igual que las pretensiones décima quinta y décima sexta relativas al contrato ESTF-07-2005, y las correlativas pretensiones condenatorias décima séptima a la décima novena, y sus pretensiones subsidiarias, todas de la demanda de reconvención de TGI contra ISAGEN, y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

Así mismo, el Tribunal negará las pretensiones décima cuarta y décima quinta relativas a la pareja de cargos del contrato ESTF-026-2008, y las correlativas pretensiones condenatorias décima sexta a la décima octava, y sus pretensiones subsidiarias, todas de la demanda de reconvención de TGI contra EPM, y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

En cuanto a las pretensiones condenatorias relativas a costas, se resuelven más adelante en el capítulo sobre esta materia del presente laudo.

Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, prosperan las excepciones formuladas por ISAGEN y EPM en sus contestaciones a las respectivas demandas de reconvención de TGI, según las cuales: (i) dichas entidades remitentes no estaban obligadas a modificar lo pactado en los contratos celebrados, (ii) en la regulación se respeta lo pactado en los contratos vigentes, (iii) los contratos han sido respetados por las entidades remitentes, (iv) cobro de lo no debido, (v) inexistencia de perjuicios, (vi) las entidades remitentes no han actuado en contra de sus propios actos, y (vii) los contratos son ley para las partes, y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive del presente laudo.

4. LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR LAS PARTES.

Como quiera que no han prosperado las pretensiones de las convocantes, el Tribunal se abstiene de estudiar las excepciones propuestas por la convocada, que tienden a enervar dichas pretensiones, pues, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, “(...) *en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad (...). De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido “y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolució del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces si es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen”* (G.J. XLVI, 623; XCI, pág. 830)”¹³⁶.

En similar sentido, otra sentencia de la misma Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que: “*La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle efectos. Apunta pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose*”¹³⁷.

Sin perjuicio de lo indicado en precedencia, debe el Tribunal indicar que al resolver las pretensiones de la parte convocante se pronunció sobre los supuestos que sustentan algunas de las excepciones de mérito propuestas por la convocada, y por ello, declarará su prosperidad en la parte resolutive del laudo.

Respecto de las excepciones propuestas por las demandadas en reconvención, el Tribunal estableció que prosperan las indicadas en los numerales 1; 2; 4; 5; 6 y 7,

¹³⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de diciembre de 2004, Magistrado Ponente Dr. Silvio Trejos

¹³⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 11 de junio de 2001, Magistrado Ponente Dr. Manuel Ardila.

propuestas por ISAGEN S.A. en el capítulo VI de la contestación a la demanda de reconvención de TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP, respecto de los contratos ESTF-025-2008 y ESTF-08-2009; así como la excepción propuesta en el numeral 1 del capítulo VII de la citada contestación, referida al contrato ESTF-07-2005; al igual que las indicadas en los numerales 1; 2; 4; 5; 6 y 7, propuestas por EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN EPM ESP en el capítulo VI de la contestación a la demanda de reconvención reformada de TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP, respecto del contrato ESTF-026-2008, y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive del presente laudo.

5. OBJECIONES A LOS JURAMENTOS ESTIMATORIOS.

Teniendo en cuenta la complejidad del asunto sometido a su conocimiento y todo el debate probatorio realizado en el presente trámite arbitral, e independientemente de la no prosperidad de todas las pretensiones de las demandas principales y de las demandas de reconvención, no se encuentran por parte del Tribunal elementos de juicio que indiquen inequívocamente conducta temeraria alguna que pudiese determinar la aplicación de la sanción prevista en el art. 206 del Código General del Proceso, por los juramentos estimatorios realizados en cada una de las demandas, ni mala fe en el comportamiento de las partes. Por lo tanto, no se impondrá sanción alguna por este aspecto y así se decidirá en la parte resolutive del presente laudo.

6. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 280 del Código General del Proceso, el Tribunal resalta la conducta procesal de las partes en este trámite, considerando que por intermedio de sus apoderados judiciales actuaron de manera diligente, leal y respetuosa.

CAPÍTULO CUARTO

COSTAS.

El numeral 5 del artículo 365 del C. General del Proceso establece:

“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.”.

En tal sentido, y teniendo en cuenta que no prosperaron las pretensiones de las demandas de las convocantes, y que solo prosperaron parcialmente algunas de las pretensiones declarativas de las demandas de reconvención, fundamentalmente referidas al tenor literal de algunas cláusulas contractuales y normas legales, el Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo 365, numeral 5º, del Código General del Proceso, se abstendrá de condenar en costas.

Así las cosas, considera el Tribunal, con base en la norma transcrita, que cada parte debe asumir los gastos del proceso, así como los honorarios de sus apoderados judiciales, y así se declarará en la parte resolutive del presente laudo.

CAPÍTULO QUINTO

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para resolver las controversias surgidas entre ISAGEN S.A. E.S.P. y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., parte convocante y demandada en reconvención, y TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP, parte convocada y demandante en reconvención, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y de acuerdo con la habilitación conferida por las partes, con el voto unánime de sus integrantes,

RESUELVE:

I. En relación con la demanda de ISAGEN S.A. ESP contra TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP:

PRIMERO.- Negar las pretensiones principales, las pretensiones subsidiarias, y las pretensiones por defecto, formuladas por ISAGEN S.A. ESP en su demanda contra TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior decisión, declarar que prosperan las excepciones indicadas en los numerales 5; parcialmente la 6.2; 7.2; 13 y 20, propuestas por TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP en la contestación a la demanda de ISAGEN S.A. ESP.

TERCERO.- Declarar que por las razones expuestas en la parte motiva no se hace pronunciamiento sobre las demás excepciones de mérito formuladas por TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP.

II. En relación con la demanda de reconversión de TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP contra ISAGEN S.A. ESP

CUARTO.- Declarar que los contratos ESTF-025-2008, ESTF-08-2009 y ESTF-07-2005 suscritos entre TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP e ISAGEN S.A. ESP, son válidos y vinculan a las partes.

QUINTO.- Declarar que el numeral 13 del capítulo II de los Contratos ESTF-025-2008, ESTF-08-2009 y ESTF-07-2005, que forma parte de las “*Condiciones Particulares*”, intitulado “*Ajuste Regulatorio*”, constituye una cláusula de ajuste regulatorio en los términos allí estipulados y con el alcance indicado en la parte motiva del presente laudo.

SEXTO.- Declarar que, de conformidad con lo previsto en el párrafo del numeral 6 del Capítulo II de los Contratos ESTF 025-2008 y ESTF-08-2009: “*En el momento en el que la Comisión de Regulación de Energía y gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecidos en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato*”, en los términos indicados en la parte motiva del presente laudo.

Así mismo, declarar que de conformidad con lo previsto en el numeral 13 del Capítulo II del Contrato ESTF-07-2005, “*Tanto las condiciones de prestación del Servicio como las condiciones técnicas y económicas incluidas en el presente Contrato, están sometidas a las normas que expida la CREG o quien haga sus veces, por tanto, pueden ser modificadas por éstos en cualquier momento sin necesidad de aceptación de las Partes*”, en los términos indicados en la parte motiva del presente laudo.

SÉPTIMO.- Declarar 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 6 del Capítulo II del Contrato ESTF-07-2005, los cargos de transporte aplicables para dicho Contrato, están sujetos a las modificaciones que periódicamente introduzca la CREG en materia tarifaria, en los términos indicados en la parte motiva del presente laudo.

OCTAVO.- Negar las demás pretensiones contenidas en la demanda de reconvencción de TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP contra ISAGEN S.A. ESP.

NOVENO.- Como consecuencia de la anterior decisión, declarar que prosperan las excepciones indicadas en los numerales 1; 2; 4; 5; 6 y 7, propuestas por ISAGEN S.A. en el capítulo VI de la contestación a la demanda de reconvencción de TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP, respecto de los contratos ESTF-025-2008 y ESTF-08-2009; así como la excepción propuesta en el numeral 1 del capítulo VII de la citada contestación, referida al contrato ESTF-07-2005.

DÉCIMO.- Declarar que no prosperan las demás excepciones propuestas por ISAGEN S.A. ESP.

III. En relación con la demanda de EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN EPM ESP contra TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP

UNDÉCIMO.- Negar las pretensiones principales, las pretensiones subsidiarias, y las pretensiones por defecto, formuladas por EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN EPM ESP en su demanda contra TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DUODÉCIMO.- Como consecuencia de la anterior decisión, declarar que prosperan las excepciones indicadas en los numerales 5; parcialmente la 6.2; 7.2; 13 y 20, propuestas por TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP en la contestación a la demanda de EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN EPM ESP.

DÉCIMO TERCERO.- Declarar que por las razones expuestas en la parte motiva no se hace pronunciamiento sobre las demás excepciones de mérito formuladas por TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP.

IV. En relación con la demanda de reconvención reformada de TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP contra EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN EPM ESP

DÉCIMO CUARTO.- Declarar que el contrato ESTF-026-2008, suscrito entre TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP y EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN EPM ESP, es válido y vincula a las partes.

DÉCIMO QUINTO.- Declarar que el numeral 13 del capítulo II del contrato ESTF-026-2008, que forma parte de las “*Condiciones Particulares*”, intitulado “*Ajuste Regulatorio*”, constituye una cláusula de ajuste regulatorio en los términos allí estipulados y con el alcance indicado en la parte motiva del presente laudo.

DÉCIMO SEXTO.- Declarar que, de conformidad con lo previsto en el párrafo del numeral 6 del Capítulo II del Contrato ESTF 026-2008: “*En el momento en que la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG o quien haga sus veces, modifique las opciones para la determinación de los cargos establecidos en la resolución CREG 001 de 2000, se deberá ajustar la pareja de cargos pactada en el presente contrato*”, en los términos indicados en la parte motiva del presente laudo.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Negar las demás pretensiones contenidas en la demanda de reconvención reformada de TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP contra EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN EPM ESP.

DÉCIMO OCTAVO.- Como consecuencia de la anterior decisión, declarar que prosperan las excepciones indicadas en los numerales 1; 2; 4; 5; 6 y 7, propuestas por EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN EPM ESP en el capítulo VI de la contestación a la demanda de reconvención reformada de TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. ESP, respecto del contrato ESTF-026-2008.

DÉCIMO NOVENO.- Declarar que no prosperan las demás excepciones propuestas por EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN EPM ESP.

V. En relación con otros aspectos:

VIGÉSIMO.- No condenar en costas, por las razones expuestas en la parte motiva del laudo.

VIGÉSIMO PRIMERO.- No imponer sanción alguna derivada de los juramentos estimatorios hechos por las partes.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios de los árbitros y del secretario, por lo cual se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, junto con el IVA respectivo, previo el cumplimiento de lo dispuesto respecto del pago de la contribución especial arbitral creada por la ley 1743 de 2014 y modificada por la ley 1819 de 2016. Así mismo, las partes deberán expedir los respectivos certificados de las retenciones practicadas a nombre de cada uno de los árbitros y del secretario.

VIGÉSIMO TERCERO.- En la oportunidad legal, el Presidente rendirá las cuentas de las sumas entregadas por las partes para cubrir los honorarios y gastos de este Tribunal, y si es del caso, devolverá a las partes cualquier saldo que quedare.

VIGESIMO CUARTO.- Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas de este Laudo con destino a cada una de las partes con las constancias de ley y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una vez se encuentre en firme este laudo.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR

Arbitro-Presidente

ISAAC ALFONSO DEVIS GRANADOS

Arbitro

JUAN CARLOS VARÓN PALOMINO

Arbitro

JAIME HUMBERTO TOBAR ORDOÑEZ

Secretario