

X CAPITULO

Transelca S.A. E.S.P. Contra Electrificadora
De la Costa Atlántica S.A. E.S.P.
(Electrocosta S.A. E.S.P.)

TRANSELCA S.A. E.S.P. con ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. E.S.P.
ELECTROCOSTA S.A. E.S.P.

PARTES: TRANSELCA S.A. E.S.P. contra
ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. E.S.P. ELECTROCOSTA S.A. E.S.P.

FECHA: 19 de septiembre de 2003

ARBITROS: Dr. Vicente Gutiérrez de Piñeres Morales
Dr. Sebastián Herrera Rodríguez
Dr. Jairo Morales Navarro

SECRETARIA: Dr. Carlos Pareja Emiliani

PROTOCOLARIZACION: E. P
Notaria xxxxxxxx del Círculo de
Cartagena

FALLO: En derecho

NORMAS CITADAS: C.P. arts. 163 y 23, Decreto 2279 de 1989 art. 2; Ley 142 de 1994, Art. 73.8; Resolución CREG No. 099 de 1997 art 2º; Resolución CREG No. 067 de 1998 art 9º.; Arts. 33, 302, 332 y 333 del C. P. C.
Contrato de Conexión. Incumplimiento del Contrato.

JURISPRUDENCIA: CSJ. Sentencia enero 18 de 1983
CSJ. Sentencia Abril 24 de 1984
CSJ. Sentencia Mayo 2 de 1989
Sentencia C-10-38 de 28 de noviembre de 1998

Doctrina:
Hernán Fabio López Blanco. Derecho Procesal Civil tomo 1º, Introducción y Parte General.
Jaime Guasp
Juan Guillermo Velásquez. Interpretación de Código de Procedimiento Civil. Parte General. 1ª edición.
Marco Gerardo Monro Cabra. Derecho Procesal Civil parte General 4ª edición.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

TRANSELCA S.A. E.S.P.

Vs.

ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A. E.S.P.

(ELECTROCOSTA S.A. E.S.P.)

XX.

XXI. LAUDO ARBITRAL

Cartagena de Indias D. T. y C., Diecinueve (19) de Septiembre del año Dos Mil Tres (2003).

Agotado el Trámite y dentro de la oportunidad legal para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el Laudo que finaliza el proceso arbitral, que fuera propuesto por la sociedad TRANSELCA S.A. E.S.P., en adelante TRANSELCA contra ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A. E.S.P. (ELECTROCOSTA S.A. E.S.P.), en adelante ELECTROCOSTA.

I. ANTECEDENTES- ASPECTOS GENERALES.

TRAMITE INICIAL.

PODER. PRESENTACION DE LA DEMANDA

Con fundamento en lo previsto en el Decreto No. 1818 de 1998, la sociedad TRANSELCA, representada legalmente por el señor GUIDO ALBERTO NULLE AMIN, como parte CONVOCANTE, otorgó poder a los Abogados Doctores JESUS VALL DE RUTTEN RUIZ y ARNALDO MENDOZA TORRES como principal y suplente respectivamente. El primero de los mencionados formuló el día 22 de Agosto de 2002, la solicitud de CONVOCATORIA A UN TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO ANTE EL CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA, con el objeto de dirimir las diferencias surgidas con la sociedad ELECTROCOSTA, por causa o con ocasión del Contrato de Conexión No. C-3375-95 y su adicional C-3375-A-97, celebrados entre la CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA – CORELCA y la ELECTRIFICADORA DE BOLÍVAR respecto de los cuales las sociedades intervinientes en el presente tramite arbitral tienen la calidad de cesionarias.

ADMISION DE LA DEMANDA ARBITRAL.

La demanda arbitral fue admitida por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, mediante proveído de fecha 23 Agosto de 2002, en la cual se ordenó correr traslado de la solicitud de convocatoria a la sociedad ELECTROCOSTA, por el término de diez (10) días, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 428 del C. de P.C. y se le reconoció al Abogado Doctor JESUS VALL DE RUTTEN RUIZ como apoderado de TRANSELCA, de acuerdo con el poder conferido.

ELECTROCOSTA. NOTIFICACION DE LA DEMANDA.

ELECTROCOSTA, mediante memorial de fecha 17 de Septiembre de 2003, dirigido al señor Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, otorgó poder al Abogado Doctor DANILO DEVIS PEREIRA para notificarse de la demanda y representar a la mencionada sociedad hasta la terminación del proceso arbitral promovido por TRANSELCA.

El Dr. DANILO DEVIS PEREIRA, actuando como apoderado de ELECTROCOSTA, se dio por notificado de la Demanda Arbitral el día 23 de Septiembre de 2002 y mediante una persona autorizada para ello, recibió copia de la demanda y sus anexos.

RECURSO DE REPOSICION.AUTO ADMISORIO DE DEMANDA.

El apoderado de ELECTROCOSTA, mediante escrito de fecha 24 de Septiembre de 2002, ratificado el 11 de Marzo de 2003 interpuso Recurso de Reposición contra el auto admisorio de la demanda de fecha Agosto 23 de 2003 con el objeto que se revocara y en su lugar se le inadmitiera de conformidad con el artículo 85, numeral 1° del C. de P.C.

TRASLADO A TRANSELCA.

El Centro de Arbitraje, el 27 de Septiembre de 2002, dio traslado del recurso de reposición a TRANSELCA, la cual presentó escrito de fecha 30 de Septiembre de 2002, oponiéndose al recurso de reposición y solicitó que se resolviera desfavorablemente la petición de ELECTROCOSTA. Fundamentó, su petición en que no existe duda respecto de la satisfacción del requisito legal en la demanda, las pretensiones presentadas son de claridad indiscutible y no existe fundamento para que, ni la parte convocada ni los árbitros, puedan sentirse confundidos ante la claridad y especificidad de lo que se pretende.

PRONUNCIAMIENTO DEL CENTRO DE ARBITRAMENTO.

El Centro de Arbitramento, mediante providencia de fecha Octubre 7 de 2002, resolvió sobre su propia competencia y dejó que el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO resolviera lo referente a la inadmisión de la demanda por falta de los requisitos establecidos en el N° 5 del art. 75 del C. de P.C.

En consecuencia, el Centro resolvió negando el Recurso de Reposición interpuesto por el apoderado de ELECTROCOSTA, confirmando la decisión de fecha 23 de Agosto de 2002, y reconociendo al Dr. Danilo Devis Pereira como apoderado de ELECTROCOSTA.

ELECTROCOSTA. RESPUESTA A LA DEMANDA. EXCEPCIONES.

En firme el auto que admitió la solicitud de Convocatoria a este Tribunal, ELECTROCOSTA, dio respuesta a la demanda mediante escrito presentado el día 23 de Octubre de 2002, oponiéndose a las pretensiones formuladas; además, propuso excepciones de mérito consistente en: Petición

de Modo Indebido, Cosa Juzgada, Caducidad, Inexistencia de Obligación y "las demás que resulten probadas en el curso del proceso".

LLAMAMIENTO EN GARANTIA.

Adicionalmente formuló llamamiento en garantía a la ELECTRIFICADORA DE BOLÍVAR S.A. en Liquidación representada legalmente por su liquidador Dr. FROILAN CEPEDA DIAZGRANADOS.

El centro fijó en lista las excepciones de mérito y el llamamiento en garantía, advirtiéndole que lo referente a las mismas sería resuelto por los árbitros tal y como lo establece el capítulo dos del Decreto 1818 de 1998.

Dentro del término de traslado de las excepciones, TRANSELCA solicitó pruebas adicionales y dio respuesta a las excepciones presentadas por ELECTROCOSTA.

Por auto de fecha 13 de Noviembre de 2002, el Centro de Arbitraje, fijó la AUDIENCIA DE CONCILIACION para el día 29 de Noviembre de 2002.

Los señores apoderados de Convocante y Convocada, de común acuerdo, con fundamento en el artículo 170 N° 3 del C. de P. solicitaron la suspensión del proceso hasta el 15 de Enero de 2003.

NOMBRAMIENTO DE ARBITROS.

El día 7 de febrero de 2003, se cumplió en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena la AUDIENCIA DE NOMBRAMIENTO DE ARBITROS.

En la diligencia mencionada, ambas partes presentaron sendos poderes, por parte de TRANSELCA con facultades para modificar el Pacto Arbitral en lo que considere conveniente y designar árbitros; por su parte ELECTROCOSTA, con facultades para modificar la cláusula compromisoria en el sentido de acogerse a las tarifas de árbitros señaladas por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, modificar el término de duración, escoger y designar árbitros, por lo anterior las partes convinieron en señalar, que los árbitros serán escogidos de común acuerdo por ellas; que se acogerían a las tarifas y reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena; así como a un término de tres (3) meses para la duración del Tribunal, incluida la posibilidad de solicitar la prórroga de dicho término.

Las partes procedieron a designar a los tres (3) árbitros, así: 1. SEBASTIAN HERRERA RODRIGUEZ. 2. JAIRO MORALES NAVARRO. 3. VICENTE GUTIERREZ DE PIÑEREZ MORALES. Los árbitros aceptaron la designación del cargo dentro del término legal.

AUDIENCIA DE INSTALACION DEL TRIBUNAL.

Según Acta de fecha 18 de Febrero de 2003, se celebró la Audiencia de Instalación de este Tribunal de Arbitramento, con asistencia de la directora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, los árbitros designados y los apoderados de las partes.

El Tribunal recibió de parte de la Directora del Centro de Arbitraje, el expediente del proceso, con las actuaciones surtidas hasta ese momento como en efecto se hizo. El Tribunal procedió a nombrar Presidente al árbitro Doctor VICENTE GUTIERREZ DE PIÑERES MORALES, quien aceptó y tomó posesión del cargo. Acto seguido el Tribunal designó como Secretario al Doctor CARLOS EDUARDO PAREJA EMILIANI, abogado, quien estando presente en la audiencia aceptó el cargo y tomó posesión de él ante el Presidente del Tribunal.

Debidamente instalado el Tribunal de Arbitramento, teniendo en cuenta las pretensiones, los antecedentes y elementos de juicio del caso, fijó los honorarios para cada Arbitro y del Secretario, los gastos de funcionamiento y administración y una suma estimada para protocolización, registro y otros.

Consignado el valor de los honorarios y gastos dentro de la oportunidad legal para ello, el tribunal mediante auto de fecha 11 de Marzo de 2003 procedió a fijar para el día 25 de Marzo de 2003 la PRIMERA AUDIENCIA DE TRAMITE.

TRANSELCA. REPOSICION DEL AUTO PARA PRIMERA AUDIENCIA.

TRANSELCA mediante escrito fecha 18 de Marzo de 2003, presento RECURSO DE REPOSICIÓN contra el proveído de fecha Marzo 11 de 002, mediante el cual se señaló fecha para llevar a cabo la primera audiencia de tramite alegando que no había sido celebrada la audiencia especial de conciliación prevista por los ordinales 1 y 2 el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, en armonía con los artículos 430 y 432 del C. de P.C.

La aludida audiencia, tal como se ilustra en lo anteriormente expuesto, está prevista para ser llevada a cabo con anterioridad a la celebración de la primera audiencia de trámite.

TRANSELCA mediante escrito de fecha 21 de marzo del presente año insistió para que en la oportunidad procesal respectiva el Tribunal se declare competente respecto del litigio sometido a su conocimiento

TRANSELCA mediante escrito de fecha 21 de marzo de 2003, solicitó al Tribunal referirse al alegato de la convocada de fecha 11 de Marzo de 2003, a través del cual esta última alego la falta de un presupuesto procesal para la admisión de la demanda

EL PROCESO ARBITRAL.

LA DEMANDA DE TRANSELCA.

El apoderado de TRANSELCA fundamenta su demanda en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

Entre la CORPORACION ELECTRICA DE LA COSTA ATLANTICA – CORELCA, y la sociedad ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR., suscribieron el Contrato de Conexión N° C-3.375-95 de fecha quince (15) de agosto de (1995). El objeto del mismo, fue fijar los parámetros, términos y criterios por los que se regirían las relaciones comerciales entre las partes, por el uso que hiciera entre otros ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR S.A. de los equipos de propiedad de CORELCA que permitieran el acceso al Sistema de Transmisión Nacional, dentro del marco de la regulación vigente para la época de su celebración. El plazo fijado en tales contratos corría desde el 31 de Julio de 1995, al 31 de Julio de 1997.

Dentro del citado contrato en la cláusula décima tercera, se estableció cláusula compromisoria, mediante la cual, las partes convinieron someter sus diferencias a un Tribunal de Arbitramento en los términos y condiciones que aparecen descritos en el acápite PACTO ARBITRAL.

Con fecha 31 de julio de 1997, La CORPORACION ELECTRICA DE LA COSTA ATLANTICA – CORELCA, y la ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR, modificaron el Contrato de Conexión descrito en el numeral anterior, conviniéndose, entre otros aspectos técnicos, la prórroga de su término de duración hasta el 31 de julio de 1999.

Mediante el Contrato de Transferencia de Activos suscrito entre CORELCA y TRANSELCA, que consta en la Escritura Pública 1001 de Agosto 19 de 1998 otorgada en la Notaría Única de Baranoa (Atlántico), CORELCA efectuó, a favor de TRANSELCA, transferencia general de activos entre ellos, aquellos cuya remuneración estaba pactada en los contratos de conexión de las Electrificadoras de la Costa Atlántica al Sistema de Transmisión Nacional STN, y aquellos otros de tensión inferior a 220 KV., que siendo de propiedad de CORELCA, venían siendo utilizados por las Electrificadoras de Bolívar y en general por todas las Electrificadoras de la costa, para su conexión a los distintos sistemas de transmisión.

Mediante mecanismos similares a los cumplidos para la cesión de activos de CORELCA a TRANSELCA, las Electrificadoras de la Costa Atlántica, y entre ellas la Electrificadora de Bolívar, cedió a ELECTROCOSTA sus activos, conviniéndose además que ELECTROCOSTA reemplazaría a la Electrificadora de Bolívar, en la prestación del servicio público de energía eléctrica en el área del Departamento de Bolívar, mediante acuerdo individual de cesión la Electrificadora del Bolívar, cedió a ELECTROCOSTA el Contrato de Conexión arriba indicados.

Hubo entonces cesión de las posiciones contractuales en el Contrato tantas veces mencionado de CORELCA a TRANSELCA y de ELECTRIBOL a ELECTROCOSTA.

La Ley 143 de 1994, estableció el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional.

A su vez, señaló en su artículo 20, que la regulación de la prestación del servicio en cualquiera de sus actividades, estaría a cargo de La Comisión de Regulación de Energía y Gas- en adelante (CREG)- teniendo como objetivo básico, el aseguramiento de "una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio".

La Resolución No. 001 de 1994, expedida por la CREG, reglamentó el transporte de energía eléctrica por el Sistema de Transmisión Nacional y reguló la liquidación y administración de las cuentas originadas por los cargos de uso de dicho sistema.

En la Resolución aludida, refiere la demanda, se definen, entre otros, los siguientes conceptos:

Que las empresas transportadoras estarían remuneradas por Cargos por uso, Cargos por conexión a la red nacional y Servicios complementarios de red. De tales conceptos, los contratos a que se refiere la demanda, regulaban los cargos por conexión al sistema de transmisión nacional.

Mediante la Resolución 002 de 1994, la CREG reguló el acceso y uso de los sistemas de transmisión de energía eléctrica, estableció la metodología y el régimen de cargos por conexión y uso de los sistemas de transmisión, definió el procedimiento para su pago, y precisó el alcance de la resolución 010 de 1993 expedida por la Comisión de Regulación Energética. En el anexo 1, parte I de la Resolución 02, se reglamentó la metodología para el establecimiento de cargos por uso del Sistema de Transmisión Nacional.

A su vez, La Resolución 003 de 1994, "Por la cual se reglamenta el transporte de energía eléctrica por los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local", al igual que hizo la 001 para el Sistema de Transmisión Nacional, introduce los aspectos más relevantes en la reglamentación de tales sistemas.

Dice la Resolución 004 del 02 de Noviembre de 1994 estableció la metodología para el cálculo de los cargos por Uso de los Sistemas de Transmisión Regional y de Distribución Local, disponiendo un sistema de remuneración análogo al establecido para los cargos por conexión al Sistema de Transmisión Nacional en la parte segunda del anexo 1 de la Resolución 002, solo que considerando activos de tensión inferior a 220kV como es lo propio de aquellos sistemas. En tal metodología se destaca la inclusión de todos los activos desde la conexión al STN hasta el punto de entrega al usuario final.

En la Resolución CREG 075 de Abril 04 de 1997 se establecieron las bases para modificar la resolución 004 de 1994 con el fin de calcular los cargos por uso a los STN y SDL que regirían a partir del 1º de Enero de 1998. En esta resolución en su artículo octavo se estableció el "cronograma para la aprobación de la metodología para el cálculo de los cargos por uso de cada transportador para el primer periodo de vigencia", en desarrollo de ella, se solicitó a las "Electrificadoras" entregar la información requerida para el cálculo de la tarifa acorde con la metodología prevista que tomaba en cuenta la totalidad de los activos, que hacían parte de los correspondientes Sistemas de Transmisión Regional (STR) y Sistema de Distribución Local (SDL), para considerarlos en la resolución. Para la entrega de esa información se les dio plazo hasta el día 15 de Julio de 1.997 (Literal c)

En la Resolución 099/97 la CREG estableció como principio general que: "...los cargos por uso que la CREG apruebe para un transportador incluirán los costos asociados con los sistemas

eléctricos necesarios para llevar el suministro desde la conexión al Sistema de Transmisión Nacional (STN) hasta el punto de entrega al usuario..." (Art. 2° lit. b) y señaló además: "... los transportadores deben calcular los cargos correspondientes al sistema propio, entendiéndose por sistema propio la infraestructura eléctrica, independientemente de la propiedad de la misma, requerida para prestar el servicio en una determinada área geográfica, y que cuente con conexión física ya sea al sistema de transmisión nacional, o a otro sistema de transmisión regional y/o distribución local"(ordinal 5° Anexo 1).

Una vez entró en posesión de los activos, TRANSELCA pasó a determinar la totalidad de los bienes de su propiedad que venían siendo utilizados por ELECTROCOSTA, y sobre la base de los cuales esta última cobraba a sus usuarios el cargo por uso de STR y/o SDL dentro de la tarifa (D), encontrando, según su criterio, que los activos relacionados en el anexo No. 7 de la demanda no venían siendo remunerados por los contratos que había recibido en cesión de las Electrificadoras, sin que en ningún caso, hubiese sido voluntad de las partes, incluirlos dentro del total de la remuneración pactada en tales contratos o condonar su cobro. Dentro de tales activos se incluyen, tanto los activos de tensión inferior a 220 KV., como los nuevos ramales a 220 KV.

Con el fin de procurar de forma integral la remuneración de la totalidad de sus activos y tomando en consideración la posibilidad que estableció la resolución CREG 099/97, para dar cumplimiento al OTROSI de los contratos de conexión y ante el vencimiento de los plazos previstos en las Resoluciones 050 y 051 en Diciembre de 1997, TRANSELCA remitió a ELECTROCOSTA S.A. E.S.P., nuevas minutas de contratos de conexión con el fin de incluir en la contraprestación económica a cargo de esta última por uso de activos de la sociedad que apodero, los activos con tensiones inferiores a 220 KV, y recoger en ellos los nuevos aspectos regulatorios."

Mediante comunicación No. EC-PRES-0070 del 27 de Enero de 1999 dirigida a TRANSELCA, ELECTROCOSTA ofreció remunerar los activos que utilizan para su conexión al Sistema de Transmisión Nacional, sugiriendo al respecto tener como base el 92% de los valores máximos de reposición a nuevo.

En la citada comunicación, el Presidente Ejecutivo de ELECTROCOSTA y ELECTRICARIBE, manifestó "...somos conscientes que debemos remunerar a TRANSELCA el uso de los equipos que actualmente estamos utilizando y por los cuales recibimos ingresos vía tarifas de energía, a pesar de lo anterior también es cierto que ha sido difícil identificar los elementos o equipos por los cuales estamos recaudando".

Como puede verse, en ninguna de las estipulaciones contractuales, ni en el desarrollo comercial de los contratos, tanto en la época en que las partes eran CORELCA y las Electrificadoras como desde que operó la cesión de los contratos, se han remunerado con cargo a los contratos de conexión los activos de voltaje inferior a 220 kv., que forman parte de los activos de conexión que deben ser remunerados.

TRANSELCA presentó ante ELECTROCOSTA, para su pago, las facturas números 129, 130, 131, 132, 133, 134 y 135 en las cuales se incluían los valores de los activos cuya utilización,

según palabras de la convocada, no se había remunerado, por el periodo comprendido entre el 21 de Agosto de 1998 y el 28 de Febrero de 1999.

Mediante comunicación EC-LEG-0238-99 de Mayo 3 de 1999, el Presidente Ejecutivo de ELECTROCOSTA, devolvió sin cancelar las facturas 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, presentadas para su pago por TRANSELCA, antes aludidas, sobre la base de considerar que "los actuales contratos de conexión, son aplicables a la totalidad de los activos de conexión de TRANSELCA utilizados por Electrocosta y Electricaribe, que los precios allí pactados están vigentes y son obligatorios entre las partes y que no podríamos hacer pagos adicionales a los mismos sino mediante unos nuevos contratos de conexión acordados libremente".

Posteriormente TRANSELCA mediante comunicación de fecha 25 de mayo de 1999 remitió nuevas facturas por los mismos conceptos, con el fin de insistir ante dicha sociedad la cancelación de los valores incluidos en ellas.

Las facturas acompañadas a la comunicación de mayo 25 de 1999 son las que a continuación se señalan:

Factura	Periodo Facturado	Valor Total Factura	Estaciones en Bolívar
210	21/08/98 – 31/08/98	\$183.954.190.00	\$131.143.750.00
211	01/09/98 – 30/09/98	\$518.580.959.00	\$369.704.282.00
212	01/10/98 – 31/10/98	\$521.109.892.00	\$371.507.222.00
213	01/11/98 – 30/11/98	\$522.157.380.00	\$372.217.967.00
214	01/12/98 – 31/12/98	\$523.010.333.00	\$372.862.050.00
215	01/01/99 – 31/01/99	\$537.809.830.00	\$383.412.838.00
216	01/02/99 – 28/02/99	\$544.229.430.00	\$387.989.469.00

De igual forma, para cubrir el periodo comprendido entre Marzo 1 de 1999 y Julio 31 del mismo año, TRANSELCA S.A. E.S.P., envió a ELECTROCOSTA, las siguientes facturas:

Factura	Período Facturado	Fecha de Presentación	Valor Total Factura	Estaciones en Bolívar
184	01/03/99-31/03/99	12/04/99	\$542.884.728.00	\$387.030.808.00
202	01/04/99-30/04/99	11/05/99	\$544.453.761.00	\$388.149.398.00
233	01/05/99-31/05/99	09/06/99	\$545.029.073.00	\$388.559.544.00
259	01/06/99-30/06/99	09/07/99	\$548.585.539.00	\$391.095.005.00
291	01/07/99-31/07/99	13/08/99	\$558.052.027.00	\$397.843.809.00

Con base en lo dispuesto en la Resolución N° 067 de 1998 expedida por la CREG, TRANSELCA sometió a la decisión de esa comisión, mediante arbitraje, la solución del conflicto surgido con ELECTROCOSTA, solicitándole definir, si los activos de tensión inferior a 220 KV, estaban

incluidos en los contratos de conexión celebrados entre CORELCA y las Electrificadoras y cedidos a TRANSELCA y ELECTROCOSTA.

En la propia audiencia de instalación, la CREG, manifestó que carecía de competencia para proferir pronunciamientos constitutivos o de condena, lo cual también le inhibe para disponer absoluciones sobre pretensiones económicas y en consecuencia se abstuvo de pronunciarse sobre aquellas pretensiones que suponían el reconocimiento de obligaciones dinerarias. La decisión de la CREG plantea una necesaria distinción entre los conceptos de inclusión de los activos en los contratos, es decir la posibilidad de que las relaciones surgidas entre las partes con ocasión de la utilización de tales activos estuviese o no regulada por las cláusulas contractuales, y la remuneración de los mismos, en cuanto que la asunción de competencia implica que la inclusión no guarda relación con la remuneración.

Como consecuencia de lo anterior, y de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia la decisión de la CREG se contrajo a determinar que la regulación contractual era aplicable a los activos de conexión de tensiones inferiores a 220 kV, pero sin pronunciarse sobre la circunstancia de que los mismos estuviesen siendo remunerados por el contrato.

Con fecha 7 y 11 de Octubre de 1999 TRANSELCA y ELECTROCOSTA suscribieron un nuevo contrato de conexión en el cual se incluyó la remuneración de todos los activos, aún la de aquellos de tensiones inferiores a 220 kV.

Afirma el demandante que si se comparan los precios establecidos en los contratos a que se refiere la demanda y los fijados en los nuevos contratos, se encontrará que el aumento del valor entre unos y otros, obedece fundamentalmente a la remuneración de la totalidad de los activos, por cuanto la diferencia entre el valor inicial del nuevo contrato y el valor reajustado de los contratos iniciales celebrados entre CORELCA y las Electrificadoras respectivas, corresponde a la remuneración de los activos no remunerados en estos últimos, la cual además se estableció tomando como base los valores unitarios de la Resolución CREG 155 de 1997 y aplicando la metodología de reajuste señalada en las disposiciones de la CREG.

SOLICITUDES DE DECLARACIONES Y CONDENAS DE TRANSELCA.

"

Que se declare que la ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A. E.S.P. adeuda a la Sociedad que apodero la remuneración derivada del uso de los activos de conexión a tensiones inferiores a 220 Kv. y de algunos ramales nuevos de esa misma tensión, por el periodo comprendido entre el 21 de Agosto de 1.998 y el 31 de Julio de 1.999.

Que se condene a ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A. E.S.P al pago de los valores que adeuda a la sociedad que apodero y que corresponden a la remuneración derivada del uso de los activos de conexión a tensiones inferiores a 220 k.v. y a algunos ramales nuevos de esa misma tensión, por el periodo comprendido entre el 21 de Agosto de 1.998 y el 31 de Julio de 1.999.

Que se condene a la sociedad ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A. E.S.P al pago de los correspondientes intereses moratorios a la tasa máxima autorizada por la ley para casos de mora.

Que se ordene el reconocimiento y pago de la corrección monetaria o actualización del valor del dinero sobre el monto de las sumas que resulten probados (sic) durante el trámite arbitral.

Que se condene a la sociedad demandada, al pago de las costas, los gastos del proceso y las agencias en derecho”.

RESPUESTA A LA DEMANDA.- OPOSICIONES Y EXCEPCIONES

Dentro de la oportunidad legal, ELECTROCOSTA dio respuesta a la demanda, atacando la competencia del Tribunal, aceptando algunos hechos, negando otros, formulando oposiciones y excepciones, todo con las respectivas solicitudes de pruebas, para acreditar su derecho.

RESPUESTA A LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

ELECTROCOSTA dio respuesta a los hechos de la demanda:

Muy especialmente se destaca la respuesta al HECHO 3.4 de la Demanda al cual se refirió la demandada, de la siguiente manera:

“3.4.- No es cierto.- El 2 de febrero de 1999 TRANSELCA formuló demanda arbitral ante la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) contra ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. y ELECTRIFICADORA DE LA COSTA S.A. E.S.P., para que a través de proceso declarativo puro se decidiera la controversia surgida respecto de si en los contratos de conexión nos 3.373-95, 3.375-95 y 3.395-95, se excluyeron o no (sic) los activos correspondientes a niveles de tensión inferior a 220 kv.

Como consta en los hechos de su demanda ante la CREG, la controversia surgió porque TRANSELCA, afirmando esa exclusión, reclamó una remuneración por el uso de tales activos, cosa que ELECTRICARIBE y ELECTROCOSTA rechazaron, afirmando lo contrario.

Por laudo arbitral proferido en resolución no. 076 de 22 de mayo de 2001 (anexo #1), que se encuentra ejecutoriado, la CREG resolvió el conflicto así:

"ARTICULO 1°. Definir el conflicto presentado entre TRANSELCA S.A. E.S.P. y las sociedades ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A. E.S.P. y ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. en cuanto a la interpretación de los contratos de conexión No. 3.373-95, 3.375-95 y 3.395-95, y sus respectivos adendos, en el sentido que en el objeto de los mencionados contratos las partes definieron las características de los activos sometidos al ámbito de aplicación de los mencionados contratos, entre las cuales no se pactó la exclusión de los correspondientes a niveles de tensión inferior a 220 KV.

"ARTICULO 2°. Contra el presente Laudo procede el recurso de anulación, el cual podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación según lo previsto en el Decreto 1818 de 1998. Este laudo arbitral podrá ser aclarado, corregido o complementado de oficio, o a solicitud de una de las partes dentro del mismo término." (he subrayado)

La CREG conoció y decidió este conflicto con fundamento en la competencia otorgada por la ley 142 de 1994, art. 73.8, y el art. 9° de la resolución CREG 067 de 1998, según el cual "Los conflictos que se sometan a definición mediante arbitraje, deberán estar exclusivamente encaminados a conseguir que la Comisión defina las controversias entre los diferentes agentes económicos que participen en las actividades del sector, en cuanto a interpretación de los acuerdos operativos y comerciales y no a obtener decisiones de naturaleza constitutiva o de condena".

Conforme a lo así dispuesto, tales agentes pueden resolver sus controversias ante la CREG a través de procesos declarativos puros, que son aquellos en los cuales se "se solicita al juez que declare la existencia o inexistencia de un derecho o relación jurídica, sin que se trate de imponer al demandado ninguna responsabilidad, ni de alegar incumplimiento, ni de pedir se modifique una relación jurídica existente o que se constituya una nueva.", pues a través de (sic) clase de procesos solo "se busca la certeza judicial del derecho o la relación jurídica."

Mientras que en los procesos de condena y constitutivos, se persigue que como consecuencia de una declaración de certeza sobre la existencia de un derecho o relación jurídica —que siempre debe darse previamente—, se imponga al demandado una condena o prestación, o se modifique una situación jurídica preexistente.

Ahora bien, derecho y obligación jurídicas son conceptos correlativos, de manera que donde hay un derecho, hay una correlativa obligación. De donde se desprende que cuando el juez a través de un proceso declarativo puro fija la existencia de un derecho en un sujeto, simultáneamente declara la existencia de una obligación jurídica en otro sujeto; y viceversa, cuando declara la inexistencia de una obligación jurídica en un asunto, simultáneamente declara la inexistencia de una obligación jurídica en otro sujeto.

Y una vez ejecutoriada la declaración que surja de un proceso declarativo puro, sobre la existencia o inexistencia de un derecho, esa declaración se torna inmutable y definitiva, que son los efectos propios del instituto de la cosa juzgada.

De manera que si la CREG profirió laudo o sentencia, declarando que en el Contrato de Conexión no. C-3375-95 de agosto 15 de 1995, "las partes definieron las características de los activos sometidos al ámbito de aplicación de los mencionados contratos entre los cuales no se pactó la exclusión de los correspondientes a niveles de tensión inferior 220KV", esta declaración judicial de certeza implica para la convocante la obligación de permitir su uso por la convocada, sin exigir remuneración distinta o adicional a la pactada en el contrato en que están incluidos.- E igualmente implica el reconocimiento del derecho correlativo de la convocada a utilizar esos activos, en las mismas condiciones.

Si la CREG hubiese resuelto el conflicto en favor de TRANSELCA, declarando la exclusión de tales activos del Contrato de Conexión de allí habría surgido su derecho a exigir una remuneración por su uso, y la obligación correlativa de ELECTROCOSTA de pagarla. Y con fundamento en esa precisa declaración positiva de certeza, podía promover un proceso de condena ante juez o tribunal distinto de la CREG (donde solo se tramitan procesos declarativos puros), para que se le impusiera a ELECTROCOSTA la consecuente obligación de pagar la remuneración que correspondería a los activos excluidos.

En este último proceso solo se discutiría la cuantía o modalidad de tal remuneración, y no podría ser objeto de litigio la base o fundamento de esa condena –que lo sería aquella exclusión--, pues sobre ese punto ya existiría una declaración judicial de certeza, definitiva e inmutable.

Con relación al HECHO 3.59 de la demanda, el demandado afirma que TRANSELCA omitió de sus pretensiones, pero la incluyó dentro de sus hechos, la afirmación de la exclusión como base o fundamento de sus cuatro pretensiones o condenas.

Que el conflicto sobre la exclusión o inclusión de tales activos en los Contratos de Conexión, que sería lo que le otorgaría o no el derecho a cobrar remuneración por su uso, fue resuelto en el laudo proferido por la CREG a solicitud de TRANSELCA.

Que comparando los Fundamentos de Hecho de esta demanda arbitral con las Peticiones de la demanda de TRANSELCA ante la CREG, se encuentra que hay completa identidad objetiva y subjetiva, ya que persiguen las mismas declaraciones con base en una sola causa y se ejercen sobre un mismo objeto.

PRIMERA AUDIENCIA DE TRAMITE.

El Tribunal de Arbitramento, con la presencia de las partes, celebró la primera audiencia de trámite el 25 de Marzo del presente año.

En esta audiencia se cumplieron los siguientes trámites:

Se determinó la capacidad legal suficiente de las partes, convocante y convocada.

Se dio lectura a, la Cláusula Compromisoria, a las Pretensiones de la demanda a la respuesta y a las oposiciones y excepciones.

El Tribunal declaró ser competente para conocer del presente proceso arbitral; resolvió el recurso de reposición interpuesto por la parte convocante contra el auto que señaló fecha y hora para la celebración de la Primera Audiencia de Trámite.

Con relación a la petición de ELECTROCOSTA en el sentido de reponer el auto que admitió la solicitud de convocatoria al Tribunal de Arbitramento, alegando ELECTROCOSTA que la demanda no reúne los requisitos legales, el Tribunal dispuso que ese punto será resuelto en el laudo que se dicta al final del proceso. En efecto, en la presente providencia el Tribunal se ocupa de este específico asunto cuando más adelante resuelve sobre la excepción denominada PETICION DE MODO INDEBIDO.

DILIGENCIA DE CONCILIACION.- En la misma diligencia, estando presentes las partes, se adelantó la diligencia de conciliación en procura de un acuerdo conciliatorio, sin éxito, declarándose fracasada dicha conciliación.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA.

Atendiendo la solicitud de ELECTROCOSTA el Tribunal dispuso LLAMAR EN GARANTIA a ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR S.A. E.S.P. en Liquidación.

El apoderado de TRANSELCA interpuso recurso de reposición contra el auto que llamó en garantía a ELECTRIBOL, el Tribunal dió traslado a la contraparte y en la audiencia del 31 de Marzo de 2003, se confirmó LLAMAR EN GARANTIA a dicha empresa en liquidación.

La llamada en garantía designó apoderado especial, quien dio respuesta al llamamiento, negándose a comparecer y advirtiendo que no reconoce ni adhiere al pacto arbitral ya que su procurada es totalmente extraña a los hechos.

Atendiendo lo formulado por ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR- En Liquidación, el Tribunal resolvió continuar conociendo del presente proceso arbitral sin la intervención de dicha empresa. De esta manera, el Laudo que se dicte en el presente proceso arbitral no cobijará a ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR – En Liquidación.

En la audiencia se admitió la reforma a la demanda, presentada por TRANSELCA, consistente en aportar una prueba pericial con fundamento en el Artículo 10 numeral 1 de la Ley 446 de 1998, incorporada al Artículo 183 de C. de P.C., por modificación que introdujo el Artículo 18 de la Ley 794 de 2003.

La prueba pericial aportada por TRANSELCA consistió en el experticio privado adelantado por los Ingenieros HERNAN CORREA NOGUERA y HEBERTO MARTINEZ DAVILA, denominado

ESTUDIO DE LOS HECHOS Y DOCUMENTOS RELACIONADOS CON LA CONTROVERSIA SUSCITADA ENTRE TRANSELCA Y ELECTRICARIBE – ELECTROCOSTA.

Complementó TRANSELCA que de no acoger el experticio se designe un perito experto en el tema de Ingeniería Eléctrica.

Siendo oportuna la reforma a la demanda, se le corrió traslado por el término de cinco (5) días a la contraparte ELECTROCOSTA.

CONTINUACION DE LA PRIMERA AUDIENCIA DE TRAMITE.

El 2 de Mayo de 2003 el Tribunal recibió la respuesta de ELECTROCOSTA a la reforma a la demanda, en el alegato se pronunció específicamente sobre el concepto técnico anexo por la convocante y sobre el cual se había pedido se tuviera en cuenta como prueba pericial, solicitando que no se tuviera en cuenta dicho concepto técnico porque había sido producido a espaldas de la contraparte por expertos a quienes obviamente no pudo recusar.

El Tribunal acogió el experticio presentado por TRANSELCA y corrió traslado por el término legal de tres (3) días a ELECTROCOSTA para que en ejercicio del derecho de contradicción analizara y controvirtiera dicha prueba. La convocante renunció a la declaración de JAIME HERNAN JIMENEZ.

El apoderado de ELECTROCOSTA, dentro del término de traslado del experticio allegado por la convocante, entregó al Tribunal el experticio rendido por el Ingeniero Electricista GERMAN CORREDOR AVELLA y NANCY ABDALA TARUD, en réplica a las fundamentaciones y conclusiones de carácter técnico y jurídico del experticio aportado por TRANSELCA.

DECRETO DE PRUEBAS

En la misma audiencia del 2 de Mayo del presente año, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y el Tribunal, de oficio, nombró como Perito Contable al Contador Público Señor JAVIER NICOLAS BUSTILLO PERTUZ.

DESARROLLO DEL DEBATE PROBATORIO.

Dando cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal, se cumplieron las siguientes pruebas:

INSPECCIÓN JUDICIAL A LAS OFICINAS DE TRANSELCA EN BARRANQUILLA.- El 26 de Mayo del presente año el Tribunal se trasladó a la ciudad de Barranquilla, a las oficinas de TRANSELCA para llevar a cabo la Inspección Judicial decretada en el auto de fecha 2 de Mayo del 2003. La diligencia se adelantó con el auxilio del perito Contador Público JAVIER NICOLAS BUSTILLO PERTUZ.

El apoderado de ELECTROCOSTA presentó los puntos sobre los cuales quiso que se refiriera el perito contable.

El apoderado de TRANSELCA presentó al Tribunal un escrito sobre los puntos a los cuales se debe referir el Perito Contador.

El apoderado de TRANSELCA presentó una serie de documentos para desarrollar el objeto de la Inspección y desistió de la solicitud de los testimonios de RAFAEL ANGARITA CASTILLO, OSCAR WILCHES y BEATRIZ MALDONADO.

TESTIMONIO CON RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS DE RODOLFO SMITH KINDERMAN.- En la misma audiencia del 26 de Mayo, en la ciudad de Barranquilla, se le recibió declaración con reconocimiento de documento al señor RODOLFO SMITH KINDERMAN.

DECLARACION DE DAMARIS DEL VALLE SOTO.- En Cartagena el 27 de Mayo del 2003.

DECLARACION DE CARMENZA CHAHIN ALVAREZ.- En Cartagena el 27 de Mayo del 2003.

INTERROGATORIO DE PARTE A LA DRA. NANCY ESTHER ABDALA TARUD.- En Cartagena el 4 de Junio del 2003.

NOMBRAMIENTO DE OFICIO DEL PERITO INGENIERO JORGE PINTO NOLLA.- El nombramiento se cumplió en la Audiencia del 4 de Junio del presente año. (Folio 210 Cuaderno No. 2) Tomó posesión en la Audiencia del 11 de Junio en la cual el Tribunal le hizo entrega del cuestionario.

En esta Audiencia se recibieron los cuestionarios de las partes al perito mencionado.

DICTAMEN PERICIAL DEL PERITO INGENIERO JORGE PINTO NOLLA.- El peritazgo fue rendido el 24 de Junio del presente año y en la misma audiencia se dio traslado a las partes.

Dentro del término de traslado TRANSELCA solicitó al Tribunal disponer que el Perito Ingeniero aclarara y/o adicionara el dictamen rendido en la audiencia de la fecha mencionada de conformidad con los puntos que allí señaló.

Por su parte, el apoderado de ELECTROCOSTA también dentro de la oportunidad legal correspondiente, solicitó complementación o aclaración del experticio, en los puntos que señaló en su alegato.

El Perito Ingeniero JORGE PINTO NOLLA atendió los cuestionarios de aclaraciones y complementaciones.

En la audiencia del 24 de Julio de 2003 se continuó con el traslado a las partes del Dictamen Pericial del Perito Contador y se corrió traslado de la aclaración y complementación que solicitaron las partes al dictamen pericial del Perito Ingeniero JORGE PINTO NOLLA.

TRANSELCA objetó por error grave el pronunciamiento efectuado por el Perito Ingeniero con ocasión de la solicitud de adición formulada por TRANSELCA bajo el ordinal 11 del escrito presentado el 27 de Junio de 2003.

En su escrito el apoderado de TRANSELCA señala los errores en los cuales a su juicio incurrió el Perito Ingeniero en su dictamen del 24 de Julio del presente año.

En audiencia del 4 de agosto se le dio traslado a ELECTROCOSTA de la objeción presentada por TRANSELCA, referida anteriormente.

DECLARACION DE CARLOS FERNANDO BARRIENTOS.- En Cartagena el 24 de Junio del 2003.

En esta audiencia, el apoderado de ELECTROCOSTA desistió de la excepción de caducidad y el apoderado de TRANSELCA desistió de la condena en costas.

INTERROGATORIO DE PARTE DE GUIDO ALBERTO NULLE AMIN.- En Cartagena el 24 de Junio del 2003.

DECLARACION DE ALFREDO VARGAS: Declaró en Cartagena el 11 de Junio de 2003

EXPERTICIO PRIVADO DE TRANSELCA PRESENTADO POR LOS INGENIEROS HERNAN CORREA NOGUERA Y HEBERTO MARTINEZ DAVILA: El Tribunal ordenó tener como prueba el experticio privado elaborado por los Ingenieros Hernán Correa Noguera y Heberto Martínez Dávila, denominado ESTUDIO DE LOS HECHOS Y DOCUMENTOS RELACIONADOS CON LA CONTROVERSIA SUSCITADA ENTRE TRANSELCA Y ELECTRICARIBE – ELECTROCOSTA.

Dentro del traslado del mencionado experticio, la convocada acompañó un experticio rendido por el Ingeniero Electricista GERMAN CORREDOR AVELLA con la asistencia de la Abogada NANCY ABDALA TARUD, en replica al presentado por TRANSELCA

En desarrollo de las pruebas decretadas se ordenó oficiar a la CREG y al Consejo de Estado.

PERITAZGO DEL CONTADOR PUBLICO JAVIER NICOLAS BUSTILLO PERTUZ.- Este perito rindió su dictamen en audiencia del 9 de Julio del presente año y del mismo se dio traslado a las partes por el término de tres (3) días.

Las partes presentaron escritos solicitando aclaración y complementación, la cual fue atendida en la audiencia del 11 de Agosto del 2003 y de esta respuesta se dio traslado a las partes.

En esta audiencia, la parte convocante "renunció a la prueba solicitada con ocasión de la objeción por error grave del peritazgo rendido por el Ingeniero JORGE PINTO NOLLA, mediante memorial de Julio 29 de 2003, a través del cual se solicitó oficiar al Centro Nacional de Despacho Ente administrado por ISA a fin de que certificara la demanda de energía eléctrica mes a mes

entre Agosto de 1998 y Julio de 1999 en el área servida por las Sub-estaciones de Ternera y Termocartagena a 66 KV, oficio que fuera librado por este Tribunal mediante comunicación 008 de 2003.

Con lo anterior quedan decretadas y practicadas la totalidad de las pruebas solicitadas por las partes.

AMPLIACION DEL TERMINO DE DURACION DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

A solicitud de las partes el Tribunal aprobó ampliar el término de duración del Tribunal hasta el 6 de Octubre inclusive.

Se señaló para el 21 de Agosto de 2003 a las 11:00 a.m. la cuarta audiencia de tramite en la cual las partes presentaron alegatos de conclusión.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro de la oportunidad legal, las partes en audiencia de fecha Agosto 26 de 2003 presentaron ante el Tribunal, verbalmente, un resumen de sus respectivos alegatos de conclusión y luego hicieron entrega de los mismos en documentos.

ALEGATO DE TRANSELCA

El alegato de conclusión se resume de la siguiente manera:

ANTECEDENTES PROCESALES.

La convocante hizo un recuento de todo lo ocurrido en el proceso arbitral desde el 22 de Agosto de 2002 fecha en la cual se solicitó la convocatoria a tribunal de arbitramento hasta el 21 de Agosto del presente año cuando presentó su alegato de conclusión.

ESTRUCTURA DEL SECTOR ELECTRICO.

TRANSELCA presentó un estudio de la prestación del servicio de la energía eléctrica en Colombia desde finales del Siglo XIX, y su desarrollo hasta la fecha bajo el esquema de propiedad privada, intervenida por el Estado.

Hace especial referencia a la creación de la Comisión de Regulación Energética y Gas mediante la Ley 143 de 1994. Las primeras resoluciones expedidas por la CREG para el sector eléctrico datan de finales de 1994.

ORGANIGRAMA INSTITUCIONAL.

TRANSELCA en su alegato, desarrollo el organigrama institucional del sector eléctrico, cuyo análisis comprende las diferentes actividades, mercado, forma de prestación del servicio, transmisión y comercialización.

ANTECEDENTES SUSTANCIALES.

TRANSELCA se remite al día 15 de Agosto de 1995, fecha en la cual la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica – CORELCA – celebró con la Electrificadora de Bolívar contrato de conexión identificado con el número C-3375-95 con el objeto de regular las relaciones comerciales suscitadas entre las partes por razón del uso que hiciera la Electrificadora de Bolívar de los activos de conexión al Sistema de Transmisión Nacional de propiedad de CORELCA.

El contrato de conexión se suscribió para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Resolución 001 de 1994, emanada de la CREG.

Lo referente a la remuneración por el uso de los activos de conexión al Sistema de Transmisión Nacional, en adelante STN, fue regulado en la cláusula cuarta de los contratos, denominada "Cargo de Conexión".

La cláusula mencionada señala de manera expresa que los cargos convenidos y de los cuales da cuenta el anexo del contrato "se liquidaron de acuerdo con la metodología establecida en el anexo 1º de la resolución 002 de 1994, por el uso de los bienes de conexión de propiedad de CORELCA".

Los bienes remunerados por los cargos de conexión convenidos entre las partes, correspondían invariablemente a activos, o módulos de conexión, de tensiones iguales o superiores a 220 kilovoltios (220 kV), tal como se desprende de la correspondencia existente entre el anexo del contrato, y el Cuadro No. 3 del anexo No. 1 de la Resolución 002 de 1994 y de conformidad con la reglamentación vigente en la fecha de suscripción de tal contrato.

La expresión contractual de conformidad con la cual el valor de los cargos de conexión se liquidó "...de acuerdo con la metodología establecida en el anexo 1º de la resolución 002 de 1994 expedida por la CREG", pone de presente de manera indubitable que la remuneración convenida por las partes decía referencia exclusiva a activos de tensiones iguales o superiores a 220 kV ya que el cuadro No. 3 del anexo No. 1 de la Resolución 002 de 1994, solo hace referencia a activos de 220 kV.

El perito Ingeniero JORGE PINTO NOLLA manifestó que : "Los activos que empleó la CREG para el cálculo del cuadro No.3 corresponden a activos de más de 220 kV."

El anexo 1º de la Resolución 002 de 1994 resulta consonante con la definición que de Sistema de Transmisión Nacional introduce el artículo 1 de la Resolución 001 de 1994 de la CREG, esto es: "Sistema de Transmisión Nacional. Es el sistema interconectado de transmisión de energía eléctrica compuesto por el conjunto de líneas, con sus correspondientes módulos de conexión, que operan a tensiones iguales o superiores a 220 Kv."

TRANSELCA en su alegato analizando la declaración rendida ante el Tribunal por el experto, Ingeniero Carlos Fernando Barrientos, concluye que el cargo acogido en los contratos de conexión remuneraba únicamente activos de tensiones iguales o superiores a 220 Kv.

Analizando la declaración del Ingeniero Alfredo Vargas, concluye que los activos que fueron tomados en consideración para establecer los cargos por conexión al STN señalados en el cuadro No.3 del anexo 1º de la Resolución 002 de 1994, fueron aquellos de tensiones iguales o superiores a 220 kV descritos en el documento elaborado por la CREG, con intervención del experto, Ingeniero Carlos Fernando Barrientos.

Analizando la declaración del Ingeniero Rodolfo Smith K. destaca que éste afirma que los activos remunerados en su utilización por el precio convenido en el Contrato de Conexión No. 3375-95 entre CORELCA y ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR

"Corresponde exactamente a los activos con tensiones iguales o superiores a 220 Kv. A los activos de conexión al sistema de transmisión nacional de acuerdo como lo definió la metodología que estaba en ese momento que era la de la 002 de 1994."

TRANSELCA destaca del dictamen del Ingeniero Jorge Pinto Nolla, lo siguiente:

"8. Qué factores y activos se tuvieron en cuenta en el Anexo Nº1 del contrato de Conexión Nº C-3375-95 de Agosto 15 celebrado entre CORELCA Y LA ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR, para establecer la remuneración por los activos objeto del mencionado contrato y si se hicieron de acuerdo con la metodología establecida por la CREG vigente en el momento de celebración de dichos contratos.

Siguiendo la metodología vigente establecida por la CREG en el momento de su firma, en los contratos mencionados se tomo en consideración lo establecido en la Resolución 002 de 1994. Esta Resolución determina en su Artículo 5º:

ARTICULO 5o. CARGOS DE CONEXION AL SISTEMA DE TRANSMISION NACIONAL. Los generadores, grandes consumidores, transportadores regionales o distribuidores locales pagarán al propietario de la conexión, cargos de conexión al sistema de transmisión nacional, de acuerdo con la metodología para el cálculo de estos cargos que se define en el Anexo No. 1, la cual establece los valores de cargos indicativos que se muestran en el cuadro No. 3 de dicho anexo. Para estos efectos, deberán suscribir un contrato de conexión."

El apoderado de TRANSELCA destaca que como consecuencia de lo anotado, resulta evidente que la remuneración pactada en los contratos de conexión no comprendía –y no podía comprender- los activos de tensiones inferiores a 220 kV.

El Artículo 2 de la Resolución 004 de 1994, que regula los cargos por uso de los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local, esto es, la remuneración que los usuarios o consumidores, por intermedio de los comercializadores, deben pagar a los operadores de red, esto es, las Electrificadoras propietarias de las redes que integran el STR y el SDL, en su inciso 3 regula lo relativo a la porción de los ingresos recibidos, que el operador de red o distribuidor a su vez debe pagar a otros propietarios de activos utilizados por aquel, señalando que el tema “será regulado en resolución aparte”.

En desarrollo de dicha previsión, la CREG mediante resolución 050 de 1994 estableció “el cargo máximo a la Electrificadora de Bolívar por el uso del Sistema de Transmisión Regional y Distribución Local de propiedad de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica - CORELCA”.

El cargo aludido, denominado “Cargo Estampilla” fue establecido en una tarifa por kilovatio / hora, a diferencia del cargo por conexión al STN, liquidado en una suma fija mensual, no sujeto en su determinación a los niveles de consumo o de energía transportada.

El referido cargo fue facturado por CORELCA a la Electrificadora de Bolívar y pagado por ésta, como consta en la declaración del ingeniero Rodolfo Smith y en las copias auténticas de las facturas incorporadas al expediente.

Es claro que el entendido de quienes celebraron los contratos de conexión C-3375-95, la remuneración de los activos de propiedad de CORELCA utilizados por la Electrificadora de Bolívar se procuraba por dos fuentes diversas y con ajustes a metodologías también diferentes.

Los activos de conexión al STN, o sea, aquellos de tensiones iguales o superiores a 220 kV se remuneraban de conformidad con el precio o cargo por conexión al STN señalados en el anexo del contrato, que es exactamente el mismo consignado en el cuadro No.3 del anexo 1º de la resolución 002 de 1994 y que corresponde a un valor mensual señalado en cifras absolutas, reajutable mes a mes de conformidad con la evolución del índice de precios al productor (IPP).

Por el contrario los activos de tensiones inferiores a 220 KV se remuneraban mediante “cargo estampilla”, valores estos que correspondían a una participación en los ingresos percibidos por el operador de red de los usuarios finales a través del comercializador de energía y que se fijaban como un valor en pesos por kilovatio / hora, esto es como una función de la energía transportada por el Sistema de Transmisión Regional y/o el Sistema de Distribución Local, operado por el distribuidor.

En el año de 1997, con anterioridad al vencimiento del término de vigencia inicial del contrato de conexión C-3375-95, que se producía el 31 de julio de dicho año, la CREG introdujo modificaciones regulatorias, fundamentalmente respecto de la normatividad anteriormente expedida para regular el transporte de energía por el STR y el SDL (resoluciones CREG 003 y

004 de 1994), las cuales por exclusión se reflejaban igualmente en la regulación del transporte de energía por el STN.

En primer lugar la resolución CREG 99 de 1997, mediante la cual se concluyó el proceso de modificación de la resolución CREG 004 de 1994, iniciado con la resolución CREG 75 de 1997, al hacer la clasificación de los activos eléctricos, dentro del punto 1 del anexo No.1., definió los activos de conexión, en la forma que a continuación se indica:

"Activos de Conexión: Transformadores conectados al STN y el módulo de transformación de alta tensión. Los módulos de transformador de baja tensión pueden ser considerados como parte de la conexión".

El acápite transcrito venía a modificar el aparte previamente citado, contenido en la resolución CREG 002 de 1994 – anexo 1, en punto a la metodología para el establecimiento de los cargos por conexión al STN, el cual al precisar cuales eran los activos a considerar para establecer dichos cargos, señaló: "Estos activos comprenden los módulos de transformación a 220 kV/500 kV y los transformadores con voltaje primario 220/500 kV."

Como consecuencia de lo anotado se hizo posible remunerar en la forma prevista en los contratos de conexión "los módulos de transformador de baja tensión", integrados por activos cuyas tensiones son necesariamente inferiores a 220 kV.

Si la función de un transformador es determinar niveles diferenciales en la energía transportada (en ello consiste la transformación) y si los niveles propios del STN en su nivel inferior corresponden a 220 kV, el módulo de baja tensión necesariamente habrá de entregar energía a tensiones inferiores a 220 kV.

Si la remuneración de los módulos de baja tensión, solo podía incluirse en los contratos de conexión al STN a partir de la resolución 099 de 1997, las partes no habían podido incluir tal remuneración en 1995, al momento de celebrar el contrato C-3375-95. Y si ello no era posible para los módulos de baja, tampoco lo era para los demás activos que, incluido el modulo de baja tensión, venían siendo remunerados bajo el concepto de cargo estampilla.

Fue sobre tales premisas que en el otrosí o contrato adicional suscrito entre CORELCA y la Electrificadora de Bolívar, las partes no se limitaron a disponer la prorroga de la vigencia del mismo, sino que efectuaron los acuerdos que permitirían a futuro remunerar a través de los cargos de conexión al STN la utilización que el distribuidor, esto es ELECTRIBOL hiciera de los activos de tensiones inferiores a 220 kV y que fueran de propiedad de CORELCA.

Cuando se inició el proceso de privatización de las actividades de transporte que desarrollaba CORELCA y aquellas otras de distribución realizadas por las Electrificadoras departamentales, tramites estos que coparon la actividad administrativa de las entidades aludidas, razón por la cual el documento que habría de contener la "relación actualizada de los elementos que hacen parte de las subestaciones de propiedad de CORELCA" y la actualización de los cargos por conexión no fue elaborado.

Como resultado del aludido proceso de privatización, también denominado de capitalización, los activos de propiedad de CORELCA fueron cedidos a la sociedad convocante TRANSELCA S.A. E.S.P. mediante escritura pública No.1001 de agosto 19 de 1998, otorgada en la Notaría Única de Baranoa, aportada con la solicitud de convocatoria e identificada con el ordinal 5.1.6 de la relación de pruebas documentales – anexo 2.

La transferencia de activos se hizo efectiva a favor de TRANSELCA S.A. E.S.P. el día 21 de agosto de 1998, como consta en la escritura 1017 de 1998 otorgada también en la Notaría Única de Baranoa.

Por su parte ELECTROCOSTA S.A. E.S.P. recibió los activos que integraban los Sistema de Transmisión Regional y/o de Distribución Local en el departamento de Bolívar, y que eran propios de ELECTRIBOL, a través de la escritura pública No. 2639 otorgadas en la Notaría 45 del Círculo de Bogotá el día 4 de agosto de 1998

Es del caso destacar que el contrato de conexión C-3375-95 y su adicional C-3375A-97, fueron cedidos por CORELCA a TRANSELCA S.A. E.S.P. y por la Electrificadora de Bolívar a ELECTROCOSTA S.A. E.S.P., lo cual aparece confesado por la convocada dentro del trámite del arbitramento técnico surtido ante la CREG, y directamente ante el Tribunal al reconocer como cierto el hecho 3.10 de la solicitud de convocatoria.

En síntesis, cuando TRANSELCA inició sus operaciones el 21 de agosto de 1998, ELECTROCOSTA había ya iniciado la realización de las labores de distribución de energía eléctrica en un área que comprende el departamento de Bolívar.

Una vez TRANSELCA inició sus operaciones en agosto 21 de 1998 remitió a ELECTROCOSTA el listado de activos de su propiedad ubicados en las subestaciones de Ternera y Termocartagena, incluidos aquellos que por ser de tensiones inferiores a 220 kV no estaban siendo remunerados a través del cargo por conexión previsto en el contrato C-3375-95.

TRANSELCA y ELECTROCOSTA iniciaron las conversaciones respectivas en el entendido de que la convocante tiene pleno derecho a obtener remuneración por la utilización que la convocada ha hecho de los activos de propiedad de aquella, y así las negociaciones se orientaron fundamentalmente a establecer los valores de reposición a nuevo que habrían de ser tomados en consideración para aplicar la metodología prevista para efectos de determinar los cargos por conexión actualizados que habrían de remunerar la totalidad de los activos de propiedad de TRANSELCA, incluidos, se repite, los de tensiones inferiores a 220 kV.

ELECTROCOSTA, por intermedio de su representante legal, reconoció de manera expresa el aludido derecho de TRANSELCA S.A. a percibir remuneración por la utilización que la convocada hacía de los activos de propiedad de la convocante, como consta en la comunicación No. E-C-PRES-0070 del 27 de enero de 1999, incorporada al expediente dentro del anexo No.3 de la relación de pruebas documentales – ordinal 5.1.14, en la cual se señaló: *Somos conscientes que

debemos remunerar a TRANSELCA el uso de los equipos que actualmente estamos utilizando y por los cuales recibimos ingresos vía tarifas de energía...”

En la misma comunicación ELECTROCOSTA manifestó su disposición a remunerar la utilización de los activos de propiedad de TRANSELCA, tomando como base el 92% de los valores máximos de reposición a nuevo, valores que para activos de tensiones inferiores a 220 kV, estaban señalados en la Resolución No. 155 de 1997.

Avanzadas ya las negociaciones en punto a la definición de los valores de reposición a nuevo (VRN) que habrían de utilizarse para calcular los nuevos cargos de los contratos de conexión, incorporando la remuneración de los activos con tensiones inferiores a 220 kV, en mayo 3 de 1999 ELECTROCOSTA da un inesperado giro en su posición dentro de la negociación y mediante comunicación EC-LEG-0238 manifestó que en su sentir “los actuales contratos de conexión, son aplicables a la totalidad de los activos de conexión de TRANSELCA utilizados por ELECTROCOSTA y ELECTROCARIBE, que los precios allí pactados están vigentes y son obligatorios entre las partes y que no podríamos hacer pagos a los mismos sino mediante unos nuevos contratos de conexión acordados libremente”. (anexo 3 documento 5.1.24 de la solicitud de convocatoria).

Es del caso señalar que el aparte transcrito incorpora la confesión extrajudicial de ELECTROCOSTA, en los términos del artículo 194 del C. de P.C., de haber utilizado los bienes de tensiones inferiores a 220 kV cuya remuneración se estaba negociando, que son los mismos a los cuales se refiere el presente proceso arbitral. Resulta además conveniente recordar que no obstante lo anterior, los polifacéticos peritos que ELECTROCOSTA utilizó para tratar de desvirtuar el peritazgo acompañado por TRANSELCA, han tratado de poner en tela de juicio la utilización de tales activos, no obstante haber confesado previamente su utilización y muy a pesar de que, como se comprobó en la Inspección Judicial y lo repitió el perito Ingeniero Jorge Pinto Nolla, los activos resultan indispensables para la prestación del servicio que ELECTROCOSTA cobra a los usuarios de la Costa Atlántica.

De inmediato, y establecido que ELECTROCOSTA había interrumpido unilateralmente las conversaciones, adoptando una postura igualmente unilateral consistente en negarse a realizar cualquier pago para remunerar la utilización de los activos de tensiones inferiores a 220 kV, TRANSELCA procedió a presentar facturas que incorporaban la remuneración por la utilización de los activos de su propiedad por parte de la convocada, de tensiones inferiores a 220 kV.

La metodología utilizada para el cálculo de los valores facturados era la aplicable, toda vez que las partes originales del contrato de conexión, esto es, CORELCA y la Electrificadora de Bolívar, habían convenido en el contrato adicional remunerar en la forma de cargos de conexión al STN la utilización que ELECTRIBOL hacía de los activos de propiedad del transportador, de tensiones inferiores a 220 kV, en desarrollo de lo que había permitido la resolución 099 de 1997 en su anexo, cuando al definir los activos eléctricos modificó el concepto “activos de conexión”, permitiendo la posibilidad de considerar dentro del mismo, activos de tensiones inferiores a 220 kV, esto es, los integrantes de los módulos de baja tensión.

ELECTROCOSTA ha dejado entrever en los cuestionarios formulados a los testigos que han declarado en el trámite arbitral y al representante legal de TRANSELCA, que en su sentir supuestamente la convocante no podía facturar suma alguna, toda vez que el valor de los cargos por conexión correspondientes a los activos a los cuales se refiere el litigio, y que no había sido convenido en el contrato de conexión C-3375-95, debía ser objeto de pacto expreso entre las partes.

La postura aludida no resiste el menor análisis. Invocando la regulación fuera de contexto, el planteamiento que ELECTROCOSTA esboza equivale en el fondo a sostener que en su sentir, TRANSELCA no se encuentra habilitada para cobrarle suma alguna por la exclusiva razón de que ELECTROCOSTA pretende que nada debe.

En defecto de ello TRANSELCA recurrió al valor indicativo establecido por la misma CREG, dando curso a la metodología que el perito Ingeniero Jorge Pinto Nolla consideró "la más adecuada", como consta en su respuesta a la pregunta No.12 del Tribunal.

Finalmente mediante contrato No.0248 suscrito en el mes de octubre de 1999 TRANSELCA y ELECTROCOSTA definieron las condiciones que habrían de regir la conexión al STN a partir del primero de agosto de 1999.

En el citado contrato las partes optaron por pactar remuneración para la totalidad de los activos de propiedad de TRANSELCA ubicados en las distintas subestaciones a las cuales se conecta ELECTROCOSTA, incluidos los de tensiones inferiores a 220 kV, como consta en el anexo 1 del contrato.

EL DERECHO PRETENDIDO

Sostiene TRANSELCA que la razón de la demanda arbitral es para obtener del Tribunal un pronunciamiento en el Sentido de que la ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A.E.S.P. adeuda a TRANSELCA la remuneración de los activos de tensiones inferiores a 220 KV. Los cuales a pesar de estar incluidos en el Contrato de Conexión No. C-3375-95 y su adicional C-3375-A-97, no fueron remunerados durante el periodo que tales contratos luego cedidos por CORELCA a TRANSELCA y por ELECTRIBOL a ELECTROCOSTA, estuvieron vigentes, es desde el 21 de Agosto de 1998 hasta el 31 de Julio de 1999, fecha a partir de la cual las partes convinieron la remuneración de todos los activos utilizados por ELECTROCOSTA, a través de nuevos convenios.

TRANSELCA sustenta en Derecho Pretendido en las pruebas aportadas al proceso y en un estudio minucioso y pormenorizado de cada uno de los elementos probatorios del proceso arbitral.

LA CUANTIFICACION DEL DERECHO

La parte convocante sostiene que ella tenía la obligación legal, además del derecho, de obtener una remuneración por la totalidad de los activos de su propiedad independientemente del nivel de

tensión de los mismos, de manera que tales recursos le permitieran atender los costos de inversión, incluidos el costo de oportunidad de capital, de administración, de operación y mantenimiento y por ello utiliza los mecanismos que la regulación le permite para facturar la remuneración a que tiene derecho por la utilización de los activos de tensión inferior a 220 kV.

Que para facturar los activos de tensión inferior a 220 kV no remunerados, utiliza la metodología propia de los contratos de conexión al STN, en aplicación de lo que había sido convenido en el contrato adicional C-3375A-97, esto es, la prevista en la Resolución 002 de 1994 para el cálculo de los cargos de conexión al STN; y para la obtención de los VRN (Valores de Reposición a nuevo), utiliza los valores establecidos por la Resolución CREG 155 de 1997.

La utilización de los VRN (Valores de Reposición a nuevo) señalados por la Resolución 155 de 1997, no corresponde a una decisión unilateral de TRANSELCA, era, según la apreciación del señor Perito Ingeniero Jorge Pinto Nolla, la metodología más adecuada para ello.

Que TRANSELCA trató por todos los medios de lograr que ELECTROCOSTA le cancelara la deuda, o se llegara a un acuerdo sobre la misma, pero en vista de que ELECTROCOSTA se retiró de la mesa de negociaciones y se escudó en la posición según la cual los activos venían siendo remunerados en su totalidad, posición esta que no era en forma alguna sostenible, TRANSELCA, en cumplimiento de la regulación que le señala la obligatoriedad del cobro, acude a los mecanismos más ajustados a los procedimientos regulatorios que puede hallar para el efecto. Así procedió a elaborar las facturas, pues esta es la única manera que tiene de contabilizar la obligación y utiliza la metodología de los activos de conexión, siguiendo lo rigurosamente previsto en los contratos adicionales en donde las partes habían convenido en darle el tratamiento de activos de conexión, para los efectos de buscar el método remunerativo.

Anota TRANSELCA que tal calificación fue ratificada en el Contrato de Conexión No. 0248 celebrado entre TRANSELCA y ELECTROCOSTA en Octubre de 1999, para que tuviera vigencia en Agosto de ese mismo año. En lo que corresponde a los valores bases para la aplicación de la metodología se tomaron para los activos menores de 220 KV., los valores de reposición a nuevos fijados en la Resolución 155 de 1997. Estos valores, fueron el resultado de una consulta que la CREG hizo entre los distintos del mercado, respecto de la cual se limitó a acotar los precios que consideró excesivos, como consecuencia de lo cual, los valores que surgen de dicha resolución, son valores de mercado, tienen una base real y no pueden considerarse el fruto de la imaginación de la CREG y mucho menos corresponden a una posición arbitraria de TRANSELCA.

TRANSELCA en su alegato de conclusión hace nuevamente referencia a que hay error grave en el pronunciamiento del Perito Señor JORGE PINTO NOLLA y repite lo estudiado por ella en el documento del 24 de Julio de 2003.

PRONUNCIAMIENTO DE TRANSELCA SOBRE LAS EXCEPCIONES

XXII. LA EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN

Sostiene TRANSELCA que esta es una excepción de carácter genérico y no puede prosperar ya que está rebatida por toda la argumentación y las pruebas y las referencias a las excepciones que aparecen en el expediente. Que en efecto, las obligaciones cuyo reconocimiento se pretende, tienen su causa en los contratos cuya existencia y validez han reconocido las partes. Que igualmente se ha probado el uso por parte de ELECTROCOSTA de los activos objetos de la litis; se ha probado la circunstancia de que el uso de tales activos no puede ser gratuito y que los mismos no han sido remunerados por la convocada.

Que dados estos elementos, resulta obligatorio concluir lo contrario de lo que pretende la excepción, es decir la existencia de la obligación y la necesidad de que así se reconozca en el laudo.

LA EXCEPCION DE CADUCIDAD

Esta excepción fue desistida por parte de la convocada, con la anuencia de la convocante y fue aprobada por el Tribunal, mediante auto de fecha 24 de junio de 2003.

XXIII. LA EXCEPCION DE PETICION DE MODO INDEBIDO

Sostiene TRANSELCA que esta excepción, ha sido atendida en dos oportunidades en el proceso arbitral. En efecto, el primer pronunciamiento provino de la señora Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, atendiendo el recurso de reposición presentado por ELECTROCOSTA.

Posteriormente TRANSELCA repitió sus argumentos ya instalado el Tribunal y este consideró que no procedía la excepción de petición de modo indebido porque la demanda reunía los requisitos legales, esto quedó en firme y no obstante el apoderado de ELECTROCOSTA manifestó que en su parecer el Tribunal no es competente ni el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena y siguió refiriéndose al mismo tema.

Sostiene TRANSELCA que la demanda reúne todos los requisitos de Ley y por lo tanto esta excepción no puede prosperar.

LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA.

Alega TRANSELCA que esta excepción no cabe ni puede prosperar. El fundamento de ella apunta a que desde el punto de vista de ELECTROCOSTA hubo un pronunciamiento que hizo transito a cosa juzgada por la CREG dentro del Tribunal de Arbitramento que allí se dio.

TRANSELCA sostiene que sí es cierto que en la CREG hubo un Tribunal de Arbitramento en el cual surgió un laudo pero que el laudo, pero que el mismo fue en materia técnica únicamente para reconocer la existencia o inclusión de unos activos dentro de un contrato mientras que lo aquí en el presente Tribunal se trata de obtener el pago de la remuneración por el uso de los activos que son dos (2) cosas completamente diferentes.

En consecuencia a juicio de TRANSELCA no hay cosa juzgada y en este mismo punto sostiene TRANSELCA que es claro que la CREG al desatar el tramite arbitral sometido a su conocimiento, se limitó a señalar en la parte resolutive del laudo que, efectivamente, los activos a tensiones inferiores a 220 Kv. no fueron excluidos de los contratos de conexión Nos C-3375-95 y C-3395-A-95 y sus adicionales, sin admitir, tramitar y/o resolver nada en relación con el tema de la remuneración por la utilización de activos; mientras que la materia que habrá de decidir el laudo que se dicte dentro del presente tramite arbitral corresponde exclusivamente al tema de la remuneración por la utilización de los aludidos activos de conexión y los nuevos ramales de 220 Kv.

ALEGATO DE CONCLUSION DE ELECTROCOSTA

El alegato de conclusión de ELECTROCOSTA es una referencia a las excepciones que presentó dentro de la debida oportunidad.

EXCEPCION DE PETICION DE MODO INDEBIDO

Se trata de una excepción de mérito, la cual deberá resolverse en la sentencia de acuerdo con los dispuestos por el Artículo 302 del C. de P.C.

Sostiene ELECTROCOSTA que el proceso es de condena cuando persigue la imposición al demandado de alguna condena o prestación (dar, hacer o no hacer alguna cosa). Pero la condena depende de la previa declaración de certeza sobre la existencia de un derecho del actor, que ha sido desconocido por el demandado. Simplemente no puede haber condena sin la previa declaración de certeza sobre existencia del derecho que le sirve de sustento.

Se puede promover entonces, un proceso declarativo puro o de mera declaración, con el fin único de obtener certeza sobre la existencia de un derecho o relación jurídica, para después, con fundamento en esa declaración, promover el consecuente proceso de condena; en el cual se podrá controvertir la modalidad y/o la cuantía de esa condena, pero en ningún caso el derecho o

acto generador que le sirve de base, que ya fue declarado cierto por sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada.

Lo que no se puede hacer es lo contrario: promover un proceso a través de una demanda donde solo se formulen pretensiones de condena, prescindiendo de la previa declaración de certeza sobre la existencia del derecho o relación jurídica que les serviría de base o fundamento. O lo que es igual: sin “que se reconozca el hecho o acto generador de la prestación u obligación”, como dice Azula Camacho.

En efecto, las pretensiones 1.1. y 1.2. se dirigen a que se declare que la convocada adeuda y debe pagar la remuneración derivada del uso de unos activos, pero no se pide que se declare antes la certeza sobre la existencia del hecho o acto generador de esa obligación; que lo sería la previa declaración de propiedad de TRANSELCA sobre los activos, y de su uso por ELECTROCOSTA.

Sin que baste que en el proceso aparezca probada esa propiedad, y ese uso, porque el Tribunal no puede declarar de oficio su certeza para imponer las condenas pedidas. Si lo hiciera sin que las correspondientes declaraciones hayan sido incluidas en las pretensiones de la demanda, se violaría el principio de la congruencia consagrado en el artículo 305 del C. de P.C., según el cual, “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla...”

En la demanda que inició este proceso, se pide en la pretensión 1.1. se declare que la convocada adeuda a la actora la remuneración por el uso de unos activos, sin pedir que previamente se declare la certeza sobre existencia del derecho o relación jurídica que genera ese crédito a cargo de la convocada.

Y esta primera pretensión de condena se complementa en la pretensión 1.2., pidiendo se ordene a la convocada pagar la obligación que ya se le impuso en la pretensión anterior.

XXIV. EXCEPCION DE COSA JUZGADA

Sostiene ELECTROCOSTA que gracias al instituto de la cosa juzgada se determina de manera definitiva e inmutable cuál es la voluntad de la ley en un caso concreto. Y existirá cosa juzgada si en un nuevo proceso entre las mismas partes, se persigue el mismo objeto por la misma causa.

Que lo aquí planteado ya fue resuelto por la CREG la cual dictó un laudo a solicitud de ambas partes.

Que a la cosa juzgada se le llama por eso la suma preclusión, sobre lo ya resuelto, impide que las controversias se replanteen indefinidamente con grave detrimento para la seguridad jurídica y el orden social.

Que obra en el expediente copia autentica expedida por el Consejo de Estado del proceso arbitral promovido por TRANSELCA contra ELECTRICARIBE y ELECTROCOSTA ante la Comisión de

Regulación de Energía y Gas CREG el cual terminó con laudo proferido a través de la Resolución 076 de mayo 22 de 2001.

Que TRANSELCA reclamaba una remuneración por el uso de los activos correspondiente a 220 kv distinta al a convenida en el contrato de conexión aduciendo que sus activos incluidos allí y por no formar parte de su objeto se le debía la remuneración por uso.

ELECTROCOSTA por su parte rechazó el reclamo aduciendo exactamente lo contrario, que por estar incluido en su objeto, la remuneración por uso quedaba comprendida dentro de la convenida en el mismo contrato.

En el laudo ante la CREG se trataba de interpretar si los activos inferiores a 220 Kv. Estaban o no incluidos en los contratos de conexión

Que por todo lo anterior, ya hubo un fallo de la CREG no se justifica una nueva demanda y en consecuencia debe prosperar la excepción de cosa juzgada.

En el alegato de ELECTROCOSTA transcribe el Art. 1° del fallo de la CREG el cual dice:

RESUELVE:

"ARTICULO 1º. Definir el conflicto presentado entre TRANSELCA S.A. E.S.P. y las sociedades ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A. E.S.P. y ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. en cuanto a la interpretación de los contratos de conexión No. 3.373-95, 3.375-95 y 3.395-95, y sus respectivos adendos, en el sentido que EN EL OBJETO DE LOS MENCIONADOS CONTRATOS las partes definieron las características de los activos sometidos al ámbito de aplicación de los mencionados contratos, entre las cuales NO SE PACTO LA EXCLUSION DE LOS CORRESPONDIENTES A NIVELES DE TENSION INFERIOR A 220 KV"
(he destacado)"

ELECTROCOSTA hace un interesante estudio sobre lo que es el objeto del contrato, que no es una cosa sino una prestación, porque el objeto del contrato son las obligaciones que este genera; el objeto de las prestaciones son las obligaciones a cargo de las partes y el objeto de la prestación son las cosas que se tratan de dar, hacer o no hacer.

EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE OBLIGACION (o de pago de lo debido)

Sostiene ELECTROCOSTA que si los activos correspondientes a niveles de tensión inferior a 220 kv, están incluidos en el contrato de conexión, como lo declaró la CREG en su laudo de mayo 22 de 2001, y, por tanto, quedaron comprendidos dentro de la remuneración por su uso convenida para todos los activos comprendidos en su objeto, resulta elemental concluir que no existe obligación alguna a cargo de ELECTROCOSTA de pagar una remuneración por aquellos activos, distinta de la ya convenida y pagada.

CALCULO ARBITRARIO DEL CREDITO PRETENDIDO

Sostiene ELECTROCOSTA que TRANSELCA para acreditar la cuantía de lo que afirma le adeuda ELECTROCOSTA, como remuneración por el uso de los activos correspondientes a niveles de tensión inferior a 220 kv, allegó como prueba las facturas que presentó para su cobro; y sostiene que por haberlas elaborado conforme a la metodología establecida en la resolución 002 de 1994, y aplicando los valores máximos estimados a partir de la resolución 155 de 1997, constituyen plena prueba sobre el monto debido.

Al estudiar la excepción de cosa juzgada, se precisó que en el laudo proferido por la CREG a través de la resolución 076 de mayo 22 de 2001 se declaró la inclusión en el objeto del contrato de conexión de los activos correspondientes a niveles de tensión inferior a 220 kv, y, por ende, su inclusión dentro de la remuneración pactada para todos los activos comprendidos en su objeto.

Sin embargo, a través de este nuevo proceso la convocante no solo vuelve a pretender el pago de una remuneración distinta de la ya convenida, sino que como prueba de la cuantía de lo debido presentó facturas que elaboró arbitrariamente.

Del extenso estudio que el apoderado de ELECTROCOSTA denomina ANOTACIONES SOBRE EL DICTAMEN PERICIAL, concluye que lo "Único en toda esta historia que resulta absolutamente cierto como lo resalta el perito Pinto Nolla", es que la tarifa de distribución de ELECTROCOSTA fue mal calculada, y que durante el periodo comprendido entre el 4 de Agosto de 1998, fecha en que entró a operar, y Septiembre de 2001 fecha en que entró a regir la Resolución No. 118 de 2001, estuvo facturando unos cargos inferiores a los que tenía derecho y que cuando venció el contrato de conexión entre CORELCA y la ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR, ELECTROCOSTA debió renegociar con TRANSELCA un nuevo contrato con un periodo superior, a partir del 1° de Agosto de 1999, el cual nunca le fue reconocido en la tarifa.

Y ahora, TRANSELCA pretende que se reajuste el contrato de conexión celebrado entre CORELCA y la ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR para el periodo comprendido entre Agosto de 1998 y Julio de 1999, a unos costos nunca reconocidos en la tarifa de ELECTROCOSTA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Definidos como han quedado los extremos de la controversia, luego de haber examinado cuidadosamente el trámite del proceso arbitral, presentados por escrito y expuestos de igual modo verbalmente en audiencia los alegatos de conclusión, así como también analizado el acervo probatorio, se ocupa el Tribunal de las excepciones propuestas por la Convocada, en el entendimiento que no se han encontrado nulidades que declarar de oficio.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El apoderado de ELECTROCOSTA en la respuesta a la convocatoria y en escritos posteriores sostiene que este Tribunal no es competente para conocer del tema planteado porque en la

Cláusula Compromisoria no está contemplado un arbitramento en derecho, y siendo las partes quienes señalan los límites de la jurisdicción que otorgan a los árbitros, tal circunstancia en su sentir, por sí sola, le resta competencia para conocer de este proceso al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena y al Tribunal que integre.

El planteamiento fue conocido inicialmente por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, el cual consideró que una cosa es su propia competencia para admitir la demanda arbitral y darle inicio al trámite arbitral, es decir tomar la decisión sobre su propia competencia y otra cosa es, decidir sobre la jurisdicción y competencia del Tribunal de Arbitramento llamado a decidir la controversia y que cualquier definición que implique ejercicio de la función jurisdiccional como entrar a calificar el fondo de lo que se le pida o declare debe dejarse sólo para el Tribunal de Arbitramento.

El Tribunal en la audiencia del 25 de Marzo del presente año resolvió sobre su competencia en cuanto a lo relacionado con los factores de naturaleza subjetiva y factores objetivos, pero en la misma audiencia el apoderado de la parte convocada insistió en la incompetencia de este Tribunal por los argumentos esbozados en la contestación de la demanda y en escritos posteriores. De ello se ocupa el Tribunal a renglón seguido:

La convocada analizó la Cláusula Compromisoria pactada en el Contrato de Conexión No. C-3375-95 de Agosto 15, cedido por ELECTRIBOL S.A. E.S.P. a ELECTRO COSTA de la siguiente manera:

*CLAUSULA COMPROMISORIA: En las divergencias que surjan entre LAS PARTES por motivo de este contrato, se observará el siguiente procedimiento:

1. LAS PARTES tratarán de solucionarlas de mutuo acuerdo.

No logrado el acuerdo se procederá con las siguientes opciones:

2.1.- La controversia será sometida a un tribunal de arbitramento constituido por tres peritos o árbitros de reconocido prestigio, los cuales serán nombrados uno por cada parte y el tercero de común acuerdo.

Estos peritos deberán pertenecer al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, creado mediante la resolución 1738 de junio 22 de 1994 del Ministerio de Justicia. El tribunal deberá resolver el conflicto en un plazo de treinta 30 días, siguientes a su constitución, sin perjuicio de que LAS PARTES de común acuerdo puedan fijar una prórroga o un plazo mayor.

2.2.- LAS PARTES podrán, individual o conjuntamente, someter las divergencias al arbitraje técnico de la CREG

Explica la convocada que en esta cláusula solo se pactó el arbitraje técnico, y se excluyó el arbitramento en derecho. Se convino, que los "peritos deben pertenecer al Centro de

Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros", dejando a las partes la opción de acudir al arbitraje, también técnico, de la CREG.

Que precisamente por las especiales características del arbitraje técnico, a los árbitros se les señaló un término muy breve (30 días) para proferir su laudo o sentencia.

Afirma la convocada, que es cierto como sostiene la Convocante, que de acuerdo con lo previsto por el Artículo 46 del Decreto 2279 de 1989, equivalente al Artículo 167 del Decreto 1818 de 1998, "las materias respectivas y el alcance de las facultades de los árbitros (técnicos) se expresarán en el pacto arbitral". Y también es cierto que eso no ocurrió respecto de la opción de arbitramento técnico con "peritos o árbitros" (sic) que designaría el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, lo que torna ineficaz la cláusula compromisoria respecto de esta opción.

Pero que en la cláusula arbitral se otorgó aquella otra opción según la cual "Las partes podrán, individual o conjuntamente someter las diferencias al arbitraje técnico de la CREG", el cual está regulado por normas especiales (ley 142/94, art. 73.8 y CREG 067/98, art. 9o.)

Afirma ELECTROCOSTA que TRANSELCA haciendo uso de la posibilidad de someter las diferencias al Arbitraje Técnico de la CREG recurrió a ese mecanismo y que ahora propone un arbitramento en derecho para la solución del mismo conflicto.

Pero que la Cláusula Compromisoria no contempla un arbitramento en derecho y siendo las partes quienes señalan los límites de la jurisdicción que otorgan a los árbitros, tal circunstancia, por sí sola, le resta competencia para conocer de este proceso al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, y al Tribunal que integre.

ELECTROCOSTA siguió expresando que:

"De cualquier manera –con independencia que sea técnico o en derecho el arbitraje planteado--, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, y el Tribunal que integre, no serían competentes para conocer del proceso porque lo pactado en la cláusula compromisoria fue un arbitraje de dos clases. Independiente, si se acudía a un Tribunal compuesto por árbitros nombrados por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros; e institucional, si las partes sometían sus divergencias (como lo hicieron) al arbitraje técnico de la CREG; que si bien no es exactamente un Centro de Arbitraje, cumple funciones de tal respecto de los agentes económicos que participan en las actividades del sector eléctrico, por disposición expresa de la ley 142 de 1994, artículo 73.8 y el artículo 9° de la resolución CREG 067 de 1998.

Por lo que no habiéndose pactado un arbitraje institucional distinto del que pudiera proponerse ante CREG, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, y el Tribunal que integre, carecen de competencia para conocer de este asunto."

En el caso que contrae la atención de este Tribunal, la cláusula compromisoria que viene pactada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada de las partes, está sometida a las disposiciones legales vigentes al momento de la celebración de ese negocio jurídico.

Su validez, si bien obedece a la discrecionalidad de las partes, como al arbitrio de esa voluntad, encuentra linderos en las disposiciones de carácter imperativo y de orden público que regulan la materia.

El Decreto 2279 de 1989 en su artículo 2° señala que el pacto arbitral comprende tanto el compromiso como la cláusula compromisoria por cuya virtud ellas se obligan a someter sus diferencias a la decisión de árbitros, renunciando *motu proprio* a hacer valer sus pretensiones ante el Órgano Jurisdiccional. Dicho de otra manera, convienen, la derogatoria de jurisdicción ordinaria.

En el presente asunto la cláusula décima tercera del contrato de conexión No. 3375-95, expresa por escrito, como negocio jurídico solemne que es, sin duda alguna, la manifestación clara de las partes que las divergencias que surgieran entre ellas que no puedan solucionarse de mutuo acuerdo, serán sometidas a la consideración de un Tribunal de Arbitramento. Ahora bien, dicha estipulación se extiende por ausencia de determinación de las partes a todas aquellas sobre las cuales, de mutuo acuerdo no pudieran solucionar. Ello hace consecuentemente que del Tribunal se predique competencia con la misma universalidad con que fue pactada la cláusula compromisoria.

La parte convocada cuestiona la competencia de este Tribunal, en tanto y en cuanto, considera que se trata únicamente de un arbitraje técnico, entendiendo como equivalentes conceptualmente las denominaciones de peritos o árbitros; a contrario sensu, La Convocante sí atribuye competencia a este dispensador temporal de justicia, puesto que en su sentir lo que viene consagrado es indistintamente arbitraje técnico o en derecho en la medida que las partes al convenir la estipulación compromisoria no señalaron en qué ciencia debían ser expertos esos peritos.

De otra arista, pero dentro del mismo contexto, resalta el Tribunal que en la Cláusula Compromisoria citada si bien se precisó que esos peritos debían pertenecer al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros no se exigió que fueran expertos en una arte, ciencia u oficio.

En síntesis, las partes no convinieron que las diferencias fueran resueltas por peritos ingenieros o versados en materias distintas al derecho.

Se avala el anterior planteamiento analizando el imperativo hipotético contenido en el Decreto 2279 de 1989, según el cual las materias de arbitraje deberán ser expresadas en el pacto arbitral.

El único aspecto que tuvieron en cuenta las partes para determinar específicamente un arbitraje técnico fue el que hace alusión el punto 13.2.2. del Contrato de Conexión No. C-3375-95.

Así las cosas, la competencia de este Tribunal deviene de la manifestación y querer de las mismas partes, conclusión a la cual se llega no sólo porque el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Sociedad Colombiana de Ingenieros funge como tal, en virtud de reconocimiento legal que le impartió el Ministerio de Justicia no limitado a cuestiones técnicas y nada impide para que dentro de él se designe como árbitros a profesionales del derecho precedida de la manifestación de la voluntad de las partes.

Ahora bien, fueron las mismas partes quienes zanjaron el tema y definieron sin lugar a dudas que la competencia la tenía el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena con las reiteradas solicitudes luego de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento formulada por La Convocante al Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena cuando aceptaron, de cara a lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia 1038 de 28 de Noviembre de 2002, modificar de consuno algunos de los aspectos que se desprenden de la Cláusula Compromisoria, específicamente en lo relativo al escogimiento de árbitros, tarifas, término de duración del Tribunal y reglamentos.

Considera el Tribunal que a pesar de no haber sido calificada como excepción por parte de la convocada el ataque dirigido a desvirtuar las pretensiones en punto a la falta de competencia del Tribunal, se resolverá sobre el mismo otorgándole el carácter de tal, por cuanto con ella se busca, al igual que con las otras que sí denomina como excepciones, enervar el derecho incoado por la convocante. Se considera entonces que el Tribunal es competente para conocer y tramitar como lo ha hecho la solicitud de convocatoria teniendo en cuenta que se está en presencia de un arbitramento de carácter legal convocado y aceptado por las partes en la Cámara de Comercio de Cartagena a través de su Centro de Arbitraje y Conciliación, siendo las partes plenamente capaces, actuando a través de apoderados. En consecuencia declarará no probada la excepción relativa a la falta de competencia del Tribunal.

PETICIÓN DE MODO INDEBIDO.

La Convocada plantea como tal, luego de citar profusa y profundamente a tratadistas, la falencia que atribuye a La Convocante en el sentido de que previa a la petición de condena, debió obtenerse la declaración de certeza sobre la existencia de un derecho que le sirviera de sustento.

Con persuasiva insistencia destaca cómo en las peticiones de La Convocante se incurre en el desacierto, de pedir declaración de condena en forma autónoma, prescindiendo de la previa declaración de certeza sobre la existencia del derecho o relación jurídica que le sirve de sustento. Reafirma tal ataque en el alegato de conclusión, reiterando en sus argumentos, que si se examinan las cuatro (4) pretensiones contenidas en el escrito de convocatoria, éstas apuntan a la imposición de prestaciones a cargo de La Convocada en el sentido que adeuda y debe pagar la remuneración derivada del uso de activos, sin que con anterioridad se haya determinado la propiedad de TRANSELCA S.A. E.S.P. sobre los mismos y obviamente de su uso por ELECTROCOSTA S.A. E.S.P.

Resulta entonces indispensable confrontar el contenido literal y conceptual de las peticiones incoadas por La Convocante, que por lo demás transcribe el excepcionante en el alegato de conclusión, con los ataques exceptivos que pretenden enervarlas. Éstas, esto es, las pretensiones buscan:

“

Se declare que ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. E.S.P. adeuda a TRANSELCA S.A. E.S.P. la remuneración derivada del uso de los activos de conexión a tensiones inferiores a 220kv y de algunos ramales nuevos durante el período comprendido entre el 21 d agosto /98 y el 31 de julio de 1.999;

Que declarado lo anterior, se condene a la ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. al pago de dichos valores;

Que se ordene el pago de los intereses moratorios correspondientes a la tasa máxima autorizada por la ley;

Que se ordene el reconocimiento y pago de la corrección monetaria o actualización del valor del dinero sobre el monto de las sumas que resulten probadas en el trámite del tribunal;

Que se condene a La Convocada al pago de las costas, gastos del proceso y agencias en derecho.”

Sabido es que el común denominador de una pretensión consiste en el reclamo de la actuación del Órgano Jurisdiccional en un determinado sentido, por manera que la clase de pretensión varía de conformidad con la naturaleza de la actuación que se pretenda. En esa dirección apunta la excepción analizada.

Ilustrativas por lo pertinente que resulta a la controversia, se analizará lo que algunos tratadistas opinan.

JAIME GUASP sostiene:

“ a) Pretensión de cognición es por lo tanto, aquella en que se solicita del órgano jurisdiccional la emisión de una declaración de voluntad. Esta declaración de voluntad que recogiendo el contenido de la pretensión, la actúa o rechaza su actuación, satisfaciéndola en todo caso, recibe el nombre de sentencia. ahora bien, dentro del género de las pretensiones de cognición existen diversas especies según que la declaración de voluntad que se pide del órgano jurisdiccional recaiga sobre la declaración, la constitución o la imposición de una situación jurídica frente a la parte que figura como sujeto pasivo de la pretensión. (las subrayas son ajenas al texto)

Cuando lo que se solicita del órgano jurisdiccional es la simple declaración de una situación jurídica, que existía con anterioridad a la decisión buscando su sola certeza, la pretensión recibe el nombre de declarativa...tiene como característica esencial la que la petición de la parte que la

constituye tiende a la mera constatación, fijación o expresión judicial de una situación jurídica ya existente, no a su imposición a persona distinta ni a la producción de una nueva.

Cuando lo que se pide al órgano jurisdiccional es la creación, modificación o extinción de una situación jurídica la pretensión lleva el nombre de pretensión constitutiva. La característica de éstas pretensiones se halla, como indica su nombre, en que lo que pide la parte al órgano jurisdiccional es que la declaración de voluntad de éste último produzca un estado jurídico que antes no existía en la situación o conjunto de situaciones a que la pretensión se refiere.... Cuando lo que se reclama al órgano jurisdiccional no es la declaración de una situación jurídica ya existente con anterioridad, sino la imposición de dicha situación jurídica al sujeto pasivo de la pretensión, esta se llama pretensión de condena. La imposición de la situación jurídica se verifica haciendo pesar sobre el sujeto pasivo de la pretensión una obligación que pronuncia frente a él el órgano jurisdiccional; como el objeto de la obligación es siempre una prestación, de aquí que se llame también a éste tipo de pretensiones, peticiones de prestación. La característica de las pretensiones de condena debe buscarse, por lo tanto, en la especial intimación que se pide al órgano jurisdiccional.”¹

En idéntico sentido se pronuncia el Tratadista Nacional HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO precisando que la pretensión declarativa, denominada también pretensión de declaración de certeza es aquella que “...tiene por objeto solicitar una sentencia en la que se declare o se niegue la existencia de determinada relación jurídica respecto de la cual hay incertidumbre, y cuya falta de certeza termina, precisamente, con la declaración de que por medio de la sentencia hace el estado...únicamente se trata de obtener precisión sobre determinada relación jurídica...no busca crear un derecho sino, fundamentalmente, dar por concluido un estado de incertidumbre, reconociendo una relación existente o negando definitivamente la misma.”

El mismo autor se refiere a la declaración constitutiva como aquella que si bien como la anterior busca se declare una determinada relación jurídica, esa declaración tiene por objeto obtener la constitución, modificación o extinción de una relación de un derecho mediando el pronunciamiento de una sentencia judicial.

Agrega como corolario que la diferencia consiste en que si bien “la pretensión declarativa como la constitutiva implica una declaración ... la primera se limita a poner fin a un estado de incertidumbre frente a determinado derecho, sin constituir un nuevo estado jurídico(por ejemplo, la declaración de hijo extramatrimonial simplemente reconoce un estado que se tiene, respecto del cual se duda), la pretensión constitutiva modifica determinadas relaciones jurídicas...”²

No obstante encontrarnos frente a una acción de naturaleza contractual con perfiles de cumplimiento e indemnización promovida con posterioridad a la terminación del Contrato de Conexión No. 3375-95 y no ser presupuesto básico de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina la

¹ Derecho Procesal Civil, Tomo Primero - Introducción y parte general. Págs 218,219,220

² Tomo I Procedimiento Civil- Parte General Hernan Fabio López Blanco, Págs 280 y 281.

previa declaración de certeza del derecho, en desarrollo del principio constitucional (Art. 230) se impone al fallador la obligación de interpretar de manera integral la demanda, conjugando los dictados de la equidad y que desde otra óptica también resulta inocuo entonces determinar la titularidad del derecho de propiedad sobre dichos activos, de cara a la disposición contenida en la Resolución de la CREG No. 099 de 1997, Artículo 2° Literal "b", según la cual para efectos de la fijación del cargo por uso que recibe el distribuidor se tienen en cuenta la totalidad de los activos independientemente de quien sea su propietario, se considera pertinente analizarla así:

La excepción denominada por la Convocada PETICIÓN DE MODO INDEBIDO con la que busca enervar los efectos de la pretensión fundamentada en los hechos impositivos ya descritos, no se compadece ciertamente con lo incoado por La Convocante en el escrito de Convocatoria ni con las pruebas recaudadas a través del trámite.

En efecto, las pretensiones que vienen deprecadas conjugan tanto pretensiones declarativas y pretensiones de condena que por lo demás, fueron solicitadas en la convocatoria con secuencia lógica. De ellas se colige que una vez dilucidado lo relativo a que La Convocante es la propietaria de los activos de conexión a tensiones inferiores a 220 KV, y que los mismos fueron usados por La Convocada como cesionaria de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica Corelca de su posición contractual en el contrato de conexión C-3375-95 y el adicional C-3375-A-97. Ello fue ratificado en la comunicación dirigida por La convocada a La Convocante el 27 de Enero/99 distinguida con el número EC Pres.-0070 que obra en el Expediente anexo 3 Pruebas documentales ordinal 5.1.14, y en la ausencia de cuestionamiento alguno en ese sentido con anterioridad, siendo que por el contrario se dio por aceptada la titularidad que ahora se controvierte en el numeral 3° del contrato adicional C-3375A-97. Dieron las partes por establecido que dichos elementos eran de propiedad de CORELCA (Escritura Pública 1001 19 de agosto/98 Notaría Única de Baranoa) y que fueron usados por la convocada. Lo que se pide es que se remuneren.

La Representante Legal (Apoderada General) de La Convocada Dra. NANCY ESTHER ABDALA TARUD al absolver el interrogatorio de parte en audiencia de 4 de Junio del presente año, reconoció, confesando el conocimiento del uso de dichos activos y la propiedad de los mismos de TRANSELCA, cuando textualmente dijo:

"DECLARANTE: Quiero consultar unos documentos para poder dar respuesta a esa pregunta. Es cierto que Electrocosta estaba conectada a la subestación de Ternera y Termocartagena y que utilizaba los activos de Transelca que le permitían conectarse al sistema de transmisión nacional". (Folio 228, Tomo III)

Dicho en otros términos, la propiedad de esos activos en cabeza de TRANSELCA y el uso de los mismos por ELECTRO COSTA viene establecido.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, quien por limitaciones propias a su competencia nada dijo porque nada podía decir en su laudo, contenido en la Resolución 076 de 22 de mayo /01 acerca de si estaban o no remunerados dichos activos, da por cierto ese uso. Sin él no hubiera sido posible la prestación del servicio público de energía eléctrica al usuario final.

El distribuidor debe remunerar ese uso, en tanto y en cuanto, tales activos (entiéndase activo de generación inferior a 220 KV) se encuentren integrados a la infraestructura de distribución y él a su vez percibe una remuneración del usuario final. Se destaca que con anterioridad a la cesión del contrato antes dicho, así como también una vez culminado éste, tal uso fue remunerado por el denominado cargo estampilla establecido en la Resolución No.050 de 1994 y hoy por hoy lo es en virtud del libre acuerdo entre las partes de conformidad con las disposiciones contenidas en la Resolución No.009 de 1997 de la CREG.

Lo que pretende TRANSELCA S.A. E.S.P. es que se declare que La Convocada le adeuda la remuneración correspondiente al uso de los activos tantas veces mencionados y una vez dilucidado lo anterior, se ordene la remuneración de los mismos. Nada impide que para que se imponga la declaración de condena, la declaración de certeza no pueda precederla en la misma providencia.

Es pertinente destacar cómo el Tribunal no encontró evidencia fáctica alguna sobre la existencia de los denominados ramales nuevos a que alude la convocante, por manera que por sustracción de materia a ella no alude el presente laudo.

Por lo anterior, el Tribunal habrá de declarar no probada la excepción propuesta por la convocada bajo la denominación de Petición de Modo Indebido.

SOBRE LA COSA JUZGADA

El Tribunal para resolver sobre la Excepción de Cosa Juzgada propuesta por el apoderado de la Convocada considera pertinente hacer algunas citas de tratadistas sobre el particular.

Comenta Juan Guillermo Velásquez³ que la institución de la cosa juzgada pretende darle estabilidad y permanencia a las decisiones judiciales, en especial a las sentencias, haciéndolas así definitivas e irreversibles, con lo que preserva la paz y la seguridad jurídica. Podría decirse que la parte cuyas pretensiones han sido definitivamente declaradas por sentencia judicial tiene el derecho procesal fundamental a la cosa juzgada.

La cosa juzgada puede ser formal o material. El Artículo 332 del C. De P. C., se refiere a la cosa juzgada formal al disponer que:

"La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el mismo proceso verse sobre el mismo objeto y se funde en la misma causa que el anterior y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

³ Doctor Juan Guillermo Velasquez, Interpretación del Código de Procedimiento Civil, Parte General, Primera Edición Señal Editora, Páginas 444, 445 y 446

Se entiende que hay identidad jurídica de partes, cuando las del segundo proceso son sucesores mortis causa de las que figuran en el primero o causahabientes suyos por actos entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de derechos sujetos a registro y al secuestro en los demás casos.

La sentencia dictada en procesos seguidos por acción popular produce cosa juzgada erga omnes.

Los efectos de la cosa juzgada en procesos en que se ventilen cuestiones relativas al estado civil de las personas, se regularán por lo dispuesto en el Código Civil y leyes complementarias.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

"La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión".

La cosa juzgada material se produce cuando después de ejecutoriada la sentencia, han vencido los términos para su revisión o para que mediante proceso posterior pueda discutirle nuevamente lo decidido en aquellas. De ahí que mientras no se cumplan los plazos de caducidad para el ejercicio del recurso de revisión, no pueda catalogarse todavía la sentencia como cosa juzgada material.

En sentencia de Abril 24 de 1984 la Corte Suprema de Justicia explicó que, como la autoridad de la cosa juzgada no se produce sino en relación con una sentencia determinada, las denominadas identidades procesales constituyen el elemento de contraste para precisar si existe o no; y respecto de esa cuestión se habla de los llamados Límites de la Cosa Juzgada; es decir, que así como la sentencia puede afectar a los sujetos contendientes y generalmente a nadie más que a ellos, y ha de pronunciarse únicamente por la causa que se alegó para deducir la pretensión o la excepción. Solamente cuando el proceso futuro es idéntico -afirma la Corte-, en razón de estos tres elementos, la sentencia dictada en el anterior produce cosa juzgada.

En la misma Jurisprudencia, las tres identidades de la cosa juzgada han sido explicadas así:

"La eadem conditio personarum.... consiste en la esencia en la identidad jurídica de las partes en los dos procesos y cuyo fundamento racional está en el principio de la relatividad de las sentencias (art. 17 C.C.), según el cual por regla general la fuerza obligatoria de un fallo judicial se limita a las personas que han intervenido como partes en el proceso en que se profiere.

La eadem res, una de las dos facetas del límite objetivo de la cosa juzgada, se traduce esencialmente en que, no le es permitido al Juez, en proceso futuro, desconocer o disminuir de cualquier manera el bien jurídico disputado en juicio precedente y reconocido en la sentencia proferida en este.

"El otro factor del límite objetivo, la eadem causa pretendi... se concreta en el motivo o fundamento inmediato del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso".

En sentencia de mayo 2 de 1989, la Corte Suprema de Justicia, con base en la anterior jurisprudencia, consideró, que cuando al Juez le corresponde investigar si se configura o no la cosa juzgada, ha de acometer tal labor teniendo en cuenta los mencionados límites objetivos y subjetivos. A este propósito debe contar, como es obvio, con la sentencia del proceso anterior, con la demanda incoativa del mismo, con la respuesta que a esta se le hubiese dado, así como con los demás elementos que, acorde con las circunstancias peculiares de cada caso, se precisen para dar por establecidas las identidades procesales analizadas en la sentencia antes citada.

En otra oportunidad (sentencia de enero 18 de 1983) dijo la corte que "En realidad, para estimar la existencia de la cosa juzgada no importa en forma decisiva la denominación jurídica de la pretensión deducida por el demandante, ni menos la cita de las disposiciones de derecho, sino que la identidad de la causa y del objeto tienen que buscarse principalmente en su raíz, que es el conjunto y el contenido real de los hechos propuesto en la demanda como generadores de situaciones jurídicas concretas, cuya protección se solicita del Estado".

XXV.

XXVI. SENTENCIAS QUE NO CONSTITUYE COSA JUZGADA

De acuerdo con el artículo 333 del C. De P. C, no constituye cosa juzgado las siguientes sentencias:

Las que se dicten en proceso de jurisdicción voluntaria.

Las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley.

Las que declaren probada una excepción de carácter temporal, que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento.

Las que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio.

LIMITES DE LA COSA JUZGADA

Marco Gerardo Monroy Cabra⁴ acerca de los límites de la Cosa Juzgada advierte que la cosa juzgada es irreversible e inmutable.

⁴ Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, Derecho Procesal Civil, Parte General, Cuarta Edición, Biblioteca Jurídica Dike, Páginas 556, 557 y 558.

Tradicionalmente la doctrina habla de las 3 identidades: identidad de objeto, de causa y de partes. El art. 1351 del Código de Napoleón expresa que para que la cosa juzgada valga como excepción debe reunir las siguientes condiciones: "La cosa juzgada debe ser la misma; la demanda debe ser fundada sobre la misma causa; la demanda debe ser entre las mismas partes".

LÍMITES OBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA

En este punto se trata de determinar las *res in iudicium deductae*.

En qué consiste la identidad de objeto? La cosa juzgada se refiere al objeto de la decisión. Pero como acertadamente lo observa Couture, puede hablarse de objeto de la decisión en dos sentidos: en sentido procesal, lo que fue decidido en la sentencia; y en sentido material, lo que fue materia del litigio. Lo que pasa en autoridad de cosa juzgada es la sentencia, entendida como un todo inseparable, de acuerdo con la concepción de Savigny, debido a que la motivación es una obligación impuesta al juez por norma constitucional (Const. Nal. Art. 163).

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina cree que solo lo dispositivo de la sentencia constituye el objeto de la decisión. No puede negarse que la parte motiva sirve para entender el sentido, alcance, contenido y significación de la parte resolutive, tratándose de un juicio lógico, crítico histórico y volutivo. Desde luego, la motivación no es objeto de apelación sino la decisión, pero sirve para interpretar dicha resolución. Couture dice que "la eficacia de la cosa juzgada, se extiende necesariamente a aquellas cuestiones que han sido objeto de debate expreso en el juicio anterior y que, sin ser motivo de una decisión explícita, han sido resueltas implícitamente en su sentido en otro, como antecedente lógico de la decisión.

Según Couture, al motivación de la sentencia no hace tránsito a cosa juzgada, pero por excepción tiene tal calidad cuando la parte resolutive se remite a la motivación o cuando es un antecedente inseparable de lo resuelto. Nos parece exacta esta tesis que consulta el carácter del fallo, dándole prelación a lo dispositivo.

Identidad de objeto. Se entiende por objeto el bien corporal o incorporal que se reclama en juicio. Couture: "Objeto en la cosa juzgada es el bien jurídico disputado en el proceso anterior". Devis Echandía: "En materia civil, laboral y contencioso administrativa, el objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas, o la relación jurídica declarada, según el caso". El bien es la cosa corporal o incorporal, ya sea género o especie o estado de hecho. Claro que es difícil pronunciarse a cerca de la identidad del objeto sin entrar a considerar la causa *petendi* que ha justificado la reclamación objeto del proceso anterior. Al hablar de identidad de objeto no se hace referencia obligatoria al derecho que lo protege. (subrayado nuestro)

Identidad de causa *petendi*. En términos generales se entiende por causa la razón de la pretensión que se ejerce en el proceso. Couture dice que se entiende por causa *petendi* "la

razón de la pretensión, o sea el fundamento inmediato de derecho deducido en juicio". El fundamento del derecho que se ventila en juicio no es tan solo el que invoca el actor, sino el derecho que rige la especie litigiosa. Este fundamento, según lo expresa el autor mencionado, lo debe buscar el juez aun fuera de las alegaciones de las partes.

La mayoría de la doctrina está de acuerdo en que la causa petendi es la razón que invoca el demandante al formular la pretensión en la demanda. Devis Echandía afirma que la causa petendi es la razón de hecho que se enuncia en la demanda como fundamento de la pretensión".

Es necesario analizar en cada caso si la cosa juzgada comprende o no por completo el objeto de la pretensión que se ha ejercido de nuevo.

EN CUANTO AL OBJETO COMO COSA MATERIAL Y EL OBJETO DEL CONTRATO

El apoderado de ELECTROCOSTA en desarrollo de su tesis sobre la Excepción de Cosa Juzgada, analiza la parte resolutive del fallo de la CREG para concluir que cuando esta entidad definió el conflicto lo hizo "en el sentido que en el objeto de los mencionados contratos las partes definieron las características de los activos sometidos al ámbito de la aplicación de los mencionados contratos, entre los cuales no se pactó la exclusión de los correspondientes a niveles de tensión inferior a 220 kv.

Debido a que la CREG empleó la expresión "en el objeto de los mencionados contratos" el apoderado de ELECTROCOSTA le recuerda al Tribunal toda la teoría jurídica según la cual el concepto de objeto del contrato es jurídico y no físico, que no es la cosa o materialidad sobre que versa, sino los derechos y obligaciones reciprocas que recaen sobre esa cosa.

El Tribunal no niega la claridad jurídica al respecto de la diferencia entre el objeto material y el objeto de los contratos.

Pero como se ha visto anteriormente, la motivación de las decisiones sirve para entender el sentido, alcance, contenido y significación de la parte resolutive, tratándose de un juicio lógico, crítico, histórico y volutivo, aún a sabiendas que la motivación no es objeto de apelación, sino la decisión, pero que si sirve para interpretar dicha Resolución.

El Tribunal destaca lo anterior porque analizando las peticiones ante la CREG, lo que se le solicitó a esta última fue incluir los activos, es decir las cosas materiales, dentro de los inventarios, para exigir su remuneración. Dentro de este orden lógico, cuando la CREG dicta su laudo, este Tribunal, en la parte pertinente, luego de haber analizado las peticiones de TRANSELCA y los considerandos de la CREG, el Tribunal lo entiende en el sentido que se esta refiriendo a la inclusión o no de los bienes materiales en el inventario.

Veamos, lo que manifestó el Representante Legal de TRANSELCA cuando le formuló la primera vez la petición a la CREG, lo hizo para que esta resolviera "en el sentido de ordenar a ELECTROCOSTA y a ELECTRICARIBE" se incluyan en los contratos de conexión existente entre las partes, las ramas a nivel de 220 KV. actualmente no incluidas en los contratos.

En otra parte de los hechos se lee que ELECTROCOSTA y ELECTRICARIBE utilizan activos al STN de propiedad de TRANSELCA los cuales no se encuentran incluidos en los contratos suscritos inicialmente con las Electrificadoras y que deben recibir una remuneración.

Por otra parte, la CREG luego de la corrección de la demanda o solicitud, que le formuló TRANSELCA, manifestó que ella sólo es competente para pronunciarse si los activos de voltaje distintos a 220 Kv. están o no incluidos en los contratos de conexión cedidos a TRANSELCA y a ELECTROCOSTA – ELECTRICARIBE, por cuanto se refiere a la interpretación de un acuerdo operativo o comercial existente entre las partes.

La CREG dejó establecido en la motivación de su laudo que se refería única y exclusivamente a si determinados activos estaban o no incluidos, o como dijo al final, no se pactó la exclusión de determinados bienes de los inventarios.

La CREG siempre advirtió que lo referente al pago no era de su resorte.

En conclusión, el fallo de la CREG se refiere a los inventarios mas no al objeto de los contratos desde el punto de vista jurídico porque ello hubiera implicado transbordar su competencia, de lo cual siempre se cuidó.

LÍMITES SUBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA

En este aspecto se estudia lo que se ha denominado la identidad de las partes. La doctrina es uniforme al decir que la cosa juzgada debe tener efectos relativos, es decir, limitados a las partes y excluyendo a los terceros. Admite ciertos casos en que hay excepciones a la eficiencia interpartes y por tanto, eficacia frente a terceros o erga omnes, como por ejemplo, las acciones de estado. Rocco critica el concepto tradicional, advirtiendo que el problema de los límites subjetivos de la cosa juzgada no es sino el problema de la individualización de los sujetos legitimados para accionar o para contradecir en sentido amplio. Agrega que " aparece evidente que los límites subjetivos de la cosa juzgada deben buscarse, precisamente, dentro de la esfera de los sujetos que están legitimados por la ley procesal para accionar o para contradecir, ya en la forma de legitimación para intervenir.

Resulta entonces que la Honorable Corte Suprema de Justicia en pronunciamientos reiterados ha conservado como espina dorsal de ese instituto, como aquella que puede ser declarada en juicio posterior cuando: 1) Ambos procesos versan sobre el mismo objeto (eadem res); 2).- Ambos juicios se fundan en la misma causa (eadem causa petendi) y; 3).- Identidad jurídica entre las partes (eadem conditio personarum).

En una palabra, el fenómeno tiene ocurrencia cuando entre dos (2) procesos judiciales se presenta identidades procesales que determinan que en el segundo juicio al fallador le resulta imposible pronunciarse sobre asuntos que conjugan las identidades dichas.

Así las cosas, salvo las limitaciones objetivas y subjetivas que han quedado dichas, la claridad legislativa y de doctrinantes, no admiten asomo de duda en cuanto a que la excepción de cosa juzgada es el mecanismo técnico que brinda al demandado la oportunidad de hacer efectiva la sanción establecida por el legislador, amparando y defendiendo a las sentencias o pronunciamientos en firmes. Teleológicamente se pretende excluir por completo, de cara a lo decisivo del fallo, toda posibilidad que el negocio en el cual se produjo pueda ser examinado de nuevo por la misma autoridad que lo profirió o por otra. Se busca de contera con la institución de cosa juzgada dos (2) efectos prácticos que consisten en finalizar con carácter definitivo e inmutable los procesos y evitar contradicciones de las sentencias.

Este Tribunal ha procedido de suyo a efectuar esa confrontación, con el fin de establecer si las suplicas incoadas ante la CREG son las mismas que se deprecian ante ésta jurisdicción.

Ante la CREG luego de haber sido corregida la solicitud pertinente, quedó con el siguiente tenor literal.

"Que se declare que los activos de conexión distintos a 220 kv, relacionados en el anexo N° 1 del presente documento, que vienen siendo utilizados por la ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. E.S.P., y la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P., no están incluidos dentro de los contratos de conexión y sus adicionales identificados en los ítems 2.1 y 2.5 (ver anexo N° 2) suscritos entre CORELCA y las Electrificadoras del Atlántico, Bolívar Córdoba, cesar, Guajira y Sucre, los cuales fueron cedidos a TRANSELCA y a ELECTROCOSTA y ELECTRICARIBE respectivamente."

Ante este Tribunal las pretensiones son:

Que se declare que la Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P., adeuda a la sociedad que apodero la remuneración derivada del uso de los activos de conexión a tensiones inferior a 220 Kv y de algunos ramales nuevos de esa misma tensión con el periodo comprendido entre el 21 de Agosto de 1.998 y el 31 de Julio de 1.999.

Que se condene la Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P., al pago de los valores que adeuda a la sociedad que apodero y que corresponde a la remuneración derivada del uso de los activos de conexión a tensiones inferiores a 220 KV y a algunos ramales nuevos de esa misma tensión, por el periodo comprendido entre el 21 de Agosto de 1.998 y el 31 de Julio de 1.999.

Que se condene a la sociedad Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S. P., al pago de los correspondientes intereses moratorios a la tasa máxima autorizada por la ley para casos de mora.

Que se ordene el reconocimiento y pago de la corrección monetaria o actualización del valor del dinero sobre el monto de las sumas que resulten probados durante el trámite arbitral.

Que se condene a la sociedad demandada, al pago de las costas, los gastos del proceso y las agencias en derecho.

Estas pretensiones literal y conceptualmente difieren de aquellas que ocupan la atención del Tribunal, en tanto y en cuanto, las primeras pretenden la declaración en el sentido que los activos mencionados no están incluidos dentro de los contratos de conexión y sus adicionales identificados en los ítems 2.1 y 2.5 (ver anexo N° 2) suscritos entre CORELCA y las Electrificadoras del Atlántico, Bolívar Córdoba, Cesar, Guajira y Sucre, los cuales fueron cedidos a TRANSELCA y a ELECTROCOSTA y ELECTRICARIBE respectivamente, *las segundas buscan* el establecimiento de la remuneración por el uso de los mismos y su pago con actualización monetaria e intereses, amén de las costas y gastos del proceso que para los efectos del análisis de la excepción no es relevante.

No hay pues, la identidad de objeto (*eadem res*) entre los dos (2) procesos, por manera que echándose de menos éste elemento para conjugar los imperativos de la cosa juzgada habrá de declarar no probada la excepción propuesta como tal.

SOBRE LA INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION

Bajo la denominación anterior, el excepcionante plantea, cómo considera que se llegó a la conclusión de acuerdo con el pronunciamiento de la CREG contenido en la Resolución 076 del 22 de Mayo de 2001 que resolvió sobre la petición formulada por TRANSELCA a dicha Unidad Administrativa del Ministerio de Minas y Energía, así como también de las conclusiones a que llegaron los peritos JORGE PINTO NOLLA y JAVIER BUSTILLO PERTUZ en los dictámenes por ellos rendidos cuando en su orden precisaron que TRANSELCA tomó la decisión de calcular como activos de conexión aplicando la fórmula contenida en la Resolución 002 de 1994, mas sin embargo al hacer la valoración de esos activos con miras a calcular los cargos por uso de STR y SDL utilizó los métodos contenidos en la Resolución No.155 de 1997; y, que ELECTROCOSTA según ampliación dictamen del perito BUSTILLO PERTUZ canceló a TRANSELCA la facturación emitida conforme a los contratos C-3375-95 y C-3377A-97, siendo coincidente los pagos efectuados a la convocante con la remuneración pactada en los mismos. (Folio 109, Tomo IV) A ese escenario también se arriba por el apoderado de ELECTROCOSTA analizando las afirmaciones de los testigos que concurrieron durante el trámite de este Tribunal.

El Tribunal cuando se refirió a la excepción denominada, PETICION DE MODO INDEBIDO, manifestó cómo daba por establecido, no solo por haberse demostrado en el plenario la titularidad de TRANSELCA de los activos a tensiones inferiores a 220 KV sino también el uso que de los mismos hizo la convocada, que por lo demás, ésta reconoció por manifestaciones hechas por su apoderado y por su propia representante legal.

La lectura que hace el Tribunal sobre las conclusiones de los peritos es distinta al entendimiento que le atribuye el vocero de TRANSELCA, puesto que ellas apuntan para el perito PINTO NOLLA a la circunstancia de que existen varias alternativas en el método para establecer la remuneración, al paso que para BUSTILLO PERTUZ la conclusión radica en que solo fueron remunerados de acuerdo con los contratos de marras los activos correspondientes a tensiones

iguales a 220KV, precisando este último, que ELECTROCOSTA no realizó pago alguno por concepto de la remuneración correspondiente al uso de activos de tensiones inferiores a 220 Kv. durante el periodo comprendido entre el 21 de Agosto de 1998 y el 31 de Julio de 1999.

Apunta en esa misma dirección el compromiso asumido por las partes, " en desarrollo de la autonomía de la voluntad" cuando por mutuo acuerdo en el Art. 3° del contrato adicional C-3-373 A 97 con vigencia a partir del 1 de agosto de 1997 hasta el 31 de julio de 1999 dispuso:

"ARTICULO TERCERO: Aclarar el contenido de la cláusula Décima séptima CONDICIONES TECNICAS Y OPERATIVAS en el sentido de que en el documento elaborado por CORELCA "CARGOS DE CONEXIÓN PARA LAS ELECTRIFICADORAS DE LA COSTA ATLANTICA" SP-DPT-11-95 en el cual se relacionan los elementos de concesión que tuvo en cuenta la CREG para el cálculo de los cargos que se presentan en la resolución No. 002 de noviembre dos de 1994. Así mismo, se elaborara un documento complementario del SP-DPT-11-95, que se contendrá una relación actualizada de los elementos que hacen parte de las subestaciones de propiedad de CORELCA y que prestan el servicio de conexión a la ELECTRIFICADORA. CORELCA se compromete a mantener los cargos que actualmente cobra a ELECTRIBOL hasta tanto culmine el estudio actualizado o la CREG presente otros cargos y los nuevos cargos resultantes solo se cobraran a partir del día siguiente de la aprobación de la CREG. La CORPORACION ELECTRICA DE LA COSTA ATLANTICA – CORELCA , se compromete a realizar el mantenimiento de los equipos de conexión para que estos operen en condiciones optimas. Este adicional C-3.3756 A-97, rige a partir del primero de agosto de 1997, es un complemento del contrato y debe interpretarse en un todo de acuerdo con las demás estipulaciones del contrato.

Luego entonces resulta forzoso concluir como las partes primigenias del contrato fueron las que establecieron "Por mutuo acuerdo" (independientemente de que estuvieren vigentes la Resolución No. 002 ó 0050 de 1994) que hasta tanto se culminara el estudio actualizado que debían hacer ellas o que la CREG determinara otros cargos se mantendrían los que CORELCA cobraba a ELCETRIBOL, por manera que al asumir TRANSELCA y ELECTRIBOL la posición contractual de aquellas sin beneficio de inventario o salvedad alguna no pueden pretender que los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por los cedentes se prediquen de las cesionarias solo en forma parcial y selectiva.

Plasmadas así las prestaciones independientemente de la vigencia de una u otra disposición contenida en actos administrativos, constituyen ley para las partes establecidas de consuno de la cual no pueden sustraerse.

Por ello, el pronunciamiento del Tribunal se circunscribirá a lo que toca con el monto de dicha remuneración y la metodología para obtenerlo, en la que cabe razón parcialmente al excepcionante de cara a que es claro que no existiendo acuerdo entre las partes distinto al que viene pactado en el contrato adicional que se ha dejado transcrito, ni haberse elaborado el denominado documento complementario SP- DPT 11-95 y menos aún existir pronunciamiento de la CREG señalando otros o nuevos cargos, la metodología para calcular la remuneración por uso de los activos de conexión inferiores a 220 KV., para el periodo comprendido entre el 21 de

agosto/98 y el 31 de julio/99 es la señalada en la Resolución 050 de 1994 vigente cuando se suscribió el contrato adicional a que se ha hecho referencia, que por lo demás venía siendo aplicada por los cedentes con anterioridad a la cesión tantas veces mencionada.

Ahora bien, tampoco considera el Tribunal que debe despacharse favorablemente la petición que atañe a la condena de intereses por cuanto la convocante presentó las facturas de cobros correspondientes a los periodos en discusión, con base en las disposiciones contenidas en la Resolución No. 155 de 1999 emanada de la CREG y no de acuerdo con los lineamientos establecidos en la Resolución No. 050 1994 proferida por la misma Unidad Administrativa. Resultaría un contrasentido sancionar a ELECTROCOSTA, condenándola a pagar intereses moratorios puesto que con ello se busca sancionar al deudor que incumpla un pago y, ciertamente ELECTROCOSTA no había sido requerida en legal forma para ello y menos aún se le había exigido el pago acordado por los cedentes que la obligaba como cesionario de ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR S.A.

Se negará de análoga manera, la condena en costas que viene deprecada, teniendo en cuenta, no sólo la actitud de la convocada ausente de temeridad o mala fe, sino también a que el asunto sometido a la decisión arbitral no tenía definido con claridad sus contornos.

Se accederá en la condena a aplicar los guarismos de devaluación o indexación, puesto que no hacerlo resultaría contrario a la equidad, dado que el poder adquisitivo de la moneda ha sufrido desmedro y su valor histórico no permite adquirir los mismos bienes y servicios cuando es afectado por el transcurso del tiempo, más en una economía como la nuestra que viene signada por la inflación. Se establecerán entonces las variaciones al Índice de Precios al Productor (IPP) como un indicador esencialmente variable que como hecho notorio no requiere de formalidad especial para su prueba.

Así las cosas, el cálculo de la obligación a cargo de ELECTROCOSTA por concepto de la remuneración derivada del uso de los activos de propiedad de TRANSELCA inferiores a tensiones a 220 Kv. por el periodo comprendido entre 21 de Agosto de 1998 a 31 de Julio de 1999, cortado a la fecha en que se pronuncia el presente laudo es como a renglón seguido se evidencia.

CALCULO DE LA OBLIGACION

Se cuantifican los consumos de energía vigentes para la época comprendida entre el 21 de Agosto de 1998 y 21 de Julio de 1999, derivados de la utilización de los activos de transmisión inferiores a 220 Kv.

Los consumos se multiplican por el valor de la tarifa que señala la Resolución 050 de 1994, o sea \$0.29 Kv./H.

A ese resultado que es efectivamente la facturación por la utilización, se le aplica el Índice de Precios al Productor (IPP), señalado por la CREG en esa misma Resolución en el Art. 3°, para el respectivo mes, obteniendo así valores actualizados a precios corrientes.

Así las cosas, buscando mantener el poder adquisitivo de la moneda, a esos precios corrientes, se les aplica el Índice de Precios al Consumidor (IPC) hasta 31 de Agosto de 2003.

Lo anterior se resume en el siguiente cuadro:

MES	ENERGÍA (1)	Est/pilla (2) \$/kWH	IPP (3)	\$ Corrientes Fin de mes	\$ AGO- 31-03
Ago-98	186.819,9	0,2900	1,7467	\$ 33.579.730	51.859.452
Sep-98	176.522,7	0,2900	1,7473	\$ 89.446.119	138.093.854
Oct-98	181.211,4	0,2900	1,7558	\$ 92.269.747	141.761.868
Nov-98	178.808,7	0,2900	1,7593	\$ 91.229.330	139.882.210
Dic-98	179.165,0	0,2900	1,7622	\$ 91.560.449	140.160.959
Ene-99	175.872,3	0,2900	1,8121	\$ 92.421.309	137.585.108
Feb-99	152.491,6	0,2900	1,8336	\$ 81.088.301	119.294.362
Mar-99	175.099,5	0,2900	1,8291	\$ 92.877.370	136.980.491
Abr-99	160.811,0	0,2900	1,8344	\$ 85.545.764	125.802.622
May-99	176.304,1	0,2900	1,8366	\$ 93.900.069	137.922.859
Jun-99	161.691,8	0,2900	1,8483	\$ 86.668.683	126.491.665
Jul-99	155.376,2	0,2900	1,8801	\$ 84.715.940	121.550.988
TOTAL \$				\$1.015.302.810	\$1.517.386.437

EN CUANTO A LA OBJECCION POR ERROR GRAVE

El Tribunal en lo que se refiere a la objeción por error grave presentada por el apoderado de la convocante sobre el Dictamen Pericial de Jorge Pinto Nolla.

Analizadas las mismas y como quiera que dicha opinión pericial la solicitó oficiosamente el Tribunal buscando obtener una mayor ilustración sobre un asunto que prima facie se presentaba confuso y con aristas deleznales que las mismas partes no habían podido establecer y resultaba indispensable para su dilucidación brindando la mayor información posible a los Señores Árbitros. No en vano precedieron a la instalación de este Tribunal, años de controversias, interpretaciones y debates entre las partes, dignos de mejor suerte, puesto que los resultados no se dieron.

El peritazgo objeto de la censura del apoderado de La Convocante recae sobre hechos y documentos que se encuentran evidenciados a lo largo del trámite del Proceso, pero no trasciende más allá de ser una mera ilustración para el fallador constituyendo información sobre las regulaciones vigentes aplicables al caso objeto de la controversia y la realización consecuente de unos cálculos con base en esa regulación.

Colindando con esa normatividad existe el contrato de conexión No. 3375-95 y su adicional C-3395-A-95 que constituye ley para las partes y en ese contexto le corresponde al Tribunal interpretar y decidir a quien le asisten razones en la controversia.

Así las cosas, por considerar que no incide el dictamen en la decisión que habrá de tomarse en el presente laudo, tal objeción será desestimada y así se declarará en la parte resolutive del mismo.

Expuesto lo anterior, el Tribunal de Arbitramento en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales transitorias consagradas en el artículo 116 de la Constitución Nacional ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar no probadas las excepciones denominadas Cosa Juzgada, Petición de Modo Indebido y la Innominada Falta de Competencia del Tribunal.

SEGUNDO.- Declarar probada parcialmente la excepción denominada inexistencia de la obligación.

TERCERO.- Declarar que no prospera la objeción por error grave formulada por la convocante al dictamen pericial rendido por el Dr. Jorge Pinto Nolla.

CUARTO.- Declarar que ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A.,E.S.P. – ELECTRO COSTA adeuda a la sociedad TRANSELCA S.A.,E.S.P. por concepto de remuneración por uso de activos de conexión al Sistema de Transmisión Nacional (STN) a tensiones inferiores a 220 Kv. por el periodo comprendido entre el 21 de Agosto de 1998 y 21 de Julio de 1999 de acuerdo con las condiciones y términos indicados en la parte motiva de este laudo la suma de UN MIL QUINCE MILLONES TRESCIENTOS DOS MIL OCHOCIENTOS ONCE PESOS M/CTE. (\$1.015.302.811)

QUINTO.- Declarar que ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A.,E.S.P. – ELECTROCOSTA adeuda a la sociedad TRANSELCA S.A.,E.S.P. por concepto de corrección monetaria o indexación aplicada sobre los conceptos que dan como resultado la cifra estipulada en el numeral anterior, la suma de QUINIENTOS DOS MILLONES OCHENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS VEINTISEIS PESOS M/CTE. (\$502.083.626)

SEXTO.- Abstenerse de hacer pronunciamiento alguno sobre la remuneración que viene deprecada por la convocante por el uso de los denominados ramales nuevos u otros ramales por las razones expuestas en los considerandos de este laudo.

SEPTIMO.- No acceder al pago de intereses de ninguna naturaleza por las razones indicadas en la parte motiva de este laudo.

OCTAVO.- No acceder a decretar condena en costas por las razones indicadas en la parte motiva de este laudo.

NOVENO.- Ordénese la protocolización del expediente en una Notaría del Circulo de Cartagena.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

El presente laudo y las resoluciones en él contenidas, se notifican a las partes en estrados, para todos los efectos legales.

VICENTE GUTIERREZ DE PINEREZ MORALES
Presidente

SEBASTIAN HERRERA RODRIGUEZ
Arbitro

JAIRO MORALES NAVARRO
Arbitro

CARLOS PAREJA EMILIANI
Secretario

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
TRANSELCA S.A. E.S.P.

Vs.

ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A. E.S.P.
(ELECTROCOSTA S.A. E.S.P.)

XXVII.

XXVIII. LAUDO ARBITRAL COMPLEMENTARIO

Cartagena de Indias D. T. y C., Treinta (30) de Septiembre del año Dos Mil Tres (2003).

Agotado el Trámite, dentro de la oportunidad legal para hacerlo, el Tribunal de Arbitramento dictó el Laudo que puso fin al proceso arbitral, que fuera propuesto por la sociedad TRANSELCA S.A. E.S.P., en adelante TRANSELCA contra ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A. E.S.P. (ELECTROCOSTA S.A. E.S.P.), en adelante ELECTROCOSTA.

El laudo fue notificado en estrado a las partes. Durante el desarrollo de la diligencia, el Tribunal señaló el Martes 30 de Septiembre de 2003 a las 10:30 A.M. para que tenga lugar la audiencia de aclaración, corrección o complementación del laudo.

Dentro de la oportunidad legal, la convocante solicitó al Tribunal se sirva dictar laudo complementario para resolver sobre la pretensión "1.2" de la solicitud de convocatoria y para resolver de manera completa sobre la pretensión "1.4" de la misma solicitud, de manera que se guarde la debida congruencia.

Dice TRANSELCA que la pretensión "1.1" fue despachada favorablemente mediante el ordinal Cuarto de la parte resolutive, pero que en el laudo se omitió efectuar un pronunciamiento expreso sobre la pretensión "1.2", imponiendo la condigna condena a pesar de que en la parte motiva se había señalado la procedencia de atender por separado las distintas pretensiones declarativas y de condena.

Que de otra parte, la pretensión "1.4" fue despachada solo parcialmente en el ordinal Quinto de la parte resolutive del laudo.

Que el laudo acogió de manera expresa la pretensión respectiva en lo que hace a la solicitud de reconocimiento de la corrección monetaria, habiendo omitido su pronunciamiento expreso sobre lo atinente al pago.

Y por último que faltó señalar el término dentro del cual ELECTROCOSTA debe efectuar los pagos respectivos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Analizando la solicitud de TRANSELCA y comparándolo con el pronunciamiento del laudo y especialmente con la parte resolutive del mismo, el Tribunal encuentra acertada la solicitud de complementación del laudo propuesta por TRANSELCA, ya que en verdad, hubo el reconocimiento de las obligaciones de la convocada, pero faltó el pronunciamiento expreso sobre la orden de pago.

En igual forma, a la parte resolutive del laudo le faltó señalar el término dentro del cual ELECTROCOSTA debe efectuar los pagos respectivos a TRANSELCA.

Por lo anterior, el Tribunal mediante el presente Laudo Complementario declarará que ELECTROCOSTA sea condenada al pago a favor de TRANSELCA de las sumas de dinero señaladas en la parte resolutive del laudo que aquí se complementa.

Expuesto lo anterior, el Tribunal de Arbitramento en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, transitorias consagradas en el Artículo 116 de la Constitución Nacional, en concordancia con el Artículo 160 del Decreto 1818 de 1998 en armonía con el Inciso 1 del Artículo 311 del C. de P.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: Condenar a ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A.,E.S.P. – ELECTROCOSTA S.A.,E.S.P. al pago a favor de TRANSELCA S.A.,E.S.P. de las sumas de dinero que vienen señaladas en los numerales CUARTO y QUINTO de la parte resolutive del laudo dictado el día Diecinueve (19) de Septiembre del presente año.

SEGUNDO: Ordenar que el pago mencionado lo efectúe ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A.,E.S.P. – ELECTROCOSTA S.A.,E.S.P. a favor de TRANSELCA S.A.,E.S.P. en un término máximo de cuarenta y cinco (45) días calendarios, contados a partir de la firma del presente laudo complementario.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

El presente laudo complementario y las resoluciones en él contenidas, se notifican a las partes en estrados para todos los efectos legales.

VICENTE GUTIERREZ DE PINERES MORALES
Presidente

SEBASTIAN HERRERA RODRIGUEZ
Arbitro

JAIRO MORALES NAVARRO
Arbitro

CARLOS PAREJA EMILIANI
Secretario