

Tribunal de Arbitramento

Tebsa S.A. ESP

v.

Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica S.A. ESP – Corelca

Noviembre 19 de 2004

Bogotá, D.C., noviembre diecinueve (19) de dos mil cuatro (2004).

Laudo Arbitral

Agotado el trámite arbitral, y estando dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el tribunal de arbitramento a proferir el laudo que pone fin al proceso arbitral seguido entre Termobarranquilla S.A. (ESP), en adelante “Tebsa” y Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica S.A. (ESP) Corelca S.A. (ESP), en adelante “Corelca”.

CAPÍTULO I

El proceso

A. Antecedentes.

A.1. El contrato que dio lugar al proceso entre Tebsa y Corelca.

El 29 de marzo de 1995 se suscribió un contrato entre Corelca y Tebsa denominado “Contrato de prestación del servicios de energía eléctrica (C-3.330-95)” (en adelante “el contrato” o “el contrato PPA”), cuyo objeto consiste según la cláusula 2.1 en “(...) la prestación por parte de Tebsa a Corelca del servicio de generación de energía eléctrica y capacidad mediante la utilización de la planta actual ubicada en el municipio de Soledad, departamento del Atlántico y de la construcción y utilización de la planta nueva, en el mismo sitio, para la prestación de dicho servicio. La totalidad de la generación de energía neta producida por la planta será suministrada a Corelca según los términos de este contrato”.

A.2. partes procesales.

Las partes son personas jurídicas, regularmente constituidas y han acreditado en legal forma su existencia y representación, mediante los documentos que, en relación con cada una, obran en el expediente:

Convocante: Tebsa S.A. ESP es una empresa de servicios públicos privada, del tipo de las anónimas, con domicilio en Barranquilla, Atlántico, constituida y existente de conformidad con las normas de la República de Colombia, mediante escritura pública 9994 del 14 de octubre de 1994 de la Notaría Única de Soledad, representada legalmente por Edgardo Sojo González, todo lo cual se acredita en el proceso mediante el certificado que sobre existencia y representación de la sociedad expidió la Cámara de Comercio de Barranquilla.

Convocada: Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica S.A. ESP empresa de servicios públicos de carácter mixto, del tipo de las anónimas, con domicilio en Barranquilla, Atlántico, constituida y existente de conformidad con las normas de la República de Colombia, mediante escritura pública 2371 del 20 de agosto de 1999 de la Notaría 45 de Santafé de Bogotá, representada legalmente por Alfonso De Mares Colom, todo lo cual se acredita mediante el certificado que sobre existencia y representación de la sociedad expidió la Cámara de Comercio de Barranquilla.

A.3. Capacidad.

Ambas partes, en su condición de personas jurídicas válidamente constituidas y legalmente existentes, tienen capacidad para transigir.

A.4. Pacto arbitral.

El contrato contiene en el numeral 16.3 de la cláusula XVI denominada “solución de diferencias”, el pacto arbitral, cuyo texto es el siguiente:

“Si una diferencia no puede ser resuelta por negociación directa dentro de los sesenta (60) días calendario contemplados en el numeral 16.1 y no es obligatorio o permitido, dentro de los términos de este contrato, acudir al experto técnico, entonces la diferencia será resuelta a través de arbitramento.

Cualquier diferencia que surja con ocasión de la celebración del presente contrato, y de su ejecución, interpretación, desarrollo, terminación, liquidación o cumplimiento será sometida a la decisión de un tribunal de arbitramento integrado por tres (3) árbitros designados de mutuo acuerdo por las partes o, en su defecto, por el centro de arbitraje y conciliación mercantil de la cámara de comercio de Santafé de Bogotá, D.C., previa solicitud presentada por cualquiera de las partes.

El tribunal así constituido sesionará en las instalaciones del centro de arbitraje y conciliación mercantil de la citada cámara de comercio de Bogotá, se sujetará a lo dispuesto por la legislación vigente y emitirá su laudo en derecho”.

A.5. Árbitros.

El 12 de marzo de 2003 las partes acordaron designar como árbitros principales para la integración de este tribunal de arbitramento a los doctores Nohora Palomo, Jorge Suescún Melo y Paul Cahn-Speyer, quienes previamente informados por el centro de arbitraje, manifestaron su aceptación dentro del término legal.

A.6. Laudo en derecho, lugar de funcionamiento del tribunal, duración del proceso.

Por disposición de las partes expresada en el pacto arbitral, el presente laudo habrá de proferirse en derecho. De acuerdo con la cláusula compromisoria, el lugar de funcionamiento del tribunal es la ciudad de Bogotá, D.C., en las instalaciones del centro de arbitraje y conciliación mercantil de la cámara de comercio de esta ciudad (en adelante “el centro de arbitraje”). Al no establecer las partes el término de duración del proceso, este habrá de ser menor de seis meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, conforme a lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, teniendo en cuenta las suspensiones solicitadas por las partes o sus apoderados durante el transcurso del proceso.

B. Trámite prearbitral.

B.1. La demanda.

El día 18 de noviembre de 2002, Tebsa, por conducto de apoderado especial, solicitó la convocatoria de este tribunal de arbitramento mediante memorial contentivo de la demanda, la cual fue admitida por el centro de arbitraje mediante providencia del 21 de noviembre de 2002, en la cual se reconoció personería al apoderado de Tebsa. En virtud de esta misma providencia, de la solicitud de convocatoria contentiva de la demanda se ordenó correr traslado a la sociedad convocada, Corelca, en los términos del artículo 428 y concordantes del Código de Procedimiento Civil, por tratarse de un asunto de mayor cuantía.

B.2. Instalación del tribunal.

1. Previa convocatoria por parte del centro de arbitraje a los representantes legales de las partes, al apoderado de Tebsa y al Procurador Delegado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se llevó a cabo el 13 de febrero de 2003 la reunión de nombramiento de árbitros, según consta en el acta correspondiente a dicha reunión que obra en el expediente, la cual fue suspendida de común acuerdo por las partes dado el cambio de procedimiento producido en razón de la Sentencia C-1038 de 2002 de la Corte Constitucional y para ser continuada el 28 de febrero de 2003.

2. El 27 de febrero de 2003 la doctora Patricia Arrázola Bustillo, apoderada judicial de Tebsa y el doctor Alfonso De Mares Colom, representante legal de Corelca, presentaron ante el centro de arbitraje una comunicación de la misma fecha mediante el cual informaron que de común acuerdo han decidido prorrogar para el jueves 13 de marzo de 2003, la fecha de la reunión de nombramiento de árbitros prevista para el 28 de febrero de 2003.

3. El 12 de marzo de 2003 la doctora Patricia Arrázola Bustillo, apoderada judicial de Tebsa y el doctor Alfonso De Mares Colom, representante legal de Corelca, enviaron vía fax al centro de arbitraje una comunicación de la misma fecha mediante la cual informaron que las partes llegaron a un acuerdo en cuanto al nombre de los árbitros que integrarán el tribunal de arbitramento: Dr. Jorge Suescún Melo, Dr. Paul Cahn-Speyer y la doctora Nohora Palomo; como consecuencia, solicitaron se prescindiera de la fecha señalada para la reunión de nombramiento de árbitros.

4. Previa convocatoria por parte del centro de arbitraje a las partes, al apoderado judicial de Tebsa, a los árbitros designados por las partes y a la Procuradora Sexta Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 10 de abril de 2003, en presencia de todos los convocados y del representante del centro de arbitraje, se dio inicio a la audiencia de instalación a la cual se hizo presente el doctor Alejandro Linares Cantillo en calidad de apoderado judicial de Tebsa y el doctor Eduardo Devis Morales en su calidad de apoderado judicial de Corelca a quien se le reconoció personería jurídica. En el transcurso de la audiencia se nombró como presidente del tribunal al doctor Jorge Suescún Melo y como secretario al doctor Luis de Brigard Caro y se profirió el auto 1 mediante el cual se declaró legalmente instalado el tribunal y se fijaron las sumas correspondientes a los honorarios de los árbitros y el secretario, los gastos de funcionamiento y administración del centro de arbitraje, y otros gastos, todo lo cual consta en el auto 1 proferido en audiencia del 10 de abril de 2003.

5. El 13 de mayo de 2003, se reunieron el presidente y el designado secretario del tribunal, con el fin de dar posesión a este último, como consta en el acta 2, correspondiente a dicha reunión.

B.3. Trámite inicial – artículo 141 del Decreto 1818 de 1998.

1. Previa convocatoria por parte del secretario del tribunal al representante legal de Corelca, a los apoderados judiciales de las partes y a la Procuradora Sexta Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 22 de mayo de 2003, en presencia de todos los convocados, se dio inicio a la audiencia que tuvo por objeto surtir los trámites a que hace referencia el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998. En desarrollo de la audiencia el tribunal profirió un auto por medio del cual asumió competencia para efectos de los trámites a que hace referencia el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998; admitió la solicitud de convocatoria formulada por Tebsa, en los términos del auto proferido por el centro de arbitraje el 21 de noviembre de 2002; notificó personalmente a Alfonso de Mares Colom, en su calidad de representante legal de Corelca para efectos del traslado previsto en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil y trasladó la sede de la secretaría del tribunal a la Carrera 12 N° 70-31 de la ciudad de Bogotá.

2. Mediante escrito presentado en la secretaría del tribunal el 6 de junio de 2003, encontrándose dentro del término legal oportuno, el apoderado de Corelca contestó la demanda presentada por Tebsa, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas por la parte convocante y formulando sus excepciones de mérito. Del escrito correspondiente se corrió traslado mediante auto de 10 de junio de 2003.

3. El 13 de junio de 2003, encontrándose dentro del término legal oportuno, el apoderado de Tebsa presentó en la secretaría del tribunal un escrito describiendo el traslado de la contestación de la demanda por parte de Corelca, solicitando pruebas respecto de las excepciones formuladas por esta última y oponiéndose al decreto de algunas de las pruebas solicitadas por la convocante.

B.4. Audiencia de conciliación.

1. Mediante auto proferido por el tribunal el 19 de junio de 2003, modificado por auto del 25 de junio de 2003, los cuales fueron notificados personalmente a las partes, e informados mediante oficio al Ministerio Público, se fijó como fecha para la audiencia de conciliación el 9 de julio de 2003, a las 9:30 a.m.

2. En la fecha y hora fijadas por el tribunal, se surtió la audiencia de conciliación, en presencia de los representantes legales y los apoderados de las partes y del Ministerio Público, en el curso de la cual, y teniendo en cuenta las manifestaciones de las partes, se declaró fracasada la conciliación y se citó para la primera audiencia de trámite el 17 de julio de 2003, a las 9:30 a.m., mediante auto notificado a las partes en audiencia.

B.5. Reforma de la demanda y traslado.

1. El 16 de julio de 2003 el apoderado de Tebsa presentó reforma de la demanda, a efecto de lo cual integró en el escrito presentado la demanda completa, reformada, en 112 folios útiles. Adicionalmente presentó un escrito en el cual relaciona los cambios efectuados a la demanda inicialmente presentada.
2. Mediante auto de 17 de julio de 2003 se corrió traslado a la parte convocada de la reforma de la demanda y se fijó el 19 de agosto de 2003 como fecha para llevar a cabo la primera audiencia de trámite.
3. Mediante escrito presentado en la secretaría del tribunal el 29 de julio de 2003, el apoderado de Corelca, recorrió el traslado de la reforma de la demanda mediante contestación de la misma.
4. Mediante auto de 30 de julio de 2003, el tribunal ordenó a las partes ciertas precisiones respecto de las solicitudes de pruebas, para lo cual concedió un plazo hasta el 13 de agosto de 2003, fecha en la cual los apoderados de las partes presentaron dichas precisiones en cumplimiento de lo ordenado por el tribunal. Adicionalmente, mediante el referido auto, se modificó la fecha establecida para la primera audiencia de trámite, la cual se llevará a cabo el 26 de agosto de 2003 a las 9:30 a.m.

B.6. Primera audiencia de trámite.

El 26 de agosto de 2003 a las 9:30 a.m., fecha y hora fijadas por el tribunal, se surtió la primera audiencia de trámite, en presencia de los apoderados de las partes y del Ministerio Público, en el curso de la cual, el tribunal mediante auto aceptó su propia competencia para conocer y decidir en derecho sobre las pretensiones formuladas en la demanda por Tebsa, así como sobre las excepciones plateadas por Corelca en su contestación a la demanda. Adicionalmente, el tribunal fijó el término de duración del proceso el cual es de seis meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de las prórrogas, suspensiones o interrupciones. Finalmente, el tribunal decretó las pruebas del proceso, dándose por terminada así la primera audiencia de trámite.

B.7. Apoderados.

Por tratarse de un arbitramento en derecho, las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados, según lo dispone el artículo 118 de la Ley 446 de 1998 (D. 1818/98, art. 122). En cuanto a la parte convocante, Tebsa, está representada por el doctor Alejandro Linares Cantillo, según poder especial que obra en el expediente. La parte convocada, Corelca, está representada por el doctor Eduardo Devis Morales, según poder especial que obra igualmente en el expediente.

C. El desarrollo del proceso.

El tribunal asumió competencia mediante las providencias proferidas en el curso de la primera audiencia de trámite a las que ya se hizo alusión.

Las pruebas decretadas por el tribunal se practicaron en su totalidad, con excepción de aquellas respecto de las cuales las partes renunciaron válidamente a su práctica.

Mediante providencia proferida por el tribunal en audiencia del veintitrés (23) de abril de 2004, habiéndose evacuado la totalidad de las pruebas decretadas por el tribunal —con las salvedades atrás indicadas—, el tribunal procedió a citar a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, lo cual se llevó a efecto en audiencia que se celebró el tres (3) de agosto de 2004, en la cual los apoderados de las partes expusieron oralmente sus alegaciones y presentaron un resumen escrito de las mismas.

Igualmente, durante el transcurso de la audiencia el doctor Carlos Mauricio González Arévalo, procurador sexto judicial administrativo expuso oralmente el concepto del Ministerio Público y presentó un resumen escrito del mismo.

En la audiencia de alegatos de conclusión, el tribunal dispuso citar a las partes para la presente audiencia de fallo, providencia esta que fue notificada en estrados.

Surtidas en legal forma todas las etapas procesales del arbitramento, encuentra el tribunal que se halla dentro del

término legal para proferir el presente laudo, habida cuenta de que el plazo de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite de que dispone para ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, comenzó a correr en la fecha en que culminó la primera audiencia de trámite, el 23 de agosto de 2003 (acta 6), habiendo sido suspendidos los términos en varias oportunidades por solicitud conjunta de las partes, así: entre los días 1º y 25 de noviembre de 2003, ambos inclusive (acta 10); entre los días 10 de diciembre de 2003 y 20 de enero de 2004, ambos inclusive (acta 11); entre los días 29 de enero y 15 de marzo de 2004, ambos inclusive (acta 12); entre los días 27 de marzo y 22 de abril de 2004, ambos inclusive (acta 13); entre los días 24 de abril y 19 de mayo de 2004, ambos inclusive (acta 14); entre los días 22 de mayo y 2 de agosto de 2004, ambos inclusive (acta 14) y entre los días 4 de agosto y 20 de octubre de 2004, ambos inclusive (acta 15), para un total de trescientos dieciocho (318) días comunes de suspensión de términos.

D. Presupuestos procesales.

Antes de entrar a decidir sobre el fondo, el tribunal advierte que en el presente proceso se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, o sea, los requisitos indispensables para la validez del proceso, para poder así proferir un laudo de mérito.

En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el tribunal, aparece:

Las partes son personas jurídicas, regularmente constituidas y han acreditado en legal forma su existencia y representación y tienen capacidad para transigir sobre las materias objeto de la controversia y para someterlas a la decisión del tribunal de arbitramento.

Las pretensiones formuladas por la parte demandante en la demanda en los términos en que fue reformada, así como las excepciones planteadas por la parte demandada en la contestación a la misma son susceptibles de transacción, por lo cual es procedente su conocimiento y decisión mediante proceso arbitral.

Por tratarse de un arbitramento en derecho, las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados.

E. Demanda y contestación.

E.1. La demanda de Termobarranquilla contra Corelca.

E.1.1. pretensiones de la demanda.

Mediante apoderado especial, debidamente reconocido por el tribunal dentro del proceso, Tebsa solicita al tribunal despachar favorablemente las siguientes pretensiones, contenidas en la demanda en los términos en que fue reformada mediante escrito presentado el 16 de julio de 2003:

“Pretensiones

A. Que se declare que Corelca ha incumplido el contrato PPA, por no haber dado cumplimiento a la obligación a su cargo contemplada en el numeral 7.5 de la cláusula VII y el anexo L del contrato PPA y el acta de impuestos (suscrita en Nueva York, Estados Unidos de América, en septiembre de 1995, por Tebsa y Corelca, y que en adelante se denominará el “acta de impuestos”), relativos a cambios en ley y cambios en los datos de referencia en asuntos tributarios.

B. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a Corelca a pagar a Tebsa el valor total de los ajustes en el cargo por capacidad que Tebsa haya realizado desde enero de 1999 hasta la fecha del laudo definitivo, en su facturación por dicho cargo, por los siguientes valores y conceptos que a 30 de septiembre de 2000 (fecha de corte para efectos de la presente demanda) sumaban:

1. Cinco millones cincuenta mil sesenta y seis dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 5,050,066), o la suma que se demuestre durante el proceso, por concepto de los pagos realizados a título de impuesto sobre la renta y complementarios causado entre 1995 y septiembre de 2002, como resultado de las siguientes operaciones aritméticas: (a) sumar los pagos del impuesto de renta a cargo según declaraciones de renta de 1995 a 2001 mediante: (i) pagos en efectivo realizados por Tebsa, y (ii) retenciones en la fuente aplicadas para pagar el saldo

(impuesto a cargo menos pagos en efectivo), teniendo en cuenta las imputaciones de saldo a favor de un período al siguiente; (b) sumar a lo anterior las retenciones en la fuente practicadas a Tebsa desde 1995 hasta septiembre de 2002 y las autorretenciones hasta septiembre de 2002; (c) restar las retenciones en la fuente aplicadas para el pago de impuestos a cargo; y (d) restar a lo anterior la devolución parcial del saldo a favor de la declaración de renta de 2001, realizada por la administración local de impuestos de Barranquilla de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

2. Trescientos setenta y ocho mil cuatrocientos setenta dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 378,470) por concepto de impuesto de industria, comercio y avisos.

3. Un millón trescientos ocho mil cuatrocientos veintiún dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 1,308,421) por concepto de contribución a las transacciones financieras y gravamen a los movimientos financieros.

4. Un millón doscientos ochenta y un mil trescientos cuarenta y ocho dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 1,281,348) por concepto del impuesto para preservar la seguridad democrática.

5. Ochenta y tres mil ochocientos sesenta dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 83,860), o la suma que se demuestre durante el proceso, por concepto del impuesto al alumbrado público.

C. Que como consecuencia del incumplimiento por parte de Corelca de las obligaciones referidas en las pretensiones A y B, se declare civilmente responsable a Corelca de los perjuicios ocasionados a Tebsa, y se le condene por tanto a la indemnización de perjuicios correspondiente, consistente en el pago de los intereses moratorios de las sumas no pagadas que se señalaron en la pretensión B, liquidados a la tasa de mora – USD pactada en el contrato PPA⁽¹⁾, desde la fecha del incumplimiento por parte de Corelca de la obligación referida en la pretensión A hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo, o al pago de la suma superior que se demuestre dentro del proceso por concepto de la reparación total de perjuicios en favor de Tebsa.

D. Que se declare que Corelca ha incumplido el contrato PPA por no haber dado cumplimiento a la obligación a su cargo, contemplada en el numeral 7.1.2 de la cláusula VII del contrato PPA, relativa al cargo por capacidad después de la fecha de terminación de la construcción.

E. Que se declare que Tebsa puede declarar una capacidad disponible de la planta nueva durante cada hora del día en el período húmedo superior a 750 MW, y que se reconozca en consecuencia, como capacidad disponible para la planta nueva, el resultado de las pruebas de capacidad ajustado a las condiciones de sitio, tal como el contrato PPA lo establece.

F. Que se declare que para efectos del cálculo de la capacidad disponible, Corelca no puede realizar los acotamientos a 750 MW que efectivamente resulten hora a hora, como los ha venido realizando, sino como promedio mensual de 750 MW, para que en el período húmedo se puedan lograr los objetivos del contrato PPA.

G. Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas en las pretensiones D, E y F, se condene a Corelca al pago a Tebsa del total de la suma de quinientos ochenta y seis mil quinientos ocho dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 586,508), liquidada en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado certificada por la ^(*) Superintendencia Bancaria o por la autoridad competente para la fecha del pago efectivo, correspondiente al descuento efectuado por Corelca hasta el 30 de septiembre de 2002 en la facturación del cargo por capacidad, por concepto de glosas por capacidad disponible, o lo que resulte después de volver a calcular la cuenta de crédito, con base en las declaraciones solicitadas en las pretensiones D, E y F anteriores⁽²⁾.

H. Que como consecuencia del incumplimiento por parte de Corelca de la obligación referida en la pretensión D anterior, se declare civilmente responsable a Corelca de los perjuicios ocasionados a Tebsa, y se le condene por tanto a la indemnización de perjuicios correspondiente, consistente en el pago de los intereses moratorios de la suma no pagada que se señaló en la pretensión G anterior, liquidados a la tasa de mora-USD pactada en el contrato PPA, desde la fecha del incumplimiento por parte de Corelca de la obligación referida en la pretensión D hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo, o al pago de la suma superior que se demuestre dentro del proceso por concepto de la reparación total de perjuicios en favor de Tebsa.

I. Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas en las pretensiones D y E, se declare que Corelca no puede realizar unilateralmente descuentos sobre las facturas por concepto de cargo por capacidad presentadas por Tebsa, cuando Corelca realice glosas por capacidad disponible, con base en lo estipulado en el numeral 7.1.2 de la cláusula VII del contrato PPA.

J. Que se declare que Corelca ha incumplido el contrato PPA por no haber dado cumplimiento a la obligación a su cargo contemplada en el numeral 12.2 de la cláusula XII del contrato PPA, relativa a aplicación de multas y penalizaciones impuestas por terceros.

K. Que de conformidad con el contrato PPA, se declare que Corelca está obligada a asumir bajo su responsabilidad el pago total de las multas y penalizaciones impuestas por el administrador del sistema de intercambios comerciales, por concepto de penalizaciones por desviaciones, en una suma que al 30 de septiembre de 2002 asciende a seiscientos setenta y seis mil treinta y un dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 676,031).

L. Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas en las pretensiones J y K, se condene a Corelca al pago a Tebsa del total de la suma señalada en la pretensión L, liquidada en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado certificada por la (*) Superintendencia Bancaria o por la autoridad competente para la fecha del pago efectivo, o al pago de la suma superior que se demuestre dentro del proceso.

M. Que como consecuencia del incumplimiento por parte de Corelca de la obligación referida en la pretensión J, se declare civilmente responsable a Corelca de los perjuicios ocasionados a Tebsa, y se le condene por tanto a la indemnización de perjuicios correspondiente, consistente en el pago de los intereses moratorios sobre la suma que se señaló en la pretensión K, liquidados a la tasa de mora-USD pactada en el contrato PPA, desde la fecha del incumplimiento por parte de Corelca de la obligación referida en la pretensión J hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo, o al pago de la suma superior que se demuestre dentro del proceso por concepto de la reparación total de perjuicios en favor de Tebsa.

N. Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas en las pretensiones J y K, se declare que Corelca no puede realizar unilateralmente descuentos sobre las facturas del cargo por energía⁽³⁾ presentadas por Tebsa, como consecuencia de las penalizaciones por concepto de desviaciones que le sean impuestas a Corelca por el administrador del sistema de intercambios comerciales.

O. Que se declare que Corelca ha incumplido el contrato PPA por no haber dado cumplimiento a la obligación a su cargo, contemplada en el numeral 6.2 de la cláusula VI y en el anexo A del contrato PPA, relativos al suministro y entrega del combustible.

P. Que como consecuencia de la declaración anterior, se obligue a Corelca a reconocerle a Tebsa los cargos por arranques necesarios para el reestablecimiento de las unidades, por la indisponibilidad de gas ocurrida en octubre de 2001.

Q. Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas en las pretensiones O y P, se condene a Corelca a pagar a Tebsa la suma de cuarenta y un mil seiscientos noventa y un dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 41,691) liquidada en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado certificada por la (*) Superintendencia Bancaria o por la autoridad competente para la fecha de pago efectivo, correspondiente al descuento y glosa efectuado por Corelca a la factura 0389 de fecha 7 de noviembre de 2001, por concepto de cargos por arranques, o al pago de la suma superior que se demuestre dentro del proceso.

R. Que como consecuencia del incumplimiento por parte de Corelca de la obligación referida en la pretensión O, se declare civilmente responsable a Corelca de los perjuicios ocasionados a Tebsa, y se le condene por tanto a la indemnización de perjuicios correspondiente, consistente en el pago de los intereses moratorios sobre la suma que se señaló en la pretensión Q, liquidados a la tasa de mora-USD pactada en el contrato PPA, desde la fecha del incumplimiento por parte de Corelca de la obligación referida en la pretensión O hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo, o al pago de la suma superior que se demuestre dentro del proceso por concepto de la reparación total de perjuicios en favor de Tebsa.

S. Que se interprete el numeral 7.2.1 de la cláusula VII, en lo que hace relación con la exclusión de responsabilidad

de Corelca de no pagar ni contabilizar dentro del número de arranques anuales totales, aquellos asociados con la salida de las unidades por efecto salidas forzadas; y se determine cuál de las partes del PPA debe asumir los arranques, cuando la responsabilidad de la salida forzada no es de Tebsa, sino de terceros o de Corelca.

T. Que se declare que Corelca está obligada a pagar a Tebsa, hasta la terminación del contrato PPA, mediante ajustes en el cargo por capacidad y en la forma prevista en el numeral 7.5 de la cláusula VII y en el anexo L del contrato PPA y en el acta de impuestos todos los impuestos que: (1) se creen, impongan o modifiquen a cargo de Tebsa con posterioridad al 26 de noviembre de 1993, (2) afecten el costo de construir y/u operar la planta, y (3) no hayan sido previstos dentro de los supuestos que se detallan en los datos de referencia, incluyendo, pero sin limitarse a, el valor total del impuesto sobre la renta y complementarios y sus retenciones en la fuente, el impuesto de industria y comercio, el gravamen a los movimientos financieros, el impuesto para preservar la seguridad democrática y el impuesto de alumbrado público.

U. Que se condene a la convocada, Corelca, al pago de todas las costas que se causen durante el proceso”.

E.1.2. Fundamentos de la demanda.

Como fundamento de sus pretensiones, Tebsa expuso los hechos que a continuación se relacionan en forma resumida:

A. Antecedentes del contrato PPA.

En septiembre de 1993 Corelca invitó a varios proponentes precalificados a presentar ofertas en el concurso abierto por esta compañía para la “repotenciación y/o renovación de la planta de vapor en Soledad, con una capacidad actual de cerca de 240 MW para su conversión total o parcial a planta de ciclo combinado, sobre una base de Build-Own-Operate (BOO)”. El cierre de convocatoria fue el 26 de noviembre de 1993. La repotenciación de la planta de vapor debía alcanzar una capacidad de 750 MW. Este concurso tenía por objeto establecer un orden de elegibilidad de los proponentes para llevar a cabo negociaciones que debían concluir con la constitución de una sociedad, que, a su turno, debería llevar a cabo la totalidad de las actividades para la ejecución del proyecto, mediante la celebración de un contrato de compra de energía con Corelca y la celebración de los demás negocios jurídicos necesarios para la realización y financiación del proyecto.

Como consecuencia de la evaluación realizada y luego de un largo proceso de negociación (iniciado en febrero de 1994), la ejecución del proyecto se adjudicó al consorcio integrado por las empresas ABB Power Generation Ltd. ABB Energy Ventures INC. Energy Initiatives INC. Distral S.A. Lancaster Steel CO. INC. y Distral Termica C.A. (EMA). Entre el consorcio y sus integrantes por una parte, y Corelca por la otra se constituyó la sociedad del proyecto Tebsa y dicha sociedad, que es distinta e independiente del consorcio, celebró entre otros los siguientes contratos:

- a) Contrato de ingeniería, compra, construcción y puesta en marcha de una planta de generación eléctrica de ciclo combinado, Engineering, Procurement, Construction and Commissioning Agreements (EPC), suscrito entre Tebsa S.A. ESP, Distral S.A., y ABB Ltda. el 14 de septiembre de 1995.
- b) Contrato de fiducia mercantil de garantía sobre derechos y activos (muebles), suscrito con la Sociedad Fiduciaria Anglo S.A. – Fiduanglo y Bankers Trust Company el 16 de octubre de 1995 (el “contrato de Fiducia”).
- c) Contrato de prestación del servicio de energía eléctrica C.3.330-5, suscrito entre Corelca y Tebsa el 29 de marzo de 1995.

Para la ejecución del proyecto, se requirió de una financiación por US \$ 584,851,000, obtenida de bancos extranjeros en la suma de US \$ 450,000,000 y de los accionistas, vía deuda subordinada, en la suma de US\$ 134,851,000.

B. El contrato PPA y los hechos relevantes comunes a las distintas diferencias surgidas entre las partes.

Como ya se dijo, el 29 de marzo de 1995 las partes suscribieron el contrato PPA sobre una base de BOO(4) ,

relacionado con una planta de generación de energía ubicada en el municipio de Soledad, departamento del Atlántico, en virtud del cual, Corelca y Tebsa acordaron que Corelca adquirirá toda la energía eléctrica y capacidad generada por la planta durante un período de 246 meses, mediante la utilización de la planta actual y la construcción y utilización de la planta nueva, para la prestación por parte de Tebsa a Corelca del servicio de generación de energía eléctrica y capacidad. La totalidad de la generación de energía neta(5) producida por la planta es suministrada a Corelca según los términos del contrato PPA. En dicho contrato, tal como lo estipula la cláusula 20.1, quedó finalmente convenida la distribución completa de riesgos entre Corelca y Tebsa, distribución que aparece reflejada y definida en los derechos y obligaciones que emanan del contrato PPA.

Durante el desarrollo y ejecución del contrato PPA se han presentado varias diferencias entre las partes en relación con: (a) la capacidad mensual; (b) la cuenta de crédito; (c) las desviaciones al despacho impuestas a Corelca por el administrador del sistema de intercambios comerciales; (d) los cargos por arranques; y (e) el pago de los impuestos de industria, comercio y avisos, a las transacciones financieras, el impuesto para preservar la seguridad democrática, el impuesto al alumbrado público, y el impuesto de renta y sus retenciones, diferencias estas que han motivado glosas por parte de Corelca a la facturación de Tebsa.

Fue así como Corelca, a partir del 30 de diciembre de 1998, empezó a glosar algunos valores de la facturación mensual de Tebsa del cargo por capacidad.

Hasta el 30 de septiembre de 2002, Corelca ha glosado de la facturación de Tebsa por cargo por capacidad, la suma total de USD\$ 8,447,301; de la facturación por cargo por energía, la suma total de USD\$ 586,508; y de la facturación por cargo por arranques la suma total de USD\$ 41,691.

C. Hechos del contrato PPA relacionados con la diferencia por cambios en ley y cambios en los datos de referencia en materia de impuestos.

1. Hechos relacionados con esta diferencia.

Tebsa y Corelca celebraron el contrato PPA, en cuyo numeral 7.5.1 se estipuló que los cargos por capacidad y los cargos por energía bajo el contrato PPA fueron determinados con base en los costos de Tebsa para desarrollar, diseñar, construir, poner en operación y ser propietaria de la planta, tomando en cuenta las leyes aplicables a la planta el día 26 de noviembre de 1993, y dentro de estas, la observación parcial de la leyes tributarias vigentes a esa fecha. Los cambios en ley incluyen las modificaciones surgidas por la expedición de leyes con posterioridad al 26 de noviembre de 1993, y los cambios en los datos de referencia comprenden además las leyes que no fueron tenidas en cuenta al momento de realizar las proyecciones financieras que determinaron los precios del contrato PPA así como sus modificaciones posteriores. Por lo tanto, según el numeral 7.5.1 del contrato PPA, cualquier cambio en ley que ocurra con posterioridad a esa fecha dará lugar a un ajuste equitativo al cargo por capacidad y/o el cargo por energía de forma que reflejen aumentos o disminuciones que excedan de USD\$ 50,000.

Para estos efectos, un cambio en ley se definió como “cualquier cambio de leyes o reglamentos colombianos o interpretación oficial o aplicación diferente de tales leyes o reglamentos que se produzca con posterioridad a noviembre 26 de 1993...”.

Uno de los cambios en ley acordados en el numeral (2º) de la cláusula 7.5.1 es “El cambio en ley que afecte el costo de construir y/o (sic) operar la planta, incluyendo cambios relacionados a impuestos”. Las repercusiones de esos cambios están expresamente reguladas en la cláusula 7.5 del contrato PPA relativa a cambios en ley y cambios en los datos de referencia.

A continuación, la cláusula 7.5.2 del contrato PPA dispone que los cargos estipulados en el contrato PPA se calcularon con base en el anexo L del contrato PPA y que “En consecuencia, si durante el término del contrato, las condiciones reales difieren de los datos de referencia, entonces habrá lugar a un cambio equitativo en el cargo por capacidad, el cargo de energía y/o el cargo por arranques, que será acordado por las partes”.

Los precios del contrato PPA se calcularon de acuerdo con los costos que se exponen a continuación, advirtiendo que “se emplearon los siguientes supuestos y parámetros para hacer las proyecciones financieras para determinar el cargo por energía, cargo por capacidad y cargo por arranque”. En materia de impuestos, los costos de Tebsa (según

los datos de referencia⁽⁶⁾) relevantes para los asuntos objeto de esta demanda eran los siguientes, de acuerdo con el anexo L:

— Ni Tebsa, ni su accionista Corelca, estaban sujetos al impuesto de renta;

— Los accionistas de la sociedad del proyecto diferentes de Corelca pagaban impuesto de renta sobre los dividendos distribuidos a una tasa del 37.5 % hasta el año de 1997 y del 30% después de 1997;

— Además de los impuestos de renta, derechos de aduana, impuesto al valor agregado y el impuesto ambiental consagrado en la Ley 56 de 1981, la sección 2.5 del anexo L dispuso que “Antes del 26 de noviembre de 1993, Corelca no identificó en sus documentos de convocatoria a la licitación ningún otro impuesto, y por lo tanto no se tuvieron en cuenta otros impuestos para determinar el cargo por capacidad, el cargo por energía, el cargo por arranque, o en la formulación de los acuerdos del proyecto”.

Los costos económicos de carácter tributario mencionados anteriormente, fueron los únicos que se tuvieron en cuenta en los flujos de caja constitutivos de las proyecciones financieras para determinar los cargos del contrato PPA.

Adicionalmente, en septiembre de 1995 Tebsa y Corelca suscribieron en Nueva York, Estados Unidos de América, un acta (en adelante el “acta de impuestos”), mediante la cual se establecieron los criterios y la metodología para implementar la intención y el objetivo de la cláusula 7.5 del contrato PPA. En el punto 3 del acta de impuestos, se estipuló la metodología general para los ajustes previstos por cambios en ley.

La intención de las partes en las cláusulas 7.5 numerales 7.5.1 y 7.5.2, su anexo L y el acta de impuestos, era que el precio pactado correspondiera a los costos económicos tenidos en cuenta en los flujos de caja que sirvieron de base de las proyecciones financieras para determinar los precios del contrato PPA. Así mismo, que cualquier cambio respecto a esos supuestos afectara tales precios en una relación de uno a uno, y no con un factor multiplicador mayor o menor, según fuera el caso, trasladando las modificaciones a tales supuestos económicos de Tebsa a Corelca, con el fin de mantener el equilibrio económico contractual concebido en el contrato PPA. El mecanismo escogido para restablecer tal equilibrio fue el de la facturación de los cargos por capacidad, sumando o restando (según sea el caso) los valores efectivos de los rubros correspondientes a los cambios en ley, y restando los valores estimados o proyectados en los flujos de caja por los mismos conceptos, para mantener la realidad económica contractual.

En resumen, es evidente que la intención de las partes fue establecer un mecanismo de ajuste al desequilibrio económico del contrato por cambios en ley y por cambios en los datos de referencia, en forma tal que los valores acordados correspondieran a unos costos que las partes definieron y que cualquier cambio futuro no tenido en cuenta a la hora de ofertar o cualquier condición distinta a las previstas en los términos de referencia originaran un restablecimiento del equilibrio económico contractual en la forma expuesta.

Corelca no aceptó los ajustes equitativos por cargos por capacidad incluidos en las facturas que se relacionan en el capítulo II, hecho B.4 de la demanda, en relación con los cambios en ley y los cambios en los datos de referencia de los siguientes impuestos: impuesto sobre la renta y sus retenciones en la fuente; impuesto de industria, comercio y avisos; contribución sobre las transacciones financieras y gravamen a los movimientos financieros; impuesto para la preservación de la seguridad democrática; e impuesto de alumbrado público.

Corelca glosó las facturas correspondientes a los cambios de los impuestos citados. Como consecuencia de tales glosas, Corelca no pagó a Tebsa los valores de tales facturas correspondientes a los cambios ocurridos en los tributos mencionados.

Tebsa y Corelca no lograron conciliar las diferencias derivadas de los hechos anteriormente señalados mediante negociación directa.

2. Cambios en ley y cambios en los datos de referencia.

A continuación se detallan los cambios en ley que han ocurrido durante la vigencia del contrato PPA, con base en

los cuales Tebsa está reclamando los ajustes acordados al cargo por capacidad, y que no han sido pagados por Corelca.

a) Impuesto sobre la renta y retenciones en la fuente.

Año gravable 1994: el 26 de noviembre de 1993 Tebsa no era contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios, en virtud de la exclusión entonces consagrada en el artículo 16 del estatuto tributario.

Año gravable 1995: el artículo 24 de la Ley 142 de 1994 estableció que “Todas las entidades prestadoras de servicios públicos están sujetas al régimen tributario nacional y de las entidades territoriales...”. Efectivamente, por el año de 1995 Tebsa declaró como contribuyente normal del impuesto de renta, liquidó impuestos, aplicó retenciones y pagó el saldo a cargo que arrojó la declaración.

Años gravables 1966 a 2000: En virtud del artículo 97 de la Ley 223 de 1995 que modificó el artículo 211 del estatuto tributario, la exención total para los ingresos percibidos por Tebsa se eliminó a partir del año gravable de 1997 y por lo tanto a partir de dicho año, Tebsa tenía derecho al reajuste en el cargo por capacidad en virtud del cambio en ley y en los datos de referencia.

Años gravables 2001 y siguientes: La modificación realizada en relación con la exención de empresas de generación de energía eléctrica, consistió en reducir el porcentaje exento para el año 2001 del 40% al 30% y para el año 2002 del 20% al 10%.

De acuerdo con la norma expuesta, Tebsa fue contribuyente del impuesto de renta y teniendo que pagar el mismo así: (i) en relación con sus ingresos por generación de energía, pagando impuestos a partir del año gravable de 1997 y en consecuencia sujeto a retenciones en la fuente a partir del año 1997, y (ii) en cuanto a ingresos diferentes a los de generación de energía, como lo fueron los financieros por arrendamientos, a partir de 1995 pagando impuestos de renta y sujetos plenamente a las retenciones en la fuente establecidas en las normas tributarias por estos conceptos.

En vista de los cambios en ley y de los cambios en los datos de referencia en cuanto al impuesto de renta y sus retenciones en la fuente, Tebsa procedió a aplicar los ajustes equitativos en los cargos por capacidad mediante facturación que se inició con la factura 414 del 10 de abril de 2002.

Lo expuesto en los numerales anteriores constituye una modificación a los presupuestos tenidos en cuenta en el anexo L del contrato PPA. El cambio en los presupuestos del anexo L en cuanto al tratamiento aplicable a Tebsa bajo el impuesto de renta implica la aplicación del mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico.

Teniendo en cuenta los cambios en los supuestos del anexo L del contrato PPA por impuesto de renta atrás expuestos, y con el fin de restablecer el equilibrio económico concebido en el contrato PPA, Tebsa procedió a facturar tales cambios en ley a partir de la factura 414 del 10 de abril de 2002 correspondiente al mes de marzo de 2002, dando aplicación al mecanismo de restablecimiento pactado.

Al 30 de septiembre de 2002 Corelca ha glosado unilateralmente de la facturación de Tebsa del cargo por capacidad la suma total de USD\$ 8,447,301, de los cuales USD\$ 5,050,066, por concepto de impuesto sobre la renta y sus retenciones en la fuente.

b) Impuesto de industria, comercio y avisos.

El 26 de noviembre de 1993, Tebsa no era contribuyente del impuesto de industria, comercio y avisos en el municipio de Soledad (Atlántico).

Lo anterior, por cuanto en esa fecha el municipio de Soledad, donde se encuentra ubicada la planta y se generan los ingresos por generación de energía de Tebsa, no gravaba la actividad de generación de energía con el impuesto de industria y comercio.

Posteriormente, mediante el Acuerdo 31 del 14 de octubre de 1998, el concejo municipal de Soledad aprobó el cobro del impuesto de industria, comercio y avisos para la actividad de generación de energía a una tarifa de cinco

pesos por cada kilovatio contenida en la Ley 56 de 1981, tarifa que se debe ajustar anualmente por el índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el DANE.

Con el Acuerdo 31 de 1998 se tipificó un cambio en ley y un cambio en los datos de referencia.

En vista de lo anterior, Tebsa procedió a facturar el cambio en ley mediante ajustes equitativos al cargo por capacidad mediante facturas que fueron glosadas por Corelca.

Por lo tanto, en los términos del contrato PPA, el anexo L y el acta de impuestos, ha ocurrido un cambio en ley y en los datos de referencia, que ha sido cobrado por Tebsa a Corelca por un valor total de USD\$ 378,470 hasta el 30 de septiembre de 2002.

c) Contribución a las transacciones financieras / gravamen a los movimientos financieros.

El Decreto 2331 de 1998, en su artículo 29 estableció:

“una contribución sobre transacciones financieras como un tributo a cargo de los usuarios del sistema financiero y de las entidades que lo conforman, (...).

Dicha contribución se causará sobre las siguientes operaciones:

a) Las transacciones que realicen los usuarios de los establecimientos de crédito, mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o cuentas de ahorros (...).”

A continuación, el artículo 3º del mismo decreto fijó la tarifa de esta contribución en el “dos por mil, y se causará sobre el valor total de la operación en el momento que se realice”.

Mediante la expedición de la Ley 633 de 2000, una vez finalizada la vigencia del impuesto a las transacciones financieras, se creó el denominado “gravamen a los movimientos financieros – GMF” como un nuevo impuesto:

“(…) El hecho generador del gravamen a los movimientos financieros lo constituye la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros (...).

La tarifa del gravamen a los movimientos financieros será del tres por mil (3x1000) (...).”

Es así como a partir del año de 1998 Tebsa ha estado sujeta al pago de dicho impuesto, el cual ha sido retenido de manera automática por las entidades financieras en las cuales Tebsa tiene sus cuentas.

Cabe anotar que las transacciones y movimientos financieros bancarios que lleva a cabo Tebsa, tienen como objetivo el giro de dinero para el pago de egresos de operar la planta.

Como consecuencia de lo anterior Tebsa procedió a facturar el cambio en ley expuesto.

La contribución sobre transacciones financieras y el gravamen a los movimientos financieros constituyen un cambio en ley y un cambio en los datos de referencia, que ha sido cobrado por Tebsa a Corelca por un valor total de USD\$ 1,308,421 a septiembre 30 de 2002.

d) Impuesto para preservar la seguridad democrática.

El Gobierno Nacional expidió el Decreto Extraordinario 1838 del 11 de agosto de 2002, mediante el cual se creó el denominado “impuesto para preservar la seguridad democrática”, con el fin de destinarlo a atender gastos del presupuesto nacional necesarios para preservar la seguridad democrática, incluyendo la provisión de recursos a las Fuerzas Militares, a la Policía Nacional y a las demás entidades del Estado que deben intervenir para evitar o conjurar actos que perturben el orden público.

En consecuencia, el Gobierno Nacional estableció que la base gravable de dicho impuesto está constituida por el patrimonio líquido del contribuyente a 31 de agosto de 2002. La tarifa del impuesto para preservar la seguridad

democrática es equivalente al 1.2% de dicho patrimonio líquido.

Con base en el calendario oficial, Tebsa liquidó y declaró el impuesto a la seguridad democrática por un valor de Col\$ 3,645,442,000.

Lo anterior claramente constituye un cambio en ley y en los datos de referencia bajo el contrato PPA, el anexo L y el acta de impuestos, por cuanto el 26 de noviembre de 1993 no existía el impuesto en cuestión. Este cambio afecta los costos de Tebsa para operar la planta y el cual debe ser adicionado por Tebsa al cargo por capacidad en sus facturas.

e) Impuesto de alumbrado público.

En el caso específico del municipio de Soledad este impuesto no había sido fijado por el concejo municipal antes del 26 de noviembre de 1993, y por lo tanto en esa fecha, Tebsa no estaba sujeta al pago de dicho impuesto. En consecuencia, este impuesto no estaba incluido dentro de los cuatro impuestos considerados en el anexo L del contrato PPA y no fue tenido en cuenta dentro de los supuestos tributarios para determinar los cargos (precio) de dicho contrato.

Posteriormente, mediante el Acuerdo 032 del 2 de mayo de 1996, el concejo municipal de Soledad aprobó el cobro del impuesto de alumbrado público y luego el Acuerdo 008 del 15 de mayo de 1998 modificó el sistema tarifario para el cobro del mismo.

Hasta el 30 de septiembre de 2002, Tebsa ha pagado la suma de \$ 206,120,000 por concepto del impuesto de alumbrado público. En los términos del contrato PPA, el anexo L y el acta de Impuestos, ha ocurrido un cambio en ley y en los datos de referencia, en materia de impuesto de alumbrado público, que ha sido cobrado por Tebsa a Corelca por un valor total de USD\$ 83,860 hasta septiembre 30 de 2002.

Como consecuencia de lo anterior, Tebsa procedió a facturar los pagos realizados por el citado impuesto mediante ajustes equitativos a los cargos por capacidad.

El impuesto de alumbrado público constituye un cambio en ley y un cambio en los datos de referencia, puesto que no estaba vigente en el municipio de Soledad a 26 de noviembre de 1993, fecha de cierre de la convocatoria, y no fue tenido en cuenta dentro de los supuestos del anexo L del contrato PPA. En esa medida, tiene plena aplicación el mecanismo previsto contractualmente de restablecimiento del equilibrio económico contractual mediante facturación.

D. Hechos del contrato PPA relacionados con la diferencia por capacidad disponible.

En virtud del contrato PPA, Corelca y Tebsa acordaron que Corelca adquirirá toda la energía eléctrica y capacidad generada por la planta durante un período de 246 meses, mediante la utilización de la planta actual y la construcción y utilización de la planta nueva, para la prestación por parte de Tebsa a Corelca del servicio de generación de energía eléctrica y capacidad. La totalidad de la generación de energía neta producida por la planta es suministrada a Corelca.

En el acta de reunión del comité operativo 15 de fecha 5 de marzo de 1999, quedó establecida una diferencia de interpretación y aplicación del contrato PPA en lo referente al cálculo de la capacidad mensual (que es la capacidad disponible promedio de la planta durante un mes), y por lo tanto, se presenta una diferencia de los saldos mensuales de la cuenta de crédito.

Con fecha 28 de abril de 1999, Corelca envió a Tebsa la comunicación 04223 en donde señala que no acepta la declaración de Tebsa de capacidad disponible de la planta nueva de 772 MW, y que por lo anterior, Corelca únicamente reconocerá hasta 750 MW de capacidad disponible de la planta nueva.

En respuesta a la comunicación mencionada en el hecho anterior, Tebsa envió a Corelca la carta de fecha 1º de junio de 1999, donde expone sus argumentos para concluir que Corelca le debe reconocer como capacidad máxima disponible para la planta nueva 772 MW o el resultado de las pruebas de capacidad en cumplimiento estricto del

contrato PPA.

La diferencia relacionada con los descuentos efectuados por Corelca a Tebsa en la facturación del cargo por capacidad debe ser solucionada por un tribunal de arbitramento.

De acuerdo con el contrato PPA (cláusula I, numeral 1.1.33), la cuenta de crédito significa la cuenta creada para llevar un registro de la capacidad disponible entregada en exceso o en defecto a 750 MW. Esta cuenta, se inició en la fecha de terminación de la construcción.

Los procedimientos utilizados por Corelca y Tebsa para la determinación de los saldos mensuales de la cuenta de crédito difieren, dado que existen diferencias de interpretación de la capacidad máxima permitida para el cálculo de la capacidad mensual. La diferencia de interpretación se refiere al procedimiento para el cálculo de la capacidad disponible durante el período húmedo, porque según Corelca la planta nueva se contrató con una capacidad máxima de 750 MW, mientras que Tebsa argumenta que puede declarar una capacidad disponible superior hora por hora.

En la definición que el contrato PPA hace de planta nueva, se establece que dicha planta está diseñada para entregar, aproximadamente 750 MW. Es decir, de acuerdo con lo indicado en el numeral 1.1.96, las partes acordaron que la capacidad de la planta nueva podría estar por arriba o por debajo de 750 MW. adicionalmente, la capacidad disponible puede ser provista por la planta, incluyendo la planta actual y la planta nueva. En el contrato PPA no hay limitación alguna en el sentido de que la capacidad disponible, base de cálculo de la capacidad mensual, deba provenir únicamente de la planta nueva.

El significado de la capacidad mensual difiere de los pagos o cargos por capacidad. La capacidad mensual de la planta (num. 1.1.15 del contrato PPA), es la capacidad disponible promedio de la planta durante un mes, calculado como la suma de la capacidad disponible de cada hora de ese mes, dividida por el número de horas contenidas en ese mes, mientras que los pagos por capacidad son calculados de conformidad con el numeral 7.1.2 del contrato PPA.

La diferencia de interpretación por parte de Tebsa y Corelca de la capacidad disponible en el período húmedo, lleva a que exista una diferencia en la cuenta de crédito.

No obstante Tebsa no tiene obligación alguna de proveer capacidad disponible mayor a 750 MW según la cláusula 5.8.2 (3) del contrato PPA, sí tiene la potestad para hacerlo y Corelca lo ha solicitado y Tebsa lo ha aceptado; en ese sentido Corelca ha efectuado transacciones comerciales y recibido pagos de cargo por capacidad del SIC por la disponibilidad de las unidades 3 y 4.

E. Hechos del contrato PPA relacionados con la diferencia por descuentos efectuados por desviaciones y cambio en ley en materia de desviaciones.

1. Hechos comunes a las diferencias tratadas en esta sección.

La cláusula 7.5.1 del contrato PPA estipuló que los cargos por capacidad y los cargos por energía fueron determinados con base en los costos de Tebsa para desarrollar, diseñar, construir, poner en operación y ser propietaria de la planta al 26 de noviembre de 1993. Por lo tanto, los cambios en ley que ocurran con posterioridad a esa fecha darán lugar a un ajuste equitativo al cargo por capacidad y/o el cargo por energía de forma que reflejen aumentos o disminuciones que excedan de USD\$ 50,000.

Uno de los cambios en ley acordados en el numeral (1º) de la cláusula 7.5.1. corresponde a sí “El cambio en ley se relaciona con la reglamentación de la generación eléctrica y la prestación de energía eléctrica así como los requisitos ambientales que apliquen a la planta y que afecten los costos de Tebsa”.

El día 13 de julio de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, mediante Resolución 024 de 1994, estableció los lineamientos para la operación del mercado mayorista de energía, entre los cuales se encuentra el cálculo y la penalización por desviaciones.

De acuerdo con lo dispuesto en el anexo A de la Resolución 024, se entiende por cálculo de las desviaciones como el proceso por medio del cual “...se determina la diferencia para cada planta de generación que no participa en la regulación, entre el despacho programado y la generación. Si esta diferencia excede una tolerancia definida se aplica un criterio de penalización establecido más adelante en este anexo”.

En efecto, a partir de abril de 1999, no obstante la operación por parte de Tebsa de la planta conforme a buenas prácticas de operación e ingeniería, como resultado de un riesgo usual, ineludible e inherente al negocio de generación de energía eléctrica, se han producido ocasionalmente y de manera transitoria, diferencias entre la capacidad disponible y la energía neta producida y suministrada por Tebsa a Corelca, que exceden un margen de tolerancia de más o menos el cinco por ciento (5%) y que bajo la regulación eléctrica existente son consideradas como desviaciones, a cargo de Corelca como representante de la planta ante el mercado mayorista.

A partir de abril de 1999, Corelca ha sido penalizada en algunas ocasiones por concepto de desviaciones, por el administrador del sistema de intercambios comerciales.

Hasta el 30 de septiembre de 2002 Corelca unilateralmente ha glosado de la facturación enviada por Tebsa correspondiente al pago por energía y por concepto de penalizaciones que le ha impuesto el administrador del sistema de intercambios comerciales, la suma de USD\$ 586,508.

2. Hechos relacionados con descuentos efectuados por desviaciones.

Corelca, argumentado amparo bajo la indemnidad establecida en la sección 12.2 del contrato PPA, ha descontado de las facturas por pago de energía, de manera unilateral y sin consulta previa con Tebsa o sin mediar el envío de la correspondiente documentación de soporte, las penalidades que le han sido impuestas a Corelca por el administrador del sistema de intercambios comerciales por concepto de desviaciones, en las ocasiones en que a su discreción, estas han ocurrido por causas supuestamente atribuibles a Tebsa.

Tebsa ha manifestado desde el inicio su objeción a los descuentos unilaterales que ocasionalmente han venido siendo efectuados por Corelca por este concepto.

Como consecuencia, Corelca unilateralmente ha retenido y compensado sumas que han debido ser pagadas a Tebsa, sin fundamento legal o contractual alguno y violando el derecho de defensa de Tebsa.

3. Hechos en relación con diferencias por cambio en ley en materia de desviaciones.

Desde el inicio de las operaciones de Tebsa, Corelca lo ha representado ante el CND y el mercado mayorista y, por ende, Tebsa no se encuentra registrado como agente dentro del mercado mayorista de energía ni se encuentra sujeta al reglamento de operación, pues todas estas obligaciones han sido asumidas directamente por Corelca como consecuencia de la existencia del contrato PPA, y de la regulación eléctrica aplicable. Como resultado de esta situación, es Corelca quien oferta y fija la cantidad y precio en el mercado mayorista de la energía generada por Tebsa, sin que esta última tenga participación alguna en dicho proceso, e incluso, Corelca tendría la posibilidad de incluir dentro del valor de la energía ofertada un componente por concepto de desviaciones.

El contrato PPA no está sometido a las reglas del mercado mayorista y por ende, las disposiciones sobre desviaciones no son aplicables a Tebsa. Las disposiciones contenidas en la Resolución 024 aplican únicamente a los diferentes agentes que participan y se encuentran inscritos como tales en el mercado mayorista, o sea, en este caso, Corelca y el administrador del sistema de intercambios comerciales.

F. Hechos del contrato PPA, relacionados con la diferencia por descuentos efectuados por arranques.

De acuerdo con la cláusula 6.2 del contrato PPA, Corelca asumió la obligación de suministrarle a Tebsa todo el combustible requerido por la planta, de acuerdo con los términos del anexo A. Igualmente señala dicha cláusula, que en el evento que Corelca incumpla dicha obligación, deberá en todo caso, efectuar los pagos por capacidad declarada.

De acuerdo con el anexo A, Corelca deberá suministrar gas en forma continua e ininterrumpida, y si es requerido,

para la planta existente⁽⁷⁾, fuel oil, para cumplir con los requisitos de la planta de generar electricidad bajo el despacho de Corelca.

La cláusula VII del contrato PPA, señala que Corelca cancelará a Tebsa los pagos por capacidad, pagos por energía y cargos por arranques, de acuerdo con los cargos respectivos. En relación con los cargos por arranques, la cláusula 1.1.16 define este cargo como “el monto o la suma a ser pagado por Corelca por cada arranque de turbina de gas, conforme al numeral 7.2”.

Los días 21 y 22 de octubre de 2001, se suspendió el suministro de combustible – gas, por la explosión ocurrida el domingo 21 de octubre, del gasoducto que conduce gas desde Manaure hasta la costa caribe colombiana. A raíz de la suspensión en el suministro de gas, teniendo Tebsa un despacho programado, pero sin la cantidad de gas necesaria para el efecto, tuvo que disminuir la carga, lo cual se hizo paulatinamente para no hacer colapsar el sistema, con instrucciones de Corelca. Esta salida del servicio de las unidades, si bien no fue ordenada por el CND directamente, fue bajo su conocimiento y anuencia, en función de la indisponibilidad de gas.

En razón de las salidas de las unidades con ocasión del evento de indisponibilidad de gas natural, se presentaron una mayor cantidad de arranques cuya responsabilidad corresponde a Corelca (4 arranques de turbina a gas a incorporarse al ciclo combinado y 1 arranque de turbina a gas que requirieron del arranque de turbina de vapor).

En desarrollo del contrato PPA, y en especial lo correspondiente a cargos por arranques, Tebsa emitió la factura de venta 0389 de fecha 7 de noviembre de 2001, mediante la cual cobró los cargos por arranque durante del mes de octubre de 2001. Dicha factura fue glosada mediante comunicación de Corelca fechada el 19 de diciembre de 2001, en la suma de USD\$ 41.691, “por mayor cantidad de arranques facturados por Tebsa a los imputables a Corelca durante el mes de octubre de 2001 (4 arranques de turbina a gas a incorporarse al ciclo combinado y 1 arranque de turbina a gas que requirieron del arranque de turbina a vapor). Sin embargo, Corelca aceptó reconocer la capacidad.

La suma de USD\$ 41.691 fue liquidada por Tebsa de conformidad con lo establecido en las cláusulas 7.2.1 y 7.2.2 del contrato PPA.

Como consta en el acta 37 del comité operativo llevado a cabo el 9 de septiembre de 2001, cada una de las partes explicó su posición, siendo la de Tebsa que al ser Corelca el responsable del suministro de gas y al fallar este suministro, Corelca debe ser responsable del reestablecimiento, incluidos los arranques necesarios. El tema, al no poder ser resuelto en el comité operativo, se considera una diferencia, para ser resuelta de acuerdo con lo establecido en la cláusula XVI del contrato PPA.

III. Incumplimientos.

Resumen de los incumplimientos de Corelca al contrato PPA:

A. Para Tebsa, Corelca ha incumplido el contrato PPA, entre otros aspectos, principalmente en lo que toca con el numeral 7.5 sobre “cambios en ley y cambios en los datos de referencia” de la cláusula VII denominada “pagos por capacidad, energía y arranques”, en la medida que las razones y argumentos que invoca Corelca para glosar y realizar ajustes a la facturación de Tebsa por concepto de impuestos y desviaciones, tienen fundamento en leyes posteriores al “día de cierre de la convocatoria” (26 de noviembre de 1993 según el contrato PPA). Esto constituye un típico caso de “cambio en ley”, y a pesar de lo anterior Corelca no ha aceptado asumir los sobrecostos financieros que en la operación de la planta se han generado para Tebsa en razón de los cambios en ley, negándose a reconocer los ajustes en el cargo por capacidad previstos en el ya citado numeral 7.5 de la cláusula VII del contrato PPA.

B. Igualmente, en lo que toca con el numeral 12.2 de la cláusula XII del contrato PPA, Corelca ha incumplido con sus obligaciones contractuales, en la medida que allí se establece, sin lugar a discusión, que cada parte será responsable por el pago de cualquier multa o sanción que le sea impuesta por terceros, “sin que tenga derecho a reclamación alguna frente a la otra parte”.

C. En lo que se refiere a la cuenta de crédito establecida en el numeral 1.1.33 del contrato PPA, tenemos que: la

cláusula 5.8 del contrato PPA señala que la capacidad disponible garantizada a partir de la fecha de terminación de la construcción es de aproximadamente 750 MW sobre la base de un promedio anual. La controversia surge entonces, en el sentido de determinar si Tebsa puede acumular una capacidad superior a 750 MW, para que el promedio de capacidad anual arroje los 750 MW. En este sentido, la cláusula 5.8.2(3), si bien señala expresamente que durante el período húmedo, Tebsa pondrá a disposición de Corelca capacidad de hasta 750 MW, esto se refiere a la capacidad para efectos del pago por capacidad y no a la capacidad disponible de la planta nueva. Tebsa en ningún momento ha solicitado que se le pague más de 750 MW en el período húmedo al terminar cada ciclo de mantenimiento mayor, pero si que dicha capacidad disponible se le reconozca en el cálculo de la capacidad mensual que puede ser mayor a 750 MW, como se puede apreciar en el mes de julio del anexo D-3 del contrato PPA.

D. Finalmente, en lo que se refiere a la diferencia denominada “arranques”, se presenta un incumplimiento por parte de Corelca de las cláusulas 6.2 y de su anexo A y 7.2 del contrato PPA, toda vez que al ser Corelca la responsable por el suministro del combustible en las cantidades y calidades especificadas en el anexo A, debe responder por cualquier deficiencia en estos conceptos, tal como se establece en el mismo anexo A.

Dentro de las especificaciones del gas, como se mencionó en la sección F.2.d del capítulo hechos de la demanda, se encuentra el rango de presión de entrega, no inferior a 569 psig ni superior a 900 psig. El día 22 de octubre de 2001, el rango de presión de entrega disminuyó hasta 26.62 bares (391 psig)⁽⁸⁾, por lo que se presenta claramente un incumplimiento en las especificaciones del gas, según el anexo A del contrato PPA.

En este sentido, la cláusula VI del anexo A del contrato PPA, establece que en el evento que Corelca suministre gas que no cumpla con las especificaciones mínimas y demás términos y condiciones señalados en el contrato PPA, dicha falla se considerará “incumplimiento de Corelca de suministrar el combustible”.

De igual manera, la cláusula 7.2.1 señala de manera clara la forma como deben liquidarse los arranques adicionales de unidades a gas, los cuales serán a cargo de Corelca. La única excepción que consagra la mencionada cláusula contractual para el pago por parte de Corelca, son los arranques asociados con la salida de unidades por efecto de mantenimientos programados o salidas forzadas.

Si bien en el contrato PPA no se definió lo que se entendía por “salida forzada”, la práctica común de ingeniería lo entiende como un disparo de la máquina originado en fallas de la misma. De esta manera lo definió la Resolución CREG 025 de 1995, código de operación: “la desconexión intempestiva de un equipo por falla o defecto del propio equipo o de cualquier otro”. La salida de las unidades el 22 de octubre, se presentó únicamente por falla en el suministro de combustible por parte de Corelca, por lo cual no puede considerarse como una salida forzada. Adicionalmente, el CND estaba consciente de la salida de las unidades, por falta de suministro de combustibles, lo que refuerza el hecho que no se trató de una salida forzada, como lo alega Corelca.

La intención de Corelca y Tebsa al acordar los cargos por arranques, era que los mismos fuesen asumidos por Corelca (después del arranque número 30 en un año contractual), salvo que la salida de las unidades se deba a mantenimientos programados de las mismas, o a fallas de las máquinas, que es lo que se conoce como salida forzada.

Es decir, únicamente cuando los arranques estén asociados a disparos por falla de la máquina o por mantenimiento, sus cargos serán asumidos por Tebsa. En todos los demás eventos, los cargos por arranques serán asumidos por Corelca, tal como de manera general lo define la cláusula 1.1.16 : “cargo por arranques: significa el monto o la suma a ser pagado por Corelca por cada arranque de turbina de gas, conforme al numeral 7.2”.

De otra parte, y en lo que hace referencia exclusiva al incumplimiento de Corelca en el suministro del combustible, si este se debió a un evento eximente de responsabilidad, Corelca ha debido realizar la notificación de ocurrencia de eventos eximentes de responsabilidad, de conformidad con lo estipulado en la cláusula 17.2 del contrato PPA, la cual no fue enviada a Tebsa por Corelca.

E.2. Contestación de la demanda inicial y de la reforma de la demanda y proposición de excepciones por parte de Corelca.

Corelca contestó oportunamente la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones formuladas por la parte convocante, negó que tenga los derechos que invoca, y afirmó que Corelca sí tiene los que Tebsa pretende negarle; en consecuencia, solicitó que Corelca sea absuelta de todo cargo, y que se condene a la convocante, Tebsa, a pagar las costas del arbitramento. Igualmente, en la contestación de la demanda inicial, Corelca se pronunció sobre los hechos expuestos por Tebsa, negando unos, aceptando otros, total o parcialmente y formulando aclaraciones o pronunciamientos relativos a ellos y formuló las siguientes excepciones:

“Excepciones principales generales:

Primera. Excepción de **cumplimiento**, por parte de la sociedad Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica S.A. ESP “Corelca S.A. ESP”, de sus obligaciones objeto del contrato PPA celebrado entre dicha sociedad, de una parte, y de la otra, la sociedad Tebsa S.A. ESP, el día 29 de marzo de 1995. Consecuencialmente, excepción de **inexistencia de perjuicios** sufridos por esta última, excepción de **ausencia de responsabilidad civil** de la Sociedad Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica S.A. ESP “Corelca S.A. ESP, y excepción de **inexistencia de la obligación de indemnizar** a Tebsa S.A. ESP, y **de pagarle** cualquiera de los conceptos solicitados por dicha convocante en el capítulo I pretensiones, de su demanda.

Segunda. Excepción de **inexistencia de la obligación** de Corelca de efectuar los pagos pretendidos por Tebsa en la demanda, correspondientes a cambios en ley originados en cambio de leyes o reglamentos colombianos o interpretación oficial o aplicación diferente de tales leyes o reglamentos que se produzcan con posterioridad a noviembre 26, 1993, por no poder los mismos ser considerados como cambios en ley, debido a que no son costos de Tebsa para desarrollar, diseñar, construir, poner en operación, operar y ser propietaria de la planta y/o porque no llenan todos los requisitos que acordaron las partes, todo lo anterior, según lo que estipularon en la cláusula VII, numerales 7.5.1 (1), (2) y (3) del contrato PPA.

Tercera. Excepción de **inexistencia de la obligación** de Corelca de pagarle a Tebsa cargos por capacidad y/o a cargos por energía respecto de cambios en ley pretendidos en la demanda, por **imposibilidad de hacer ajustes equitativos** por no reflejar los mismos, aumentos que excedan cincuenta mil dólares (US\$ 50.000,00), de acuerdo con lo estipulado en la cláusula VII, numeral 7.5.1, inciso final que dice: Si ocurre un cambio en ley en los términos anteriores, se hará un ajuste equitativo al cargo por capacidad y/o al cargo por energía, en forma tal que refleje aumentos o disminuciones que excedan cincuenta mil (50.000.00) USD.

Cuarta. Excepción de **inexistencia de la obligación** de Corelca de pagarle a Tebsa el valor que corresponda a todo reclamo derivado de ajustes por cualquier entrega de energía neta y de capacidad efectuada con más de seis (6) meses de anterioridad a la fecha de los reclamos o de la presentación de la demanda, según corresponda, **por renuncia** de los mismos reclamos por parte de Tebsa, según lo estipulado en la cláusula VIII, numeral 8. 2. 4 (3) del contrato PPA, que estipula: Las partes renuncian a todo reclamo derivado de ajustes por cualquier entrega de energía neta y de capacidad efectuada con más de seis (6) meses de anterioridad a la fecha de reclamo.

Quinta. Excepción de **preservación del equilibrio económico del contrato**. En caso de que se accediera a las pretensiones de la demanda, se rompería completamente el equilibrio económico del contrato PPA, en perjuicio de Corelca, ya que dichas pretensiones están basadas en circunstancias que no se previeron en el contrato PPA y ni siquiera en su adjudicación al consorcio que luego se convirtió en Tebsa. Tales circunstancias alterarían o agravarían las prestaciones de futuro cumplimiento de Corelca, en grado tal que le afectarían en forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato PPA, y le resultarían excesivamente onerosas, en los términos de la cláusula XVII eventos eximentes de responsabilidad, numeral 17.1.1 del contrato PPA, y en concordancia con el artículo 868 del Código de Comercio.

Sexta. Excepción de **incumplimiento del contrato** por parte de Tebsa y en perjuicio de Corelca, por no haber actuado aquella con los debidos cuidado y diligencia en la ejecución del mismo, de acuerdo con lo estipulado en el contrato PPA, en la cláusula XII, numeral 12.1.1, y en la ley.

Excepciones principales específicas:

Primera. Excepción de **cumplimiento** por parte de Corelca, de la obligación a su cargo contemplada en el numeral

7.5 de la cláusula VII, en el anexo L del contrato PPA y en el acta sin fecha, firmada en nueva york, relativos a cambios en ley y cambios en los datos de referencia en asuntos tributarios, de todo lo cual habla el literal A del capítulo pretensiones de la demanda. En consecuencia, excepción de ausencia de **responsabilidad civil** de Corelca, y de **inexistencia de la obligación de indemnizar** a la convocante, y de pagarle cualquiera de los siguientes conceptos enunciados en los numerales 1° a 5° del literal B, y en el literal C del capítulo I, pretensiones, de la demanda:

- Ajustes en el cargo por capacidad que Tebsa haya realizado desde enero de 1999, en su facturación por dicho cargo, así:
 - Saldos de pagos por impuestos de renta de 1995 a septiembre de 2002;
 - Valores por concepto de impuesto de industria, comercio y avisos;
 - Contribución a las transacciones financieras y gravamen a los movimientos financieros;
 - Primer pago del impuesto para preservar la seguridad democrática, y cuotas restantes del impuesto a la seguridad democrática; e,
 - Impuesto al alumbrado público.
- Intereses de mora.

Segunda. Excepción de inexistencia de la obligación por parte de Corelca, de pagarle a Tebsa, hasta la terminación del contrato PPA, mediante ajustes en el cargo por capacidad o de cualquier otra forma, el valor total del impuesto sobre la renta y complementarios, el impuesto de industria y comercio, el gravamen a los movimientos financieros, el impuesto para preservar la seguridad democrática, el impuesto de alumbrado público, y todos los demás impuestos que se impongan o causen a cargo de Tebsa, y que se creen o impongan a cargo de Tebsa con posterioridad al 26 de noviembre de 1993, afecten el costo de construir y/u operar la planta, y no hayan sido previstos dentro de los supuestos que se detallan en los datos de referencia, de lo cual habla el literal D del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Tercera. Excepción de cumplimiento por parte de Corelca, de su obligación contractual contemplada en el numeral 7.1.2 de la cláusula VII del contrato PPA, relativa al cargo por capacidad después de la fecha de terminación de la construcción, a lo cual se refiere el literal E del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Cuarta. Excepción de inexistencia del derecho de Tebsa de declarar una capacidad disponible de la planta nueva durante cada hora del día en el período húmedo superior a 750 MW; y, en consecuencia, mientras Corelca no requiera capacidad adicional con las unidades de la planta actual (Barranquillas 3 y 4), no pueden realizarse pruebas de capacidad disponible y, por tanto, no debe reconocerse como capacidad disponible para la planta nueva, el resultado de las pruebas de capacidad ajustado a las condiciones de sitio. Tebsa pretende tener este derecho, según lo expone el literal F del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Quinta. Excepción de reconocimiento del derecho de Corelca de realizar los acotamientos a 750 MW, que efectivamente resulten hora a hora, como los ha venido realizando, derecho que le pretende negar Tebsa, según se desprende de lo dicho en el literal G del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Además, excepción de incumplimiento del contrato PPA por parte de Tebsa, por declarar una capacidad a nivel horario superior a 750 MW, según lo establecido en la cláusula V, numeral 5.8.1 (3), y en la definición contenida en la cláusula I, numeral 1.1.10, ambas del contrato PPA, la cual establece que durante cada período húmedo, Tebsa pondrá a la disposición de Corelca capacidad de hasta 750 MW, salvo que Corelca requiera mayor capacidad y Tebsa acepte suministrarla.

Sexta. Excepción de inexistencia de la obligación de Corelca de pagarle a Tebsa suma alguna correspondiente a descuentos por concepto de glosas por capacidad disponible, a que se refiere el literal H del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Séptima. Como consecuencia de la excepción de cumplimiento, por parte de Corelca, de sus obligaciones objeto del contrato PPA a las que se refiere la pretensión E de la demanda, propuesta en el ordinal cuarto de estas excepciones, planteo la excepción de inexistencia de perjuicios sufridos por Tebsa, la excepción de ausencia de responsabilidad civil de Corelca, y la excepción de inexistencia de la obligación de indemnizar a la convocante, y de pagarle cualquiera de los conceptos solicitados por la misma convocante en el literal I del capítulo I, pretensiones de la demanda.

Octava. Excepción de reconocimiento del derecho de Corelca de realizar unilateralmente descuentos sobre las facturas por concepto de cargo por capacidad presentadas por Tebsa, cuando Corelca realiza glosas por capacidad disponible, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula VIII, numeral 8.2.4 del contrato PPA. Este derecho se lo pretende negar Tebsa a Corelca, según se desprende de lo dicho en el literal J del capítulo I, pretensiones, de la demanda. Aclaro que la cláusula VII, numeral 7.1.2 del contrato PPA, mencionada en dicho literal J del capítulo I, pretensiones, de la demanda, no se relaciona con el asunto del cual trata esta pretensión.

Novena. Excepción de inexistencia de la obligación de Corelca, de responder por el pago de cualquier multa o sanción pecuniaria que le sea impuesta en razón de la violación de cualquier ley o reglamento por parte de Tebsa. Ello, según se desprende de lo estipulado en el numeral 12.2 de la cláusula XII del contrato PPA, relativa a aplicación de multas y penalizaciones impuestas por terceros, a lo cual se refiere el literal K del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Décima. Excepción de inexistencia de la obligación, por parte de Corelca, de asumir bajo su responsabilidad el pago de las multas y penalizaciones impuestas por el administrador del sistema de intercambios comerciales, por concepto de penalizaciones por desviaciones incurridas por Tebsa por su incumplimiento culposo de los despachos de energía, originado dicho incumplimiento en la falta de sujeción de Tebsa a las buenas prácticas de ingeniería y de operación, de que trata el numeral 6.1.1 de la cláusula VI del PPA, asunto al cual se refiere el literal L del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Además, excepción de contrato no cumplido por parte de Tebsa, en operar la planta de acuerdo con las instrucciones de despacho de Corelca, tal como se dispone en el numeral 6.1.1 del contrato PPA. Este incumplimiento es de trascendental gravedad, tanto que es causal para que Corelca dé por terminado unilateral y potestativamente el contrato PPA, según está establecido en la cláusula XIV, numeral 14.1.1.3 del mismo.

Finalmente, excepción de compensación de Corelca frente a Tebsa, por los pagos que la primera le haya hecho al administrador del sistema de intercambios comerciales, en representación de Tebsa ante el mercado mayorista, por concepto de penalizaciones por desviaciones incurridas por Tebsa por su incumplimiento culposo de los despachos de energía, originado dicho incumplimiento en la falta de sujeción de Tebsa a las buenas prácticas de ingeniería y de operación, compensación que opera contra los valores facturados a Corelca por Tebsa, bajo el contrato PPA.

Undécima. Excepción de inexistencia de la obligación, por parte de Corelca, de pagarle a Tebsa la suma a la que se refiere el literal M del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Duodécima. Como consecuencia de la excepción de inexistencia de la obligación de Corelca planteada en el ordinal noveno de estas excepciones, propongo la excepción de cumplimiento del contrato por parte de Corelca, la de inexistencia de perjuicios sufridos por Tebsa, la de ausencia de responsabilidad civil de Corelca, y la de inexistencia de la obligación de indemnizar a la convocante, y de pagarle cualquiera de los conceptos solicitados por la misma en el literal N del capítulo I, pretensiones de la demanda.

Decimatercera. Excepción de reconocimiento del derecho de Corelca de realizar unilateralmente descuentos, a título de compensación, sobre las facturas del cargo por energía o por cualquier otro concepto, presentadas por Tebsa, como consecuencia de las penalizaciones por concepto de desviaciones que le sean impuestas a Corelca como representante de Tebsa ante el mercado mayorista, por el administrador del sistema de intercambios comerciales, a que se refieren los literales K, L y O del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Decimacuarta. Excepción de cumplimiento por parte de Corelca, de su obligación contractual contemplada en el numeral 6.2 de la cláusula VI y en el anexo A del contrato PPA, relativos al suministro y entrega del combustible,

a lo cual se refiere el literal P del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Decimaquinta. Excepción de inexistencia de la obligación de Corelca de reconocerle a Tebsa los cargos por arranques necesarios para el reestablecimiento de unidades, por la indisponibilidad de gas ocurrida en octubre de 2001, a que se refieren las pretensiones P y Q del capítulo I, pretensiones, de la demanda, con base en lo estipulado en la cláusula VI, numeral 6.2 y en la cláusula VII, numeral 7.2.1, inciso final del contrato PPA.

Decimasexta. Excepción de inexistencia de la obligación de Corelca de pagarle a Tebsa suma alguna correspondiente al descuento y glosa efectuados por Corelca a la factura 0389 de fecha 7 de noviembre de 2001, por concepto de cargos por arranques, a que se refieren las pretensiones P, Q y R del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Decimaséptima. Como consecuencia de la excepción de cumplimiento, por parte de Corelca, de sus obligaciones objeto del contrato PPA a las que se refiere la pretensión P de la demanda, planteada en el ordinal decimoquinto de estas excepciones, propongo la excepción de perjuicios sufridos por Tebsa, la excepción de ausencia de responsabilidad civil de Corelca, y la excepción de inexistencia de la obligación de indemnizar a la convocante, y de pagarle cualquiera de los conceptos solicitados por la misma en el literal S, en concordancia con el literal R, del capítulo pretensiones de la demanda.

Decimoctava. Como consecuencia de declarar probadas las anteriores excepciones, deberá declararse la excepción de inexistencia de la obligación de Corelca de pagarle a Tebsa suma alguna por concepto de costas que se causen durante el proceso, de que trata el literal T del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Excepciones subsidiarias generales:

Para el eventual caso de que no prospere cualquiera de las anteriores excepciones principales, insisto en las excepciones principales generales cuarta y quinta, y propongo las siguientes, en subsidio de las demás:

Primera. Excepción de indebida cuantificación de las pretensiones de la demanda por la utilización de una tasa de cambio incorrecta al convertir las sumas de pesos colombianos a dólares de los Estados Unidos de América, contraviniendo las cláusulas VIII, numeral 8.2.1 tasa representativa del mercado, y I, numeral 1.1.108 Definiciones. Tasa representativa del mercado, del contrato PPA.

Segunda. Excepción de compensación de los valores que eventualmente le resulte a deber Corelca a Tebsa, con aquellos valores que se demuestre a lo largo del proceso, que Tebsa le sale a deber a Corelca o que esta le ha pagado de más a Tebsa.

Tercera. Excepción de inexistencia de la obligación de pagar intereses de mora por parte de Corelca y a favor de Tebsa, con base en lo estipulado en las cláusulas VIII y XVI del contrato PPA”.

Finalmente, Corelca contestó oportunamente la reforma de la demanda, ratificando las excepciones principales generales y subsidiarias generales propuestas y proponiendo las siguientes excepciones específicas referidas a las pretensiones de la demanda reformada:

“Excepciones principales específicas:

Primera. Excepción de cumplimiento por parte de Corelca, de la obligación a su cargo contemplada en el numeral 7.5 de la cláusula VII, en el anexo L del contrato PPA y en el acta sin fecha, firmada en Nueva York, relativos a cambios en ley y cambios en los datos de referencia en asuntos tributarios, de todo lo cual habla el literal A del capítulo pretensiones de la demanda. En consecuencia, excepción de ausencia de responsabilidad civil de Corelca, y de inexistencia de la obligación de indemnizar a la convocante, y de pagarle cualquiera de los siguientes conceptos enunciados en los numerales 1° a 5° del literal B, y en el literal C del capítulo I, pretensiones, de la demanda:

- Ajustes en el cargo por capacidad que Tebsa haya realizado desde enero de 1999, en su facturación por dicho cargo, así:

- Los pagos realizados a título de impuesto sobre la renta y complementarios causado entre 1995 y septiembre de 2002;
- Valores por concepto de impuesto de industria, comercio y avisos;
- Contribución a las transacciones financieras y gravamen a los movimientos financieros;
- Primer pago del impuesto para preservar la seguridad democrática, y cuotas restantes del impuesto a la seguridad democrática; e,
- Impuesto al alumbrado público.
- Intereses de mora.

Segunda. Excepción de cumplimiento por parte de Corelca, de su obligación contractual contemplada en el numeral 7.1.2 de la cláusula VII del contrato PPA, relativa al cargo por capacidad después de la fecha de terminación de la construcción, a lo cual se refiere el literal D del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Tercera. Excepción de inexistencia del derecho de Tebsa de declarar una capacidad disponible de la planta nueva durante cada hora del día en el período húmedo superior a 750 MW; y, en consecuencia, mientras Corelca no requiera capacidad adicional con las unidades de la planta actual (Barranquillas 3 y 4), no pueden realizarse pruebas de capacidad disponible y, por tanto, no debe reconocerse como capacidad disponible para la planta nueva, el resultado de las pruebas de capacidad, ajustado a las condiciones de sitio. Tebsa pretende tener este derecho, según lo expone el literal E del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Cuarta. Excepción de reconocimiento del derecho de Corelca de realizar los acotamientos a 750 MW, que efectivamente resulten hora a hora, como los ha venido realizando, derecho que le pretende negar Tebsa, según se desprende de lo dicho en el literal F del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Además, excepción de incumplimiento del contrato PPA por parte de Tebsa, por declarar una capacidad a nivel horario superior a 750 MW, según lo establecido en la cláusula V, numeral 5.8.1 (3), y en la definición contenida en la cláusula I, numeral 1.1.10, ambas del contrato PPA, la cual establece que durante cada período húmedo, Tebsa pondrá a la disposición de Corelca capacidad de hasta 750 MW, salvo que Corelca requiera mayor capacidad y Tebsa acepte suministrarla.

Quinta. Excepción de inexistencia de la obligación de Corelca de pagarle a Tebsa suma alguna correspondiente a descuentos por concepto de glosas por capacidad disponible, a que se refiere el literal G del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Sexta. Como consecuencia de la excepción de cumplimiento, por parte de Corelca, de sus obligaciones objeto del contrato PPA a las que se refiere la pretensión D de la demanda, propuesta en el ordinal segundo de estas excepciones, planteo la excepción de inexistencia de perjuicios sufridos por Tebsa, la excepción de ausencia de responsabilidad civil de Corelca, y la excepción de inexistencia de la obligación de indemnizar a la convocante, y de pagarle cualquiera de los conceptos solicitados por la misma convocante en el literal H del capítulo I, pretensiones de la demanda.

Séptima. Excepción de reconocimiento del derecho de Corelca de realizar unilateralmente descuentos sobre las facturas por concepto de cargo por capacidad presentadas por Tebsa, cuando Corelca realiza glosas por capacidad disponible, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula VIII, numeral 8.2.4 del contrato PPA. Este derecho se lo pretende negar Tebsa a Corelca, según se desprende de lo dicho en el literal I del capítulo I, pretensiones, de la demanda. Aclaro que la cláusula VII, numeral 7.1.2 del contrato PPA, mencionada en dicho literal I del capítulo I, pretensiones, de la demanda, no se relaciona con el asunto del cual trata esta pretensión.

Octava. Excepción de inexistencia de la obligación de Corelca, de responder por el pago de cualquier multa o sanción pecuniaria que le sea impuesta en razón de la violación de cualquier ley o reglamento por parte de Tebsa. Ello, según se desprende de lo estipulado en el numeral 12.2 de la cláusula XII del contrato PPA, relativa a

aplicación de multas y penalizaciones impuestas por terceros, a lo cual se refiere el literal J del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Novena. Excepción de inexistencia de la obligación, por parte de Corelca, de asumir bajo su responsabilidad el pago de las multas y penalizaciones impuestas por el administrador del sistema de intercambios comerciales, por concepto de penalizaciones por desviaciones incurridas por Tebsa por su incumplimiento culposo de los despachos de energía, originado dicho incumplimiento en la falta de sujeción de Tebsa a las buenas prácticas de ingeniería y de operación, de que trata el numeral 6.1.1 de la cláusula VI del PPA, asunto al cual se refiere el literal K del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Además, excepción de contrato no cumplido por parte de Tebsa, en operar la planta de acuerdo con las instrucciones de despacho de Corelca, tal como se dispone en el numeral 6.1.1 del contrato PPA. Este incumplimiento es de trascendental gravedad, tanto que es causal de terminación unilateral y potestativa del contrato PPA por parte de Corelca, según está previsto en la cláusula XIV, numeral 14.1.1.3 del mismo.

Finalmente, excepción de compensación de Corelca frente a Tebsa, por los pagos que la primera le haya hecho al administrador del sistema de intercambios comerciales, en representación de Tebsa ante el mercado mayorista, por concepto de penalizaciones por desviaciones incurridas por Tebsa por su incumplimiento culposo de los despachos de energía, originado dicho incumplimiento en la falta de sujeción de Tebsa a las buenas prácticas de ingeniería y de operación, compensación que opera contra los valores facturados a Corelca por Tebsa, bajo el contrato PPA.

Décima. Excepción de inexistencia de la obligación, por parte de Corelca, de pagarle a Tebsa la suma a la que se refiere el literal L del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Undécima. Como consecuencia de la excepción de inexistencia de la obligación de Corelca planteada en la excepción octava, propongo la excepción de cumplimiento del contrato por parte de Corelca, la de inexistencia de perjuicios sufridos por Tebsa, la de ausencia de responsabilidad civil de Corelca, y la de inexistencia de la obligación de indemnizar a la convocante, y de pagarle cualquiera de los conceptos solicitados por la misma en el literal M del capítulo I, pretensiones de la demanda.

Duodécima. Excepción de reconocimiento del derecho de Corelca de realizar unilateralmente descuentos, a título de compensación, sobre las facturas del cargo por energía o por cualquier otro concepto, presentadas por Tebsa, como consecuencia de las penalizaciones por concepto de desviaciones que le sean impuestas a Corelca como representante de Tebsa ante el mercado mayorista, por el administrador del sistema de intercambios comerciales, a que se refieren los literales J, K, y N del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Decimatercera. Excepción de cumplimiento por parte de Corelca, de su obligación contractual contemplada en el numeral 6.2 de la cláusula VI y en el anexo A del contrato PPA, relativos al suministro y entrega del combustible, a lo cual se refiere el literal O del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Decimacuarta. Excepción de inexistencia de la obligación de Corelca de reconocerle a Tebsa los cargos por arranques necesarios para el reestablecimiento de unidades, por la indisponibilidad de gas ocurrida en octubre de 2001, a que se refieren las pretensiones O y P del capítulo I, pretensiones, de la demanda, con base en lo estipulado en la cláusula VI, numeral 6.2 y en la cláusula VII, numeral 7.2.1, inciso final del contrato PPA.

Decimaquinta. Excepción de inexistencia de la obligación de Corelca de pagarle a Tebsa suma alguna correspondiente al descuento y glosa efectuados por Corelca a la factura 0389 de fecha 7 de noviembre de 2001, por concepto de cargos por arranques, a que se refieren las pretensiones O, P y Q del capítulo I, pretensiones, de la demanda.

Decimasexta. Como consecuencia de la excepción de cumplimiento, por parte de Corelca, de sus obligaciones objeto del contrato PPA a las que se refiere la pretensión O de la demanda, planteada en la excepción decimacuarta de estas excepciones, propongo la excepción de inexistencia de perjuicios sufridos por Tebsa, la excepción de ausencia de responsabilidad civil de Corelca, y la excepción de inexistencia de la obligación de indemnizar a la convocante, y de pagarle cualquiera de los conceptos solicitados por la misma en el literal R, en concordancia con el literal Q, del capítulo pretensiones de la demanda.

Decimaséptima. Excepción de claridad del contrato respecto del numeral 7.2.1 de la cláusula VII del contrato PPA, por lo cual las partes deben ceñirse a su texto y no se requiere interpretación alguna por parte del tribunal, diferente a su tenor literal, a la cual se refiere el literal S del capítulo pretensiones de la demanda.

Decimoctava. Excepción de inexistencia de la obligación por parte de Corelca, de pagarle a Tebsa, hasta la terminación del contrato PPA, mediante ajustes en el cargo por capacidad y en la forma prevista en el numeral 7.5 de la cláusula VII y en el anexo L del contrato PPA y en el “acta de Impuestos” “(suscrita en Nueva York, Estados Unidos de América, en septiembre de 1995, por Tebsa y Corelca)”, según afirma la convocante, todos los impuestos que: (1) se creen, impongan o modifiquen a cargo de Tebsa con posterioridad al 26 de noviembre de 1993, (2) afecten el costo de construir u operar la planta, y (3) no hayan sido previstos dentro de los supuestos que se detallan en los datos de referencia, incluyendo, pero sin limitarse a, el valor total del impuesto sobre la renta y complementarios y sus retenciones en la fuente, el impuesto de industria y comercio, el gravamen a los movimientos financieros, el impuesto para preservar la seguridad democrática, el impuesto de alumbrado público, de lo cual habla el literal T del capítulo I, pretensiones, de la demanda reformada.

Decimonovena. Como consecuencia de declarar probadas las anteriores excepciones, deberá declararse la excepción de inexistencia de la obligación de Corelca de pagarle a Tebsa suma alguna por concepto de costas que se causen durante el proceso, de que trata el literal U del capítulo I, pretensiones, de la demanda”.

F. Las pruebas practicadas en el proceso.

En el presente proceso se decretaron y practicaron las siguientes pruebas:

1. Declaraciones de parte: Se practicaron las siguientes:

| Nombre | Fecha declaración | Acta N° |
|------------------------|--------------------------|----------------|
| Alfonso de Mares Colom | 28 de octubre de 2003 | acta 10 |
| Edgardo Sojo González | 26 de noviembre de 2003 | acta 11 |

2. Testimonios: Fueron decretados y practicados los siguientes testimonios, recibidos en audiencia en las fechas que a continuación se relacionan:

| Nombre | Fecha declaración | Acta N° |
|---------------------------|--------------------------|--|
| Argemiro Taboada | 8 de octubre de 2003 | acta 8 |
| Andrés Yabrudy Lozano | 28 de octubre de 2003 | acta 10 |
| Eduardo Verano de la Rosa | 28 de octubre de 2003 | acta 10 |
| Norberto Duque | 28 de octubre de 2003 | acta 10 |
| Jorge Eduardo Chemas | 28 de octubre de 2003 | acta 10 |
| Jairo Ramírez Castro | 20 de enero de 2004 | Mediante exhorto al consulado de Miami – USA |

Las transcripciones de las anteriores declaraciones se encuentran a folios 1 a 257 del cuaderno de pruebas 17.

Los testimonios decretados por el tribunal de las personas que a continuación se relacionan, fueron desistidos posteriormente por la parte que los había solicitado, desistimientos que fueron aceptados por el tribunal:

| Nombre | Acta |
|------------------|-------------|
| August Szempruch | acta 8 |
| Vytis Didzuilis | acta 8 |

| | |
|------------------------|---------|
| Lynn Dorsey | acta 8 |
| Enrique Javier Pacheco | acta 12 |

3. Inspección judicial con exhibición de documentos: La decisión sobre la prueba de inspección judicial sobre los archivos de Corelca y Tebsa, suspendida por el tribunal con base en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil mediante auto de 26 de agosto de 2003, se adoptó posteriormente mediante auto de 21 de octubre de 2004, en el sentido de no decretarla, habida cuenta de que las partes aportaron de común acuerdo los documentos objeto de la misma.

4. Exhibición de documentos: Se decretaron y practicaron las siguientes exhibiciones de documentos:

— Exhibición de la Compañía Aene Ltda. en relación con la carta firmada en Santafé de Bogotá, el 30 de agosto de 1994, dirigida a “Señores Corelca – AT. Edgardo Sojo – Bogotá”, Ref.: Comentarios a la última versión del contrato EPC agosto 5 de 1994: En respuesta al oficio remitido por la secretaría del tribunal a este efecto, se recibió una comunicación de esta compañía en la que informo al tribunal que el documento objeto de la exhibición no había sido ubicado en sus archivos.

— Exhibición de documentos por parte de Tebsa decretada mediante auto de 26 de marzo de 2004, la cual fue iniciada en audiencia del 23 de abril de 2004 y concluida el 21 de mayo de 2004 mediante la presentación por las partes de común acuerdo de los documentos objeto de exhibición. En desarrollo de esta diligencia se incorporaron al proceso los documentos que obran a folios 1 a 478 del cuaderno de pruebas 14; a folios 1 a 436 del cuaderno de pruebas 15 y a folios 1 a 62 del cuaderno de pruebas 16.

5. Dictámenes periciales: Se decretaron y practicaron todos los dictámenes periciales solicitados por las partes, así:

— Dictamen pericial financiero, para el cual el tribunal, por solicitud conjunta de las partes, nombró como perito a Moisés Rubinstein L.

— Dictamen pericial técnico, para el cual el tribunal, por solicitud conjunta de las partes, nombró como perito a Alberto Olarte Aguirre.

— Dictamen pericial de contador con experiencia en cuestiones tributarias y financieras, para el cual el tribunal, por solicitud conjunta de las partes, nombró como perito a Egon Adolfo Santiago Durán.

Los anteriores dictámenes se encuentran en los cuadernos de pruebas 22, 23, 24, 25, 26 , 27, 28 y 29.

5. Pruebas mediante oficios: Se decretaron por parte del tribunal los siguientes oficios, los cuales, en su totalidad, fueron contestados por parte de las respectivas entidades, organismos o personas destinatarias, con excepción del oficio 9 dirigido al centro nacional de despacho (ISA) desistido por la parte que solicitó la prueba:

| Nº Oficio | Destinatario |
|-----------|------------------------|
| 1 | Centro nacional de gas |
| 2 | Concejo de soledad |
| 3 | ASIC (ISA) |
| 4 | Revisor fiscal Tebsa |
| 5 | ASIC y CREG |
| 6 | ASIC y CREG |
| 7 | ASIC |
| 8 | CREG |

| | |
|----|---|
| 9 | Centro nacional de despacho (ISA) desistido |
| 10 | Ideam |
| 11 | ISA y CREG |
| 12 | ISA |
| 13 | ISA |
| 14 | Concejo de Soledad |
| 15 | ISA |
| 16 | Revisor fiscal Tebsa |
| 17 | Revisor fiscal Tebsa |
| 18 | Superintendencia de Servicios Públicos |
| 19 | Concejo municipal Soledad |
| 20 | Revisor fiscal Tebsa |

CAPÍTULO II

Consideraciones del tribunal en cuanto a las pruebas

Antes de determinar cuáles son los hechos que se encuentran probados en el proceso, corresponde al tribunal analizar los reparos formulados por las partes respecto de las pruebas decretadas y practicadas en el presente proceso, a efectos de la cual se refiere a continuación a cada uno de ellos:

A. Objeción por error grave formuladas por Termobarranquilla y Corelca respecto de los dictámenes periciales.

Antes de determinar cuáles son los hechos que se encuentran probados en el proceso, corresponde al tribunal analizar las objeciones por error grave formuladas por los apoderados de Tebsa y Corelca a los dictámenes periciales practicados dentro del proceso; con el fin de establecer la eficacia del medio probatorio y su aptitud para conferir al tribunal certeza sobre las materias que fueron objeto de los mismos.

A.1. Precisiones sobre la objeción por error grave:

Procede entonces el tribunal a decidir el tema en cuestión pero antes de hacerlo precisa los límites del error grave, para sobre esa base analizar la ocurrencia de los formulados como base de las distintas objeciones.

El artículo 238 del Código de Procedimiento Civil establece en su numeral 4º: “De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán objetar el dictamen, **por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se hubiere originado en estas**” (subrayado fuera del texto).

Encuentra el tribunal, entonces, que para la procedencia de la objeción por error grave han de reunirse necesariamente dos elementos: el primero, la **existencia de un error**, entendido como la discrepancia entre la realidad ostensible y la percepción de la misma por parte de los peritos, y no la eventual discrepancia de una de las partes en cuanto a la metodología utilizada o los conceptos o el criterio de los peritos, pues tal análisis es del resorte exclusivo del tribunal, y el segundo, **que el error sea grave**, es decir, grande, de mucha importancia. A lo anterior se ha de añadir que el error grave ha de referirse a situaciones fácticas, pues por no ser este medio de prueba apto para establecer cuestiones de derecho, el error en que se basa la objeción no puede tampoco, responder a una apreciación de carácter jurídico, pues estas cuestiones atañen exclusivamente al juzgador.

Sobre los aspectos mencionados, señaló la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“Lo que caracteriza pues, y distingue el error grave de las demás objeciones que puedan presentarse contra un

dictamen, es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven. De esto se deduce que las objeciones por error grave (...) no pueden hacerse consistir en apreciaciones, inferencias, juicios y deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha de error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal, y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla, entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva”⁽⁹⁾.

También se ha pronunciado la Corte sobre las distintas clases de dictámenes periciales que se pueden presentar, dependiendo de si la labor del perito es fundamentalmente de comprobación de hechos relativos a una ciencia, en cuyo caso obra como instrumento de percepción, o si la labor esencialmente encomendada es la de aplicar reglas técnicas a unos hechos determinados previamente, en cuyo caso obra como instrumento de deducción⁽¹⁰⁾, clasificación esta que sirve para determinar el alcance que pueden tener las objeciones por error grave. Sobre el particular la Corte señaló:

“(...) la prueba por peritos en el proceso civil muestra una doble fase que aquí importa subrayar y que, además, ha permitido clasificar en dos grandes categorías los experticios según que el sentido preponderante del trabajo a cargo del perito sea el de llevar al juez la materia sobre la cual debe operar o el de señalarle los instrumentos idóneos para hacerlo. En la primera hipótesis se trata, en esencia, de comprobar hechos, sus causas o sus efectos, que requieran conocimientos científicos, artísticos o técnicos que superen el nivel medio de cultura general atribuible al común de los jueces, mientras que en la segunda su orientación característica es distinta; en esta, mediante el dictamen, se aportan reglas propias de la experiencia especializada de los peritos para aplicarlas a un determinado supuesto fáctico establecido en el proceso por cualquiera otro de los medios de prueba de recibo, contribuyendo así a formar la certeza del juez e ilustrándolo para que comprenda mejor ese supuesto y pueda deducir con exactitud las causas, las calidades, las consecuencias y los valores que se investigan, cosa que precisamente acontece, valga señalarlo, cuando la colaboración pericial se hace indispensable para verificar la existencia o fijar la cuantía de perjuicios patrimoniales ya ocasionados o que en el futuro se produzcan, en razón de circunstancias acreditadas de antemano y del modo debido en el curso de la misma actuación.

En estos casos de la segunda clase, entonces, los peritos, más que instrumentos de percepción, lo son de deducción y su tarea fundamental es por lo tanto la de proporcionar sus luces, su ilustración, su pericia práctica y, en general, su auxilio cognoscitivo al órgano judicial en relación con datos que son materia de controversia, lo que no permite descartar en manera alguna que peritajes de esta naturaleza puedan utilizarlos dichos órganos para consulta técnica complementaria y así cerciorarse, para beneficio de la administración de justicia naturalmente, de la exactitud del entendimiento que personalmente tengan acerca de aquellas reglas o máximas especializadas que no están obligados a dominar pero que, sin embargo, tampoco les son del todo desconocidas y las juzgan necesarias para tomar la correspondiente decisión.

2. Síguese de lo anterior que en cuanto a la tacha de un dictamen por error grave concierne, uno de los factores que no puede perderse de vista para definir su procedencia es la modalidad que presente la función de consultoría pericial que en dicho experticio se pone de manifiesto, habida consideración que, como tantas veces lo ha reiterado la doctrina jurisprudencial, “... si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...”. (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven..”, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil “... no pueden hacerse consistir en

las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ...” (G. J. tomo LXXXV, pág. 604).

En efecto, si (...) la contribución técnica pedida a los expertos fue la de efectuar directamente y de acuerdo con bases tentativas (...) la muestra de la eventual liquidación del importe de un daño patrimonial apoyada en la valoración razonada de circunstancias fácticas emergentes de la instrucción probatoria a las que, más que percibir en su objetividad, corresponde apreciar según procedimientos experimentales de tasación respecto de cuya operación se supone los peritos son profundos conocedores, resulta en verdad disonante con el concepto normativo de la objeción por error grave el pretender, ante el trabajo realizado, descalificarlo porque en opinión del litigante interesado, aquellas bases señaladas por el juez para ser tenidas en cuenta, carecen por completo de legitimidad jurídica y por consiguiente le abren paso a la que dice es “... una objeción de puro derecho...”⁽¹¹⁾.

Con base en las anteriores consideraciones, entra el tribunal a analizar puntualmente las objeciones por error grave formuladas por los apoderados de las partes.

A.2. Objeciones al dictamen pericial financiero.

El apoderado de Corelca en el escrito por medio del cual recorrió el traslado de las aclaraciones y complementaciones al aludido dictamen objetó las respuestas a las preguntas 6 y 7 del cuestionario de Tebsa, así como la respuesta a la aclaración solicitada por Tebsa a la respuesta a la pregunta 1 del cuestionario de Corelca.

En síntesis, el error que se le endilga a la respuestas 6 y 7 de cuestionario de Tebsa consiste en que, según el apoderado, la pregunta estuvo incorrectamente formulada y suponía, para el perito, efectuar un análisis jurídico.

Encuentra el tribunal, que la objeción planteada por el apoderado de Corelca, no constituye una objeción por error grave en los términos del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, pues tal como lo manifiesta en su escrito, “(...) el error grave radica en la manera como se formuló la pregunta por parte de Tebsa, pues con ella se induce al perito a dar una respuesta que extralimita sus funciones, y el punto sobre el alcance del acta de Impuestos solo puede ser materia del fallo del tribunal”.

Las objeciones deben ir dirigidas a demostrar los posibles errores en que hubiere incurrido el perito en la elaboración de su dictamen. En este caso, no se demuestra ningún error por parte del perito en el desarrollo de su pericia sino que se hace reparos al alcance del cuestionario formulado por Tebsa, pues para el apoderado de Corelca el objeto de la pregunta escapa de las funciones del perito como experto financiero, aspecto este que no constituye un error grave, si bien será tenido en cuenta por el tribunal dentro del proceso de valoración de la misma.

Lo anterior justifica por sí solo que el tribunal rechace la objeción formulada por el apoderado de Corelca contra las referidas respuestas del perito.

Respecto de la respuesta a la aclaración solicitada por Tebsa a la respuesta a la pregunta 1 del cuestionario de Corelca, la objeción formulada consiste en que el perito respondió “de una manera exclusivamente teórica”; sin embargo, nota el tribunal la total ausencia en el escrito de objeción, de la identificación o la descripción de un error en la respuesta, ni de la demostración de la gravedad del mismo, por lo cual la misma habrá de ser rechazada, y el peritaje habrá de ser tenido en cuenta, de ser el caso, con el valor que pudiera tener para formar el convencimiento del tribunal en los términos en que fue expresado.

A.3. Objeciones al dictamen contable tributario.

A.3.1. Objeciones formuladas por Corelca:

Corelca objetó las respuestas a las solicitudes de aclaración ii) y iv) de la pregunta 1, y la respuesta a la solicitud de aclaración i) de la pregunta 11 de los cuestionarios de Corelca, así como la prepuesta a la pregunta 5. del cuestionario de Tebsa. También formuló objeción contra las respuestas a la pregunta C. del cuestionario de Tebsa y a la respuesta a la pregunta 3. y su aclaración del cuestionario de Corelca.

En todos estos casos encuentra el tribunal que la inconformidad de Corelca radica en su desacuerdo con los criterios utilizados por el perito para formular su experticio, o con la terminología expresada por él como consecuencia de la que aparece en los documentos que analizó o en el texto de las preguntas. Sin embargo, ninguno de los reproches constituye, a juicio del tribunal, un error grave, en el sentido expresado atrás, pues echa de menos el tribunal alguna explicación de en qué se aparta la percepción del perito de la realidad fáctica, o que yerro pudo haber cometido al realizar los cálculos que presentó en su dictamen, por lo que la objeción por error grave no está llamada a prosperar. Puntualmente, respecto de la última de las objeciones mencionadas, observa el tribunal que el perito manifiesta expresamente en su respuesta estar estableciendo, en el anexo al dictamen, el impacto financiero de las retenciones que se le solicitó, y responde concretamente a cada una de las demás preguntas formuladas por vía de aclaración o complementación, de manera que tampoco ha de proceder la objeción por este motivo. En esencia, aprecia el tribunal que todas las objeciones formuladas obedecen a que la parte difiere de los criterios o fórmulas aplicados por el perito para la elaboración de su dictamen, diferencia conceptual esta que no puede ser tenida como fundamento de un error grave.

A.3.2. Objeciones formuladas por Tebsa:

Tebsa objeta por error grave la respuesta dada por el perito a la pregunta 9 del cuestionario formulado por Corelca, así como la aclaración y complementación posteriormente rendida en relación con la misma. Fundamenta su objeción en que “el efecto en los resultados fiscales y financieros de Tebsa si el cambio de método de depreciación se hubiera aplicado a partir de 1995”, determinado por el perito, esta errado en cuanto a los efectos financiero-contables, así como respecto de los efectos fiscales. En ambos casos el error grave se hace consistir en que el perito, al decir del objetante, no tuvo en cuenta ciertos elementos que, en criterio de este, deberían haber sido contemplados, pero solicita o presenta prueba alguna que respalde su dicho, distinta de sus propias afirmaciones, ni tampoco concreta cual es el efecto, constitutivo del alegado error grave, de haber omitido dichos factores, sino que se limita a formular alegaciones de parte, que constituyen elementos propios de la apreciación de la prueba y no de su error grave. Por ello el tribunal habrá de desestimar estas objeciones por error grave, sin perjuicio, por supuesto, de la aplicación de las reglas de la sana crítica que deberá observar, en lo que resulte del caso, si hubiera de servirse de esta prueba para formar su convencimiento.

También objetó Tebsa la respuesta a la pregunta 3 del cuestionario formulado por Corelca, así como la aclaración y complementación rendida respecto de la misma. Afirma el apoderado que el perito no computó, dentro del cálculo de las retenciones en la fuente por impuesto de renta practicadas a su poderdante en los años gravables 1997 y 2001, cuya prueba, afirma, obra en el expediente. Para el tribunal, la objeción formulada no tiene la entidad de un error grave, sobre todo si se trata de incluir en un cálculo alguna partida cuya prueba en efecto existe en el plenario, pues ello puede ser fácilmente resuelto mediante una operación matemática relativamente simple, que si fuera del caso podría efectuar el tribunal al adoptar su decisión con base en las pruebas de que disponga; razón por la cual la objeción no prospera.

A.4. Objeciones al dictamen pericial técnico.

Corelca objetó las respuestas a las preguntas 3, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 17, 18, 19 y 22 del cuestionario original de Tebsa; las respuestas a las aclaraciones y complementaciones solicitadas por Corelca a las preguntas 1, 16 y 21 de su cuestionario original; las respuestas a las aclaraciones y complementaciones solicitadas por Tebsa a las preguntas 1, 2, 3, 4, 7 y 8 del cuestionario original de Corelca; y las respuestas a las aclaraciones y complementaciones solicitadas por Tebsa a las preguntas 1, 12, 13 y 16 del cuestionario original de Tebsa.

Las objeciones por error grave formuladas por Corelca en síntesis consisten en: falta de conocimientos por parte del perito sobre la política operativa de la planta; desacuerdo con el procedimiento utilizado por el perito; falta de conocimientos para contestar a determinadas preguntas; confusión en los conceptos utilizados en las preguntas; interpretación errónea del perito de cláusulas contractuales; utilización de datos erróneos o sesgados suministrados

por Tebsa; y falta de suficientes conocimientos sobre los antecedentes del contrato PPA.

Considera el tribunal que los reparos expuestos por el apoderado de Corelca no constituyen objeciones por error grave en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia reseñados anteriormente, pues se trata de reproches frente a los conocimientos del perito y a sus apreciaciones y deducciones. Dichos reparos no tienen el carácter de errores graves, y menos aún, cuando el perito ha considerado recta y cabalmente el objeto del dictamen.

La mayoría de los argumentos expuestos por Corelca como fundamento de sus objeciones, son jurídicos y se encuentran relacionados con la forma y el sentido en que iban dirigidas las preguntas o la interpretación dada por los apoderados a ciertos términos utilizados en los cuestionarios, los cuales, igualmente, no constituyen errores graves.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el tribunal no encuentra motivo alguno para desestimar el experticio en cuestión, por lo que el mismo es válido para efectos probatorios en el presente proceso, de manera que será estimado, en conjunto con las demás pruebas que obran en el expediente, a efectos de lo cual procederá de conformidad con los parámetros señalados en el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil para la crítica del dictamen pericial por parte del juez, cuales son, la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.

CAPÍTULO III

Consideraciones de fondo del tribunal

III.1. Aspectos generales relativos a la interpretación del contrato en cuanto a los “cambios en ley”.

Según las pretensiones de la demanda, en su versión reformada, la convocante persigue diversos resarcimientos con base en “cambios en ley” que, en su entender, han ocurrido durante la ejecución del “contrato de prestación del servicio de energía eléctrica C-3.330-95 del 29 de marzo de 1995 (en adelante “el contrato” o “el PPA”)”.

Por tanto, debe el tribunal ocuparse, en primer lugar, del tratamiento que los contratantes le dieron en sus estipulaciones a los llamados “cambios en ley”, para así determinar su exacto alcance, contenido, consecuencias y procedimiento para hacerlos efectivos.

A este respecto, la cláusula 7.5 del contrato establece lo siguiente:

“7.5. Cambios en ley y cambios en los datos de referencia

7.5.1. Los cargos por capacidad y los cargos por energía que se detallan en este contrato han sido determinados con base en los costos de Tebsa para desarrollar, diseñar, construir, poner en operación, operar y ser propietaria de la planta tomando en cuenta las leyes y los reglamentos de Colombia aplicables a la planta el día del cierre de la convocatoria, noviembre 26, 1993. En consecuencia cualquier cambio de leyes o reglamentos colombianos o interpretación oficial o aplicación diferente de tales leyes o reglamentos que se produzca con posterioridad a noviembre 26, 1993 se considerará un cambio en ley para propósitos de este contrato si:

- (1) El cambio en ley se relaciona con la reglamentación de la generación eléctrica y la prestación del servicio de energía eléctrica así como con los requisitos ambientales que apliquen a la planta y que afecten los costos de Tebsa;
- (2) El cambio en ley afecte el costo de construir y/u operar la planta, incluyendo cambios relacionados a impuestos;
- (3) El cambio en ley afecte el costo de financiar la planta.

Si ocurre un cambio en ley en los términos anteriores, se hará un ajuste equitativo al cargo por capacidad y/o al cargo por energía, en forma tal que refleje aumentos o disminuciones que excedan cincuenta mil (50.000) USD.

7.5.2. Los cargos estipulados en este contrato han sido calculados según los supuestos que se detallan en el anexo

L (los “datos de referencia”). En consecuencia, si durante el término del contrato, las condiciones reales difieren de los datos de referencia, entonces habrá lugar a un cambio equitativo en el cargo por capacidad, el cargo de energía, y/o el cargo por arranques que será acordado por las partes”.

El anexo L, al cual hace referencia la cláusula 7.5.2, contiene en efecto los “supuestos” con respaldo en los cuales se determinaron las remuneraciones pactadas en favor de Tebsa, vale decir, los cargos por capacidad y por energía.

En dicho anexo L, denominado “información de referencia”, se puntualiza que “los cargos establecidos en el presente contrato fueron calculados de acuerdo con los supuestos incluidos en el presente anexo. Se emplearon los siguientes supuestos y parámetros para hacer las proyecciones financieras para determinar el cargo por energía, cargo por capacidad y cargo por arranque...”.

Señala luego este anexo, bajo el numeral 1º, los parámetros generales tenidos en cuenta, a saber: precio de combustible; condiciones de sitio; depreciación y tasa de descuento.

A continuación se refiere a los impuestos, bajo el numeral 2º, discriminando los de renta; derechos de aduana; valor agregado (IVA) y ambiental (L. 56/81). Respecto de cada uno de estos tributos se indican las tarifas que fueron utilizadas por los contratantes para hacer las proyecciones financieras necesarias para calcular las remuneraciones acordadas en favor de la convocante.

Finalmente, en el numeral 2.5 del anexo, bajo el acápite “otros impuestos”, las partes hicieron la siguiente manifestación:

“Antes del 26 de noviembre de 1993, Corelca no identificó en sus documentos de convocatoria a la licitación ningún otro impuesto, y por lo tanto no se tuvieron en cuenta otros impuestos para determinar el cargo por capacidad, el cargo por energía; el cargo por arranque, o en la formulación de los acuerdos del proyecto”.

Ahora bien, según el transcrito numerales 7.5.1. y 7.5.2 del contrato, la ocurrencia de “cambios en ley” o en los “datos de referencia”, que generen una diferencia entre “las condiciones reales” y los “supuestos” del anexo L, dan lugar a un “cambio equitativo” en la remuneración de Tebsa. Para este efecto, el segundo de los numerales aludidos, prevé que dicho “cambio equitativo”, “será acordado por las partes”.

El mencionado acuerdo, a juicio del tribunal, fue celebrado por los contratantes mediante el acta suscrita en la ciudad de Nueva York, en fecha que no se precisa en ese escrito, pero que en todo caso es posterior a la de la celebración del contrato.

En la mencionada acta se indica que su propósito es el de establecer “los criterios y la metodología para implementar la intención y el objetivo del numeral 7.5 del contrato...”.

En los considerandos del acta bajo examen se reitera la necesidad de introducir un “ajuste equitativo”, acordado por las partes, cuando quiera que ocurra un “cambio en ley” que lleve a que las condiciones reales difieran de los supuestos previstos en el anexo L.

En este orden de ideas, en el numeral 3º del acta se dispone:

“3. Ciertos ajustes equitativos. Los procedimientos establecidos en este numeral 3º se seguirán con el fin de implementar los siguientes ajustes equitativos acordados:

(a) Los ajustes equitativos contemplados en este numeral 3º serán implementados a través del ajuste al cargo por capacidad facturado por Tebsa a Corelca de conformidad con la cláusula 8 del PPA.

(b) Tebsa restará del cargo por capacidad la totalidad de los impuestos al valor agregado proyectados (IVA), todos los impuestos de renta cargados a Tebsa y a sus accionistas, derechos de aduana y la ley ambiental (56/81), basados en cada caso en los supuestos incluidos en el anexo L del PPA.

(c) Tebsa agregará al cargo por capacidad los montos reales del IVA, todos los impuestos de renta cargados a Tebsa y a sus accionistas en conexión con el hecho de ser accionistas de Tebsa, los derechos de aduana y otros

impuestos colombianos cargados a Tebsa, en conexión con el desempeño de Tebsa bajo los documentos del proyecto a los que aplique.

(d) El acuerdo expresado en el numeral 3º se limita a los asuntos expresamente declarados en la presente y no se interpretará como que afecta los derechos de las partes con respecto a cualquier otra circunstancia.

4. Otros cambios en los impuestos y en la información de referencia. Salvo que se disponga expresamente lo contrario en la presente:

(a) nada en esta acta se interpretará como que afecta los derechos de las partes bajo el numeral 7.5 del PPA, y

(b) todos los ajustes equitativos por cambios en ley o por cambios con respecto a la información de referencia serán facturados ajustando las facturas mensuales de cargo por capacidad, cargo por energía y/o el cargo por arranque, según sea el caso, tal como se ilustra en el anexo A adjunto”.

Complementariamente, en los anexos A1 y A2 del acta a que nos referimos, se ilustra la manera como deben ajustarse las facturas mensuales de cargo por capacidad, por energía y/o por arranque, con el propósito de hacer efectivos los “ajustes equitativos” necesarios para compensar las consecuencias económicas generadas por los “cambios en ley” o por cambios en los “datos de referencia”.

En el anexo A1, literal 19, se explica la forma como deben calcularse los efectos producidos por “cambios en la ley tributaria”.

Para este propósito **deben sumarse** al cargo o remuneración respectiva **los impuestos reales**, discriminado, entre ellos, los siguientes: 19a) impuesto al valor agregado; 19b) aranceles; 19c) impropormenta Tebsa y sus accionistas; 19d) impuesto de timbre; 19e) impuesto de industria y comercio; 19f) impuesto predial; 19g) impuesto ambiental; 19h) **cualquier otro impuesto** y CIAC.

Luego de sumar todos los valores correspondientes a estos tributos, esto es, el monto de los “impuestos reales”, se indica que deben **restarse “los impuestos proyectados y CIAC”**, según el N° 8 del anexo A2.

Dicho anexo A2, que igualmente ilustra la forma como deben ajustarse las facturas mensuales para introducir los “ajustes equitativos”, contiene el “cálculo de los impuestos del proyecto”, en el cual se discriminan los tributos proyectados, en particular, los IVA, aranceles, impuesto de renta y recargos proyectados a cargo de los accionistas de Tebsa; y otros impuestos proyectados, específicamente el ambiental. La suma de todos estos rubros arroja el “total de impuestos... proyectados”, que aparece en el numeral 8º del señalado anexo A2 del acta.

Las referidas estipulaciones del contrato (cláusula 7.5), del anexo L y del acta suscrita en Nueva York, conforman el régimen aplicable a los denominados “cambios en ley”, para cuya interpretación deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

A. Según el régimen a que se viene haciendo referencia, los cargos (remuneraciones) establecidos en el contrato como contraprestación por las obligaciones y servicios a cargo de Tebsa, fueron determinados con base en los costos de esta sociedad, para cuyo cálculo se hicieron proyecciones financieras que se basaron en ciertos supuestos que se puntualizan en el anexo L, dentro de ellos los impuestos imperantes en Colombia el 26 de noviembre de 1993, fecha de cierre de la convocatoria, considerados a las tarifas contempladas en los datos de referencia del anexo L.

Así las cosas, los precios pactados por los contratantes se fundamentaron en los costos de la convocante y dichos costos se definieron a partir de ciertos supuestos convenidos, existentes en una fecha precisa.

Sobre estos presupuestos se estructuró la ecuación financiera del negocio, la cual refleja el equilibrio entre las prestaciones, derechos y riesgos correspondientes a cada contratante. De las estipulaciones bajo examen se infiere la voluntad de las partes, en el sentido de querer mantener el equilibrio inherente a la ecuación original del negocio, al menos respecto de ciertas causas de alteración de la misma, dentro de ellas, las modificaciones introducidas en la normatividad tributaria —acaecidas con posterioridad a la fecha arriba mencionada— que

generen cambios en los supuestos sobre los cuales se determinaron los costos de la demandante.

Con esta perspectiva, puede decirse que para el mantenimiento de los precios pactados, las partes presupusieron que se preservarían específicas circunstancias de hecho, o supuestos imperantes en el momento en que se cerró la licitación, y que en caso de que dichas condiciones variaran, conllevando la alteración de los costos de Tebsa, debería restablecerse el equilibrio de la ecuación primigenia del contrato, a través de un ajuste equitativo de la remuneración (cargos), que refleje el cambio producido.

El establecimiento de la ecuación económica inicial del negocio y su posterior restablecimiento son materias que pertenecen al resorte exclusivo de la autonomía de la voluntad, pilar de la contratación privada, a cuyo régimen está sometido el contrato bajo análisis, según lo previene la cláusula XXI del mismo.

Lo anterior significa que no cabe aquí la aplicación del ordenamiento propio de los contratos de las entidades estatales (L. 80/93), una de cuyas características que marca diferencia es la preservación del equilibrio del contrato, surgido al momento de su celebración, lo que exige su restablecimiento cada vez que circunstancias no imputables al contratista lo rompan en detrimento suyo.

No ocurre lo mismo en el campo del derecho privado, cuya normatividad no impone, ni presume, el mantenimiento del equilibrio económico primigenio⁽¹²⁾, de manera que lo relacionado con estas materias habrá de ser regulado por los acuerdos lícitos y espontáneos de las partes, a los cuales el ordenamiento les reconoce plena validez y poder vinculante.

Es claro que para la interpretación de las estipulaciones sobre estas materias, el juzgador ha de emplear las mismas reglas de hermenéutica utilizadas para desentrañar, de las manifestaciones de voluntad, el querer real y genuino de los contratantes; reglas estas contenidas en los artículos 1.618 a 1.624 del Código Civil.

No existe, entonces, una regla hermenéutica especial e invariable para interpretar el sentido de los pactos sobre el establecimiento del equilibrio económico del negocio y para su ulterior y eventual restablecimiento.

Hace esta manifestación el tribunal, a propósito de las argumentaciones presentadas por el señor apoderado de Corelca en su alegato final, en el que exige —para determinar los casos en que proceden los “ajustes equitativos”, como resultado de “cambios de ley”— de “una interpretación restringida del texto contractual que las contempla (las excepciones al régimen general), sin dar cabida a ampliaciones analógicas o a construcciones extensivas de las mismas, pues con ello se vulneraría la voluntad manifestada palmariamente por las partes”.

Este razonamiento, así como la cita que viene de transcribirse, fueron tomados del laudo arbitral pronunciado el 20 de agosto de 2003 en el proceso de Gases de Boyacá y Santander S.A. v. Empresa Colombiana de Gas, Ecogas y Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol.

Con todo, el texto de las estipulaciones del contrato que vinculó a las partes recién indicadas, difiere sustancialmente del de las cláusulas que nos ocupan en este proceso, de manera que la regla de hermenéutica aplicada en aquel caso, no ha de ser necesariamente la misma que haya de observarse en el presente.

Según se observa en el mencionado laudo arbitral, en el contrato que dio lugar al aludido proceso se previó que las remuneraciones pagadas al contratista (Gases de Boyacá y Santander S.A.), habrían de cubrir la totalidad de sus costos directos e indirectos, estableciendo, como excepciones puntuales a esta regla general, unos pocos y específicos casos en que la remuneración sería objeto de reajuste. Esto reflejaba la voluntad de las partes, en el sentido de que las excepciones contempladas eran taxativas y, por tanto, de interpretación restringida.

En los apartes del laudo y en las cláusulas a las que hace alusión el tribunal, se lee lo siguiente:

“Con un amplísimo margen de maniobra para estipular lo que a bien tuvieran las partes, especialmente en cuanto a la distribución de los riesgos —y atentas a las necesidades del ente estatal y a la finalidad del contrato— pactaron como compensación o retribución a cargo de Ecopetrol el pago de una tarifa prevista en la cláusula 9 del contrato en los siguientes términos:

“Cláusula 9: Tarifa: a) En relación con los servicios prestados por el propietario, en cada mes de cualquier año de transporte, se causará una tarifa nominada en dólares y en pesos y pagadera en pesos y/o dólares al propietario de acuerdo con lo establecido en la cláusula 13, durante el período que comienza en la fecha de iniciación del transporte, y termina en la fecha efectiva de transferencia, de conformidad con la siguiente fórmula:

(...).

b) La tarifa incluye: todos los costos y gastos, incluyendo el capital, costos financieros y de financiación, gastos de operación y mantenimiento, costos de administración, impuestos, tasas, contribuciones, imprevistos y utilidades del propietario, que surjan de la firma, ejecución y liquidación de este contrato, del estudio del alcance del servicio de transporte y todo el trabajo inherente a la prestación del servicio de transporte; considerando las condiciones operacionales, sociales, políticas, económicas, prediales, catastrales, topográficas, geotécnicas, geológicas, meteorológicas, ambientales, geográficas, así como las condiciones de las carreteras, las vías de acceso y las limitaciones de espacio, las relaciones con las comunidades y la disponibilidad de materiales e instalaciones temporales, servicios públicos, equipos, transporte, mano de obra, etc. Teniendo en cuenta la estimación y asignación de riesgos de este contrato, y la inclusión de los mismos en la tarifa, el propietario expresamente reconoce que no serán procedentes reajustes y compensaciones, indemnizaciones y reclamos por las causas anteriores, o debidos a esos factores, o a cualquier otra u otras causas o factores que se produzcan durante el desarrollo de este contrato, con excepción hecha de aquellos reconocimientos de mayores o menores costos que expresamente se prevean en este contrato”.

El literal b de la aludida cláusula novena, que viene de transcribirse, contiene, como él mismo lo puntualiza, una regla clara de “estimación y asignación de riesgos”, plenamente válida y vinculante, que coloca en cabeza del propietario todos los riesgos sobrevinientes que pudieren incidir en sus costos y gastos, alterando así la rentabilidad esperada del contrato. En efecto, con la sola excepción que en dicho literal se especifica, cualquier evento, sin importar su origen, naturaleza o características, que haga más onerosa la ejecución del contrato para el propietario (GBS), constituye un riesgo que este debe asumir íntegramente, a tal punto que renuncia a solicitar, por estos motivos, reajustes, compensaciones e indemnizaciones, así como a formular reclamos. La única excepción a esta regla se refiere a los “reconocimientos de mayores o menores costos”, expresamente previstos en el contrato. Dicho reconocimiento de mayores y menores costos, en lo relacionado con los impuestos, que es la materia que aquí interesa, está regulado, en primer lugar, en el aparte de las definiciones del contrato...”.

Y después de transcribir las estipulaciones que definían la noción de impuestos y la de reconocimiento de mayores o menores costos, el tribunal señaló:

“De las cláusulas transcritas se infiere que las partes pactaron un régimen específico de distribución de riesgos, en el cual fijaron una regla general y unas excepciones puntuales.

La regla general, como quedó dicho, señala que todos los riesgos de ocurrencia de circunstancias sobrevinientes que incrementen los costos y gastos del propietario, o que de alguna manera hagan más oneroso el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, ha de asumirlos este último, de suerte que él deberá soportar los deméritos patrimoniales ocasionados por tales circunstancias, lo que le impide reclamarles a las demandadas indemnizaciones a causa de la realización de los aludidos riesgos.

En cuanto a las excepciones a la mencionada regla general, los contratantes las circunscribieron a los “reconocimientos de mayores o menores costos, que expresamente se prevean en este contrato”.

Para el tribunal, conocida claramente la voluntad de los contratantes plasmada en la regla general, y el carácter puntual de sus excepciones, ha de procederse a precisar el alcance de estas últimas mediante una interpretación restringida del texto contractual que las contempla, sin dar cabida a ampliaciones analógicas o a construcciones extensivas de las mismas, pues con ello se vulneraría la voluntad manifestada palmariamente por las partes.

Se tiene así que la cláusula décima del contrato limita los reconocimientos de mayores o menores costos, por concepto de impuestos, a dos hipótesis específicas, a saber: “cuando se presenten variaciones en las tarifas de impuestos colombianos vigentes, o se creen nuevos impuestos...”.

Es claro que las estipulaciones transcritas difieren en su espíritu, propósito y alcance de las plasmadas en el contrato que vincula a Tebsa y a Corelca.

Esto es así, por cuanto en el presente caso, a diferencia del tratado en el laudo citado, las partes pactaron los cargos (remuneración a Tebsa) con base en la información que incluyeron como “datos de referencia”, y estipularon que si las circunstancias reales diferían respecto de estos, se haría el “cambio equitativo en el cargo...”. Esta redacción supone un ámbito más amplio, que impide la interpretación literal, taxativa y restringida por la que propugna Corelca, pues con ello se quebrantaría el querer de las partes, plasmado en sus estipulaciones (cláusulas 7.5.1. y 7.5.2., anexo L y acta suscrita en Nueva York). Para corroborar lo dicho, basta con observar el texto abierto de la cláusula 7.5.2 del PPA, según la cual “... si durante el término del contrato, las condiciones reales difieren de los datos de referencia, entonces habrá lugar a un cambio equitativo...”.

En síntesis, la regla general de la cual se parte en este caso es distinta de la que gobernaba las relaciones entre las partes en el proceso arbitral que cita la convocada; en efecto, en el contrato PPA las partes convinieron en que **cualquier** cambio en ley, en materia distinta de aquellos aspectos puntualmente previstos en las cláusulas y estipulaciones transcritas, daría lugar al ajuste en los cargos. Por el contrario, en el contrato celebrado entre Gases de Boyacá y Ecopetrol, lo convenido fue que **ningún** cambio en las circunstancias sobrevivientes que incrementara los costos del contratista daría lugar a ajuste del precio pactado, excepción puntual hecha de aquellos eventos (“reconocimiento de mayores y menores costos”) previstos en ese contrato.

Nótese que en el contrato suscrito entre Tebsa y Corelca la remuneración (cargos) pactada en favor de la primera fue estructurada con base en sus costos y para el cálculo de estos se partió de ciertos supuestos definidos con apoyo, entre otros, en la normatividad vigente en una fecha específica. Las partes convinieron adicionalmente que la remuneración así establecida sería objeto de ajuste equitativo, en el evento de que los costos de la convocante sufrieran alteración por cambio en los supuestos tenidos en cuenta, lo cual podría ocurrir por modificación en el texto o en la interpretación de las normas aplicables.

De lo anterior se deduce la existencia en este caso de un tratamiento más amplio y flexible para el ajuste de las remuneraciones del contratista, que el previsto en el contrato analizado en el proceso antes referido entre Gases de Boyacá y Santander, por una parte, y Ecogas y Ecopetrol, por otra. De ahí la aplicación de reglas de hermenéutica distintas, dándole prelación, para el presente proceso, a la interpretación sistemática y a la interpretación auténtica de las estipulaciones negociales.

B. El apoderado de la parte convocada argumenta, como se anotó, que la interpretación de la cláusula 7.5 del contrato ha de ser literal y restringida, lo que lo lleva a sostener que los distintos requisitos contemplados en el N° 7.5.1 del constituyen condiciones necesarias y acumulativas, para que pueda reconocerse la ocurrencia de un “cambio en ley”.

Para respaldar su posición el mencionado apoderado complementa la exigencia de una interpretación restrictiva, con el siguiente argumento de redacción y gramática:

“Para que ello sea así, (para que exista un cambio en ley) deben cumplirse simultáneamente... las tres condiciones suspensivas de que trata la cláusula en mención. A ello se refieren el “si” condicional con el que termina el inciso primero del numeral 7.5.1 en estudio, y la puntuación que separa cada uno de los numerales (un simple punto y coma con significado necesariamente copulativo).

Recordemos las tres condiciones:

1. Si el cambio en ley se relaciona con la reglamentación de la generación eléctrica y la prestación del servicio de energía eléctrica así como con los requisitos ambientales que apliquen a la planta y que afecten los costos de Tebsa;
2. Si el cambio en ley afecta el costo de construir y/u operar la planta, incluyendo los cambios relacionados a impuestos;
3. Si el cambio en ley afecta el costo de financiar la planta”.

El tribunal observa, respecto del aludido argumento gramatical, que el diccionario de la lengua española no le otorga al punto y coma un significado copulativo, pues lo describe como un “signo ortográfico con que se indica pausa mayor que en la coma, y menor que con los dos puntos. Empléase generalmente antes de cláusula de sentido adversativo”⁽¹³⁾.

Por su parte, el diccionario de uso del español de María Moliner señala:

“Punto y coma (;). Este signo ... puede, por un lado, substituir a la coma en casos en que conviene o es admisible una pausa con completa suspensión de la voz; y, por otro, usarse con el valor de punto entre cláusulas de sentido muy relacionado”.

No tiene, pues, el punto y coma el significado que le atribuye Corelca para efectos de que los tres numerales de la cláusula 7.5.1 del PPA se miren como condiciones necesarias y acumulativas para que se presente un cambio de ley.

Para el tribunal —con el fin de establecer la real intención de los contratantes, según lo ordena el artículo 1618 del Código Civil— deben analizarse, en conjunto y coordinadamente, mediante la “Regla de la armonía de las cláusulas”⁽¹⁴⁾, las distintas estipulaciones que conforman el régimen de los “cambios de ley”, que, como se dijo, está compuesto por las previsiones contenidas en la cláusula 7.5, en el anexo L y en el acta suscrita en Nueva York.

La aludida regla de hermenéutica está consagrada en el inciso primero del artículo 1.622 del Código Civil, según el cual “las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”.

El análisis integrado de las estipulaciones bajo estudio permiten inferir que la voluntad de las partes, al momento de celebrar el contrato, estaba dirigida a que se llevaran a cabo ajustes a las remuneraciones pactadas (cargos), en la medida que modificaciones introducidas en la normatividad aplicable alteraran los supuestos establecidos por los contratantes para las proyecciones financieras que efectuaron, con la consiguiente variación de los costos presupuestados de Tebsa.

La interpretación de la convocada, de ser acogida, dificultaría en grado sumo la realización del propósito de las partes, tal como ha sido descrito, pues sería muy difícil, por no decir imposible, encontrar una hipótesis de cambio de ley que cumpla con todas las condiciones acumulativas señaladas.

En efecto, el primer evento previsto en el numeral 1º de la cláusula 7.5.1, se refiere al cambio de reglamentación relativa a la generación eléctrica, la prestación del servicio de energía y los requisitos ambientales. Esta hipótesis podría ocurrir, por ejemplo, si se expidieran disposiciones que obliguen a la planta a utilizar nuevos equipos o instrumentos destinados a reducir la emisión de gases. El incremento de los costos derivados de la adquisición, montaje, operación y mantenimiento de tales equipos e instrumentos daría lugar, por sí solo, a un ajuste en la remuneración (cargos) establecida en favor de la convocante, en razón del cambio de ley generador de dicho incremento.

El numeral 2º de la misma cláusula se centra en el caso de la modificación de los costos de construcción y/u operación de la planta, producida por cambios de ley, evento que se presenta cuando una nueva normatividad afecta los supuestos básicos sobre los cuales se desarrollaron las proyecciones financieras que sirvieron para determinar tales costos y las consiguientes remuneraciones en favor de Tebsa.

El mismo numeral cita —como caso ilustrativo del alcance de la hipótesis que el contiene— el cambio en la normatividad impositiva, que, de producir una alteración en los supuestos y costos originales tenidos en cuenta, dará lugar, sin exigirse otros requisitos, a un ajuste en las remuneraciones pactadas.

La mención que este numeral hace a los cambios en ley “relacionados con impuestos” denota que la noción de “costo” empleada allí por los contratantes corresponde a la primera aceptación que de ese vocablo se encuentra en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, según el cual costo es la “cantidad que se da o se paga por algo”. Esta interpretación se encuentra dentro del ámbito de la regla establecida en el artículo 823 del Código

de Comercio, a cuyo tenor, “los términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano”, prevaleciendo en este caso, a juicio del tribunal, “el sentido natural y obvio” que en nuestra lengua tiene la palabra “costo”.

No concuerda por tanto el tribunal con la noción de “costo” por la que propugna la convocada, en cuyas palabras el impuesto de renta no es un costo, toda vez que este último es “un concepto que sirve para determinar la renta bruta, la cual a su vez sirve para determinar la renta líquida, de la cual se obtiene la renta gravable. Sobre esta última se aplica el impuesto de renta. De tal manera, es imposible confundir costo con impuesto de renta o afirmar que este constituye un costo”.

Esta interpretación restringida del vocablo “costo” no puede ser acogida, toda vez que el mismo se utiliza en los tres numerales de la cláusula 7.5.1 con un alcance mucho más amplio, para poder abarcar las diferentes hipótesis de “afectación de costos” que allí se contemplan.

Por lo demás, la polémica acerca de si bajo el contrato las modificaciones en la normatividad sobre el impuesto de renta constituyen o no cambios en ley, que podrían dar lugar a variaciones en las remuneraciones a favor del contratista, es un debate superado —en opinión del tribunal— dado que en el acta suscrita en Nueva York las partes interpretaron en forma directa y auténtica el alcance y contenido de los pactos previstos en la cláusula 7.5 del contrato y en su anexo L.

Fue así como en dicha acta, y en particular en sus anexos A1 y A2, los contratantes reflejaron su genuino entendimiento sobre esta materia, mostrando con el ejemplo que allí se desarrolla, que la diferencia entre los impuestos reales, incluidos el de renta, y los proyectados originalmente, habrá de dar lugar al ajuste de los cargos establecidos como contraprestación de las obligaciones contraídas por la convocante. Por esta razón, y por las que adelante se aducen y analizan en apartado especial, el tribunal considera que los cambios normativos sobre el impuesto de renta sí tienen la virtualidad de afectar los costos de operación de la planta, constituyendo un evento de cambio en ley, del que podría derivarse un ajuste equitativo de la remuneración de Tebsa.

El tercer caso de cambio en ley se refiere al evento de que con dicho cambio se afecte el costo de financiar la planta, lo cual podría ocurrir, verbigracia, si una nueva disposición exigiera la utilización de determinado canal o intermediario cambiario para girar al exterior el principal y los intereses de los créditos otorgados para financiar la construcción de la planta, de manera que las eventuales mayores comisiones que podrían desprenderse de utilizar dicho canal o intermediario, podrían implicar la afectación de los costos de Tebsa, dando lugar a un ajuste de su remuneración por cambio en ley.

De acuerdo con los ejemplos precedentes sobre los distintos supuestos de cambio de ley, es evidente que los tres numerales de la cláusula 7.5.1 se refieren, cada uno, a hipótesis independientes, que conducen, de manera autónoma, a ajustes equitativos de los cargos que remuneran los servicios que presta la convocante, al tenor de lo pactado en el contrato PPA.

No pueden considerarse esas hipótesis como condiciones necesarias y acumulativas para que procesa un cambio en ley, pues, de ser así, se harían nugatorias las estipulaciones contractuales que regulan las consecuencias provenientes de modificaciones normativas, cuando quiera que estas alteren los costos de Tebsa.

C. Ahora bien, la manera prevista por los contratantes para compensar la alteración de los costos de la convocante, en comparación con los originalmente proyectados, es a través de un “ajuste equitativo” o de un “cambio equitativo” hecho en la facturación correspondiente, ajuste que debería ser resultado del acuerdo de las partes.

Dicho “ajuste equitativo” no se definió en el contrato bajo examen, ni en el anexo L del mismo.

Sin embargo, en el acta suscrita en Nueva York, que refleja el cumplimiento del compromiso de llegar a un acuerdo entre las partes pactado en la cláusula 5.2 del contrato, y que, se repite, contiene la interpretación directa y auténtica de los contratantes respecto de algunos aspectos importantes del régimen sobre “cambios en ley”, se encuentran claros elementos de juicio suficientes para inferir el entendimiento mutuo y genuino de las partes sobre el alcance y medida del “ajuste equitativo”.

En efecto, a través del ejercicio que se desarrolla en los anexos A1 y A2 del acta, se observa que el “ajuste equitativo” —el cual debe reflejar, según lo establece la cláusula 7.5.1, los aumentos o disminuciones de costos— equivale a la diferencia exacta entre las erogaciones reales a cargo de Tebsa, correspondientes a los rubros o supuestos definidos en el contrato PPA, y los costos proyectados para determinar las remuneraciones de dicha empresa. Es por ello que en el ejercicio a que nos referimos —mediante el cual se muestra la manera de ajustar las facturas mensuales para introducir en el cargo por capacidad, por ejemplo, un ajuste equitativo para compensar los efectos de un “cambio en la ley”— se le suman al mencionado cargo los impuestos reales y se le restan los impuestos proyectados, siendo la diferencia el monto a reconocer por concepto de ajuste equitativo. Por tanto, un peso de diferencia debe compensarse con un peso de ajuste en la factura. Ese es el sentido de equidad que se deduce del caso que, a modo de ilustración, se presenta en los aludidos anexos A1 y A2 del acta suscrita en Nueva York.

D. Para que pueda exigirse el ajuste equitativo por “cambio en la ley”, es menester que dicho cambio haya producido una alteración en los costos no menor de USD 50.000, tal como lo previene el último inciso de la cláusula 7.5.1.

Ha de entenderse entonces que, con el fin de cumplir este requisito de monto mínimo, podrán formularse reclamaciones individuales, esto es, que comprendan un solo evento, cuyo monto sea igual o superior a la mencionada cantidad, o reclamaciones que acumulen distintos eventos de alteración de los costos, que tengan una misma causa y cuya suma llegue a la cuantía mínima indicada, o la exceda.

En todo caso, la variación de más de USD 50.000, deberá provenir de cada cambio de ley en particular. Así por ejemplo, las secuelas generadas por una modificación puntual de la legislación sobre el impuesto de renta, deberán producir cambios de costos, en uno o más años, por un valor al menos igual al aludido. Y lo propio deberá ocurrir con cambios en la normatividad sobre el IVA; o sobre los derechos de aduana.

Pero no podrán sumarse, para completar la cantidad exigida, los aumentos de costos producidos por los cambios normativos relativos a dos o más tributos, dado que las consecuencias de cada uno de tales cambios deberán apreciarse y reclamarse separadamente.

E. Corelca plantea otra excepción, en el sentido de que todas las pretensiones de Tebsa que persiguen resarcimiento por los “cambios en ley” ocurridos son extemporáneas, por cuanto de tiempo atrás precluyó la oportunidad que tenía la convocante para formular dichas pretensiones.

Esta defensa la respalda la convocada en lo dispuesto por la cláusula VIII, numeral 8.2.4(3) del contrato, la cual dispone:

“Las partes renuncian a todo reclamo derivado de ajustes por cualquier entrega de energía neta y de capacidad efectuada con más de seis (6) meses de anterioridad a la fecha del reclamo”.

Las cláusulas 4.2 y 4.3 del contrato PPA se refieren a las mencionadas obligaciones de Tebsa de entrega de energía y puesta a disposición de la capacidad.

La primera de estas previsiones establece que la mencionada empresa “prestará el servicio de energía eléctrica a Corelca poniendo a disposición de Corelca la capacidad disponible en los puntos de interconexión y Corelca pagará por dicha capacidad disponible mensualmente, de conformidad con los términos y condiciones estipulados en el presente contrato”.

Por su parte, la cláusula 4.3 dispone que “... Tebsa prestará el servicio de energía eléctrica mediante la producción y la entrega a Corelca, y esta recibirá y adquirirá de Tebsa, la energía neta de la planta en los términos y condiciones estipulados en el presente contrato”.

Para Corelca, la renuncia a formular reclamaciones, en los términos de la cláusula 8.2.4 (3) del PPA, es una renuncia “legal y válida”. Agrega la convocada que, según la cláusula VIII “Facturación y forma de pago”, Tebsa debe facturar mensualmente todos los conceptos causados en ese período, entre ellos, los cargos por entrega de energía neta y por capacidad, junto con los ajustes correspondientes a dicha entrega por cambios de ley que

excedan de USD 50.000.

Puntualiza que si la convocante no actúa de esta manera, “y deja pasar 6 meses contados a partir de la época de la entrega de la energía neta a la que se refiere el reclamo de ajuste, está renunciando al respectivo reclamo, esto es, al derecho al ajuste que pretendía tener...”; “igual ocurriría si efectivamente Tebsa factura oportunamente el reclamo de ajuste, pero Corelca glosa la facturación del ajuste y Tebsa deja pasar 6 meses sin reclamar, contados los seis meses a partir de la entrega de la energía neta (o de capacidad) que dio origen al ajuste objeto del eventual reclamo”.

Frente a esta argumentación de Corelca, el tribunal ha de determinar que el alcance de la estipulación contenida en la cláusula 8.2.4(3) del contrato PPA debe establecerse de manera puntual y taxativa, sin elaboraciones analógicas ni construcciones extensivas, en la medida en que en el campo de las relaciones negociales los contratantes quieren siempre conservar sus derechos y mantener los medios para su cabal ejercicio, toda vez que entienden que ellos constituyen la justa y proporcionada contraprestación por las obligaciones que a su turno contrajeron en favor de su co-contratante. Así las cosas, ha de entenderse que los titulares de tales derechos no tienen la intención de renunciarlos, ni de recortar su alcance, ni de cercenar sus efectos, a menos que así lo manifiesten clara, expresa y específicamente. Por el contrario, sin una declaración que refleje fielmente, vale decir, de manera unívoca, ese querer, no puede inferirse una voluntad implícita de renuncia o de abandono de las prerrogativas derivadas del contrato.

En este orden de ideas se observa que la renuncia prevista en la indicada cláusula 8.2.4(3), se refiere a reclamos derivados de ajustes por entregas de energía neta y de capacidad. No se mencionan aquí reclamos por ajustes resultantes de cambios en ley. Bien puede pensarse que los reclamos por ajustes en las entregas versen sobre las diferencias surgidas en relación con las cantidades efectivamente suministradas por Tebsa y recibidas por Corelca.

Nótese a este respecto que en el anexo A1 del acta suscrita en Nueva York se presenta la forma de ajustar la factura del cargo por capacidad para introducir los “ajustes por cambios en la ley tributaria”.

En el anexo B1 de la misma acta se desarrolla la forma de presentar la factura de cargo de energía, para introducir ciertos ajustes distintos a los generados por los cambios en ley. En dicha factura, en el numeral 4º, se especifica la “energía entregada”.

Entiende así el tribunal que diversos ajustes pueden hacer variar el monto de los cargos (remuneraciones) establecidos en favor de Tebsa, entre ellos ajustes relacionados con las cantidades de energía entregada o de capacidad puesta a disposición de Corelca, y ajustes originados en cambios en ley. La cláusula 8.2.4(3) del PPA solo se refiere a los reclamos sobre los primeros, de suerte que solo respecto de estos opera la renuncia, si en el lapso de seis meses no se han formulado las reclamaciones correspondientes.

Adicionalmente, a la fecha de celebración del contrato, no podía dársele a las estipulaciones sobre “facturación y forma de pago” (cláusula VIII) la interpretación y el alcance que sostiene la convocada, esto es, que en el mismo mes en que se presentara un cambio en ley, Tebsa debía facturar el ajuste correspondiente, modificando así el cargo de energía, o el cargo de potencia disponible, facturado para ese período.

En efecto, no puede admitirse que existiere la posibilidad de corregir inmediatamente la facturación para introducir los ajustes por cambios en ley, toda vez que la cláusula 7.5.2 establece que ese ajuste debe hacerse mediante un “cambio equitativo” en el cargo correspondiente, “que será acordado por las partes”.

Este procedimiento requería de un proceso de análisis más o menos prolongado, para que las partes decidieran lo que en cada caso entendían como ajuste equitativo. Luego no sería razonable exigir que Tebsa facturara los ajustes en el mismo mes de la entrega de energía, ni contar a partir de esta el período de seis (6) meses para que operara la renuncia de los derechos de la convocante a reclamar los ajustes por el cambio en ley.

Es verdad que a partir del acta suscrita en Nueva York no es menester adelantar en cada caso un proceso de negociaciones entre los contratantes para determinar los ajustes equitativos por cambio de ley tributaria, pues con dicha acta se definió implícitamente por vía general qué se entiende por equitativo, tal como se explicó precedentemente. Pero cuando se redactó y celebró el contrato las partes entendían que los ajustes equitativos

debían definirse mediante acuerdos directos entre ellas, lo cual impedía asegurar que la facturación de los mismos habría de hacerse en el mismo mes en que ocurrían las variaciones de costos producidas por las modificaciones normativas.

En síntesis, el tribunal estima que la renuncia de que trata la cláusula 8.2.4(3) del contrato PPA no es aplicable a los reclamos por ajustes derivados de cambios en ley.

III.2. Análisis específico en relación con las pretensiones y excepciones respecto de ajustes por cambios en ley en materia de impuestos.

A. “Ajustes en el cargo por capacidad que Tebsa haya realizado desde enero de 1999 por concepto de impuesto de renta y complementarios...”.

El apoderado de la parte convocada funda su excepciones frente a las pretensiones de la demanda de Tebsa relacionadas con los cambios en ley en materia de impuesto sobre la renta en tres aspectos: 1. La improcedencia de la pretensión de Tebsa frente al tenor del PPA; 2. La falta de diligencia de Tebsa en determinar su impuesto en la etapa precontractual y durante toda la existencia de la sociedad y, 3. La improcedencia de considerar las retenciones en la fuente como un cambio en ley.

1. La improcedencia de la pretensión de Tebsa frente al tenor del PPA.

Desde un principio, en la fase precontractual, aparece claramente que Tebsa tenía calculado dentro de sus costos —luego en la estimación de sus utilidades— que sus accionistas diferentes de Corelca pagarían impuesto de renta a la tarifa del 30% (con un recargo del 25% hasta 1997), a pesar de que la sociedad no tenía que pagar impropormenta por no ostentar en aquella época la calidad de contribuyente. Es decir, Tebsa contempló el impuesto de sus accionistas extranjeros conforme las condiciones vigentes entonces, de manera que lo asumía y no lo cargaba (en términos de la mecánica que luego se adoptó en el contrato), sin que ello significara ni implicara una renuncia a pactar o a reclamar ajustes por cambios en ley sobre futuros nuevos impuestos e incremento de tarifas aplicables a la sociedad y a sus accionistas diferentes de Corelca.

Así, bajo el esquema de ajustes contemplado en los anexos A1 y A2 del acta suscrita por las partes en Nueva York, si no se hubieren suscitado cambios en ley en materia de impuesto de renta, el único ajuste en la facturación de Tebsa habría consistido en una disminución equivalente al 30% (más 25% de recargo hasta 1997), correspondiente al impuesto proyectado de los accionistas extranjeros que, se repite, Tebsa previó en la estimación de sus utilidades.

Pero como posteriormente se originaron cambios en ley en materia de impuesto de renta, entraron a operar los ajustes que incrementan la remuneración de Tebsa conforme con la mecánica dispuesta por las partes en el acta suscrita en Nueva York. En efecto, tales ajustes por cambios en ley surgieron porque: a) por virtud de la ley Tebsa se convirtió en contribuyente del impuesto de renta a partir del año de 1996; b) la exención que posteriormente le otorgó la Ley 223 de 1995 se fue disminuyendo paulatinamente a través de los años; c) la tarifa de impuesto de renta de Tebsa y la de los dividendos de los accionistas se fue incrementando; d) Corelca decidió unilateralmente practicarle a Tebsa retención en la fuente; e) algún tiempo después surgió la obligación de practicar retención o auto-retención sobre las facturas expedidas por Tebsa⁽¹⁵⁾.

La dinámica del mecanismo pactado supone que, de acuerdo con la fórmula establecida por el artículo 49 del estatuto tributario para evitar la doble tributación, en la medida en que Tebsa, año a año, no pague impuesto de renta sobre sus utilidades, los accionistas lo pagan cuando las mismas se les distribuyan (pago o abono en cuenta) a título de dividendo. Pero en la medida en que Tebsa tribute sobre sus utilidades, cuando estas se repartan a los accionistas estos no tributan sobre el dividendo correspondiente⁽¹⁶⁾.

La situación aquí descrita técnicamente quedó reflejada y pactada en los anexos A1 y A2 del acta suscrita por las partes en Nueva York, así:

Impuesto de renta real que se adiciona a la facturación según el anexo A1.

A1. “19c) Imporenta (sic) Tebsa y de sus accionistas, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la eliminación de la doble tributación con respecto a la tasa base de impuesto del 30%...”.

Impuesto de renta proyectado que se resta de la facturación según los anexos A1 y A2.

A2. “4) Total imporenta (sic) proyectado de Tebsa...(equivalente a 0%; todos los impuestos fueron pagados a nivel de accionistas).

(...).

A2. “6a) Total imporenta (sic) proyectado accionista (30%).

A2. “6b) Recargos imporenta (sic) accionista proyectados (25% hasta 1997, 0% después)”.

Ahora bien, dentro de este marco conceptual, el tribunal entra a continuación a efectuar al análisis en concreto de las excepciones formuladas.

Arguye inicialmente Corelca la improcedencia del ajuste por cambio en ley del impuesto de renta basándose en que este no es un “costo”, aspecto sobre el cual páginas atrás ya se pronunció este tribunal, estimando que la utilización contractual de la acepción “costo” debe entenderse según su sentido natural y obvio, esto es, acorde con su definición general enciclopédica, según la cual es la “cantidad que se da o se paga por algo”.

En estos términos es que la voluntad de las partes expresada en el contrato, sus anexos y acuerdos suscritos posteriormente —ley para las partes— entendió la referencia a “costos”, como quiera que los tres numerales de la cláusula 7.5.1 asocian los “costos” a una temática en que necesariamente se impone una concepción amplia, incluyendo en forma expresa los impuestos, concepto este que desde la perspectiva de la ciencia contable usualmente se clasifica dentro del rubro de los “gastos”. Por ejemplo, mientras la cláusula 7.5.1 identifica y califica en forma expresa los impuestos⁽¹⁷⁾ como “costos”, la reglamentación de la contabilidad contenida en el plan único de cuentas (PUC), expedida mediante Decreto Reglamentario 2650 de 1993, artículo 15, ordena registrar los impuestos, de carácter obligatorio a favor del Estado, como gastos operacionales de administración (clase 5, grupo 51).

Así pues, basta hacer alusión a este ejemplo para desvirtuar cualquier interpretación tendiente a afirmar que, en el contrato que nos ocupa, la voluntad de las partes fue la de atribuible a la palabra “costo” un carácter estrictamente técnico porque, si así fuera, el PPA no habría encasillado los impuestos dentro de la concepción de “costos”, siendo que su tratamiento técnico contable es el de “gastos”.

El artículo 15 del Decreto Reglamentario 2650 de 1993 también trata el impuesto de renta y complementarios como un gasto (clase 5, grupo 54)⁽¹⁸⁾, de donde se desprende la manifiesta voluntad de las partes para identificarlo como un “costo”, para sus propósitos contractuales, acorde con la concepción amplia que de este término adoptaron. Es más, el propio apoderado de la parte convocada lo califica como un “costo”, en su sentido natural y obvio, al expresar: “**Los costos** de Tebsa que no tienen que ver con los objetivos acabados de señalar en forma taxativa, pero que aún así Tebsa trata de incluirlos dentro del concepto en cuestión, **como por ejemplo el impuesto de renta de Tebsa**”⁽¹⁹⁾ (se subraya).

Pero si alguna duda persistiere, de todas maneras este tribunal no puede desconocer que las partes, de común acuerdo, especificaron en forma clara e inequívoca en el acta suscrita en Nueva York, en sus anexos A1 y A2, que la diferencia entre los impuestos pagados efectivamente, **incluidos el de renta de Tebsa y sus accionistas**, y aquellos que fueron proyectados, darían lugar a un ajuste en la facturación que debía presentar Tebsa, y que dicho ajuste sería el que desde la suscripción del contrato se acordó y calificó por las partes como equitativo. Una lectura sistemática de las diferentes piezas contractuales evidencia que la voluntad manifestada por las partes es que todos los impuestos constituyen “costo” para efectos de los ajustes pactados.

Con base en las consideraciones precedentes, el tribunal estima que el concepto técnico contable de “costo” no es aquí aplicable, porque aparece claramente que se ha tomado en sentido diverso, según el tenor de lo dispuesto por el artículo 29 del Código Civil.

En cuanto a este aspecto solo resta estimar de improcedente el alegato formulado por la parte convocada según el cual el impuesto de renta no es un costo para los propósitos contractuales, porque “el costo es un concepto que sirve para determinar la renta bruta, la cual a su vez sirve para determinar la renta líquida, de la cual se obtiene la renta gravable. Sobre esta última se aplica el impuesto de renta”.

No es jurídicamente admisible tomar la estructura del proceso de depuración de la renta del impuesto de renta en Colombia, que no necesariamente tiene que ver con la concepción financiera, mercantil o contable del concepto de “costo”, para de allí engendrar la conclusión de que el impuesto de renta no es un costo en que incurre Tebsa para desarrollar, diseñar, construir, poner en operación, operar y ser propietaria de la planta.

El legislador tributario muchas veces en virtud de una ficción hace que, por ejemplo, una inversión sea deducible a título de costo o de gasto, siendo que financiera o contablemente tal inversión no afecta los estados de resultados. Incluso, para aliviar a los contribuyentes o para incentivar el pago anticipado del impuesto de renta en un momento de afugia económica, podría disponer que este, o parte de este, fuera deducible a título de costo o gasto si se paga o anticipa oportunamente, aunque ello resultare antitécnico e incoherente. Se plantean estos ejemplos o hipótesis para significar que la estructura adoptada por el legislador tributario para establecer el proceso de depuración de la renta puede diferir —y normalmente lo hace— de las concepciones técnico-contables para la determinación de la utilidad, razón por la cual este argumento planteado por Corelca no está llamado a prosperar.

Las demás argumentaciones esgrimidas por Corelca tendientes a demostrar la improcedencia del ajuste por cambio en ley del impuesto de renta ya han sido analizados en páginas anteriores por este tribunal, cuales son: la exigencia simultánea de las tres condiciones estipuladas en la cláusula 7.5.1 del contrato; la interpretación del anexo L en lo referente a si Tebsa consideró el impuesto de renta en la etapa precontractual; la exigencia de que los cambios o ajustes equitativos deben ser acordados por las partes y la interpretación del acta suscrita en Nueva York frente a los derechos de las partes bajo la cláusula 7.5 del PPA; y la renuncia de las partes “a todo reclamo derivado de ajustes por cualquier entrega de energía neta y de capacidad efectuada con más de seis (6) meses de anterioridad a la fecha de reclamo”.

2. La falta de diligencia de Tebsa en determinar su impuesto de renta durante la etapa precontractual y durante toda la existencia de la sociedad.

A. En la etapa precontractual:

En su alegato de conclusión la convocada arguye que Tebsa obró con negligencia en la etapa precontractual, quebrantando la exigencia contemplada en el artículo 863 del Código de Comercio, según el cual “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período contractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

A juicio de la convocada, el comportamiento reprochable de la demandante —del cual se derivaría una culpa *in contrahendo* que la haría civilmente responsable— habría consistido en no indagar apropiadamente cuáles eran los impuestos que, a la sazón, se encontraban vigentes o podían llegar a gravar sus propiedades, actividades y negocios.

A este respecto señala Corelca que los términos de referencia, en su sección IV-2, ítem 2.2.11, preveían lo siguiente:

“Gravámenes, impuestos y otros cargos. Todos los impuestos, gravámenes y otros cargos relacionados, aplicados dentro y fuera de Colombia a la sociedad, sus contratistas, suministradores y su personal, así como sobre los materiales, equipos y el contrato de construcción con relación a la ejecución del proyecto, dentro y fuera de Colombia, serán asumidos por la sociedad”.

Mediante comunicación del 23 de diciembre de 1993, Corelca le solicitó al consorcio que posteriormente constituiría a Tebsa, que explicara las razones por las cuales no incluyó el impuesto de renta en su propuesta.

Dicho consorcio, con escrito del 30 de diciembre de 1993, dio respuesta a la aludida solicitud, justificando su decisión en la exención consagrada en el entonces artículo 16 del estatuto tributario y puntualizando lo siguiente:

“Es importante anotar, que toda vez que en la legislación colombiana no se contempla la doble tributación, la circunstancia de que la sociedad no sea contribuyente del impuesto de renta, no implica que este no deba ser cancelado por los accionistas al momento de recibir los respectivos dividendos. Por lo anteriormente expuesto, el hecho de la exención mencionada en nada afecta el cálculo de las tarifas que fueron presentadas en nuestra propuesta”.

Cabe advertir, respecto de las citas que se transcriben, tanto de los términos de referencia como de la comunicación del consorcio, que dichas manifestaciones obviamente hacen referencia a las circunstancias imperantes en el momento en que se produjeron, esto es, a los impuestos (con sus correspondientes tarifas) vigentes en tales épocas.

Estos aspectos fueron analizados en la evaluación de las propuestas llevada a cabo por las firmas Aene y Lahmeyer Internacional, en cuyo informe se lee que el único proponente que no incluyó el impuesto de renta fue el consorcio a que nos referimos.

Así las cosas, los evaluadores, para la calificación de la propuesta bajo examen, optaron por hacerlo con base en el siguiente supuesto:

“Opción 2. Mantener la tarifa.

Bajo el supuesto de que la tarifa no variará, el rendimiento después de impuestos bajará por la aplicación de los impuestos. Como ABB manifiesta en su aclaración, la exención de Tebsa solamente difiere el pago del impuesto de Tebsa al inversionista. Esto es válido para los inversionistas nacionales e internacionales. Por lo tanto, el rendimiento después de impuestos no varía para los accionistas. ABB manifiesta que la aplicación del impuesto a la renta no varía su tarifa”.

A partir de esta premisa, los evaluadores escogieron la alternativa del mantenimiento de la tarifa, lo cual hicieron con las reflexiones que se transcriben:

“En la carta de presentación de la oferta el consorcio garantiza unas tarifas firmes “con impuestos” y “sin impuestos””.

En aclaración escrita el consorcio afirma que el impuesto de renta se incluyó como parte de los costos de los inversionistas y que los mismos se recuperan a través de la rentabilidad prevista, por lo cual en el caso de Tebsa ser requerida a pagar dicho impuesto, **los dineros provendrían de una reducción de los dividendos de los accionistas y no de un aumento en las tarifas**. Señala adicionalmente que en las revisiones llevadas a cabo mediante el uso del modelo financiero, utilizado para efectos de evaluación, se observa que con el ajuste de los Impuestos a la renta el proyecto continúa siendo financieramente factible.

Corelca, con apoyo en los antecedentes descritos, afirma que Tebsa no puede reclamar ajustes por cambios en ley en el impuesto de renta, ya sea por cuanto previó ese tributo según la normatividad vigente en la fecha de cierre de la convocatoria, en cuyo caso ya no procede su cobro, ora en razón de no haberlo tenido en cuenta, hipótesis en la cual habría obrado sin buena fe exenta de culpa, induciendo a Corelca a creer, equivocadamente, que estaba contratando con una firma que había incluido en sus cálculos el mencionado impuesto.

En síntesis, la convocada pide que se rechace esta pretensión de Tebsa, pues esta se comprometió a que el impuesto de renta no afectaría sus tarifas.

Para la determinación del preciso alcance de las manifestaciones de Tebsa, vertidas en su oferta y en las comunicaciones atrás reseñadas, es menester interpretarlas a la luz de los distintos instrumentos en los que quedaron plasmadas las expresiones de voluntad de los contratantes respecto del tratamiento de los cambios en ley en punto al impuesto de renta⁽²⁰⁾.

Para esta tarea hermenéutica debe acudir, ante todo, a lo dispuesto en la cláusula 7.5.1 del contrato PPA, en donde se señala que las remuneraciones en favor de Tebsa fueron determinadas con base en sus costos, tomando en cuenta la normatividad imperante el 26 de noviembre de 1993, y advirtiendo que cualquier cambio ulterior en la legislación aplicable daría lugar a un ajuste equitativo.

Por su parte, la cláusula 7.5.2 reitera que las indicadas remuneraciones se calcularon según los supuestos descritos en el anexo L, reafirmando que si las condiciones reales llegaren a diferir de esos supuestos, procedería un cambio equitativo en las tarifas.

El anexo L menciona, dentro de los supuestos establecidos para la determinación de los costos de Tebsa y el consiguiente nivel de los cargos (remuneraciones en favor de la convocante), al impuesto de renta, en los siguientes términos:

“Las proyecciones financieras se determinaron asumiendo que Tebsa no paga impuesto de renta. Los accionistas pagarán impuesto de renta sobre todos los dividendos distribuidos, según las tasas siguientes:

hasta 1997 37.5%

1997 + 30%

Corelca, como entidad gubernamental, no tiene que pagar impuesto de renta sobre sus dividendos. Todos los impuestos de renta se asumieron que se pagaban al año siguiente al gasto de impuesto de renta”.

En concordancia con estas previsiones, en los anexos A1 y A2 del acta de Nueva York —cuyo propósito, se reitera, es el de establecer de común acuerdo “los criterios y la metodología para implementar la intención y el objetivo del numeral 7.5” del contrato—, se muestra la forma como se proyectó el impuesto de renta y la manera de calcular las modificaciones generadas por cambios en la ley que lo regula.

Sobre esta materia, el anexo A1 establece que para los “Ajustes por cambios en ley tributaria”, se deben sumar los “impuestos... reales adicionales”, entre ellos el impuesto de renta de Tebsa y de sus accionistas, explicando a continuación, en el renglón 19c) lo siguiente:

“19c) Imporenta (sic) Tebsa y de sus accionistas, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la eliminación de la doble tributación con respecto a la tasa base de imporenta (sic) del 30%. El monto de este impuesto es igual a la suma de todos los pagos en efectivo hechos por o en nombre de Tebsa o de sus accionistas con respecto a obligaciones de imporenta (sic) colombiano (sic) represente esos pagos, retenciones, pagos finales, cuotas, anticipos, evaluaciones adicionales, recargos u otros aspectos o elementos de la ley tributaria colombiana”.

El anexo A2 indica los impuestos proyectados, esto es, los que fueron objeto de las proyecciones financieras llevadas a cabo para determinar el monto de las remuneraciones de Tebsa. En los reglones 4, 5, 6a y 6b puntualiza:

“4. Total imporrenta proyectado de Tebsa durante el mes (equivalente a 0; todos los impuestos de renta fueron pagados a nivel de accionistas).

5. Total dividendos distribuidos a accionistas distintos a Corelca durante el mes.

6a) Total imporrenta proyectado accionista (30% de N° 5)

6b) Recargos imporrenta accionista proyectados (25% de N° 6a hasta 1997: 0% después)”.

Lo expuesto deja en claro el entendimiento de las partes respecto del compromiso de Tebsa, en el sentido de que el impuesto de renta no afectaría las remuneraciones establecidas como contraprestación por los servicios a su cargo. Tal compromiso, dentro del contexto de las estipulaciones de los contratantes, significa que en la medida en que se mantuvieran inalterados los supuestos que sirvieron de base para la determinación de los cargos, no habría lugar a modificarlos, de manera que si a partir de 1997 la tarifa del impuesto de renta se mantenía en el nivel supuesto, vale decir, en el 30%, no habría lugar a reclamar ningún ajuste, sin importar que el deudor del tributo fuera la convocante misma, o sus accionistas.

Así las cosas, la permanencia o derogación posterior de la norma vigente el 26 de noviembre de 1993, que estableció la exención del impuesto de renta para sociedades como Tebsa, es decir, de economía mixta dedicadas a la prestación de servicios públicos, era una materia irrelevante, pues la convocante se obligó a mantener inalterados los cargos, sin importar que el tributo fuera pagado por ella o por sus accionistas. Lo anterior, sin

perjuicio de la alteración en el flujo de caja que podría representar la práctica de retenciones en la fuente a título de anticipo del impuesto sobre la renta a cargo, tema este del que el tribunal se ocupará más adelante.

Lo mismo no ocurriría, por el contrario, si la tarifa prevista, u otros elementos del impuesto de renta, sufrían variaciones, dado que en este evento se presentaría una modificación en los supuestos básicos de las proyecciones financieras, creando una divergencia entre lo presupuestado y lo real, que da lugar a introducir un ajuste equitativo en las remuneraciones de la convocante.

Por ende, las modificaciones en las tarifas del impuesto de renta o en otros elementos del mismo, ocurridas después del 26 de noviembre de 1993, tienen el carácter de cambios en ley, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 7.5 del contrato PPA.

No caben, en consecuencia, los reproches que Corelca le imputa a la convocante por la alegada violación del principio de buena fe en la etapa precontractual, con lo que se habría inducido en error a la primera. La convocada no puede argüir ignorancia ni error, pues en el anexo L del contrato las dos partes fijaron los supuestos sobre los que se realizaron las proyecciones financieras para el cálculo de los costos de Tebsa y sus remuneraciones y esos mismos supuestos fueron reiterados inequívocamente en el acta suscrita en la ciudad de Nueva York.

B. En la etapa contractual:

De otra parte, el apoderado de la parte convocada aduce que Tebsa tampoco ha sido diligente en la determinación y planificación del impuesto de renta durante la etapa contractual, fundándose en que, de un lado, se vio obligada a conciliar y transigir procesos administrativos de impuesto de renta por los años gravables 1996 y 1997 y, de otro, en que existió una supuesta deficiente planificación tributaria, particularmente en lo atinente al manejo de las posibilidades que las normas tributarias permiten en materia de depreciación de activos fijos.

La glosa formulada por la administración de Impuestos con respecto al año gravable de 1996, según la cual era improcedente solicitar como renta exenta la utilidad por exposición a la inflación en cuantía de \$ 14.462.275.768, aduciendo que lo exento son únicamente los ingresos provenientes de la generación de energía eléctrica, fue materia en su momento de un amplio debate entre los expertos en impuestos y la administración, como quiera que en aquella época se originaron fiscalizaciones en idéntico o similar sentido al aquí analizado a distintos contribuyentes del sector, al igual que a otros sectores beneficiados con exención a su actividad.

El argumento que en su momento adujeron los contribuyentes, consistente en que la utilidad por inflación era proveniente de la actividad de generación de energía eléctrica y, por tanto, estaba también exenta del impuesto de renta, no era descabellado; por esta razón, no puede predicarse que el origen o la fuente de la controversia residió en una incorrecta planificación tributaria.

En efecto, el conflicto de interpretación surgió porque el artículo 97 de la Ley 223 de 1995 (en su momento artículo 211 del estatuto tributario) concedía la exención sobre rentas provenientes de la generación de energía eléctrica, y es de conocimiento en el ámbito de los expertos en derecho tributario del país que un buen número de empresas del sector consideraron viable sostener la tesis interpretativa según la cual las utilidades por inflación estaban exentas porque provenían del desarrollo del objeto social de la empresa, cual es precisamente la generación de energía eléctrica, exenta del impuesto.

Muchos contribuyentes de otros sectores que ejercen actividades que también estaban exentas, igualmente juzgaron viable interpretar que debía entenderse que como la utilidad derivada del sistema de ajustes por inflación provenía del desarrollo de su objeto social y que, como este obedecía a la ejecución del servicio público exento correspondiente, la exención consagrada para el mismo tenía que igualmente cobijar las provenientes de la aplicación de los ajustes por inflación.

A juicio de este tribunal, el asunto debatido corresponde al espectro de la interpretación de normas jurídicas estructuradas en forma no suficientemente concreta — en términos del ilustre profesor de la Universidad de Oxford, H. L. A. Hart, normas de “textura abierta” que engendran “casos difíciles”—, en los que la interpretación del derecho juega un papel fundamental y, desde luego, se compromete la seguridad jurídica porque la decisión del juez no es previsible. Precisamente este es uno de los campos en donde se mueve la planificación tributaria lícita,

respecto de la cual ha reclamado el apoderado de la parte convocada.

El litigio correspondiente al año gravable de 1997, que también fue objeto de transacción, ostenta las mismas características de imprecisión legal, aunque el debate jurídico se centró en un aspecto diferente. En este caso la administración sostenía que Tebsa no podía restar de su base presuntiva las rentas exentas provenientes de la generación de energía eléctrica, porque el requisito para la aceptación de la renta exenta era que estas provinieran de rentas obtenidas con ocasión de la comercialización de generación de energía eléctrica y Tebsa no había obtenido renta ordinaria en la ejecución de su actividad. Tebsa, a su turno, alegó que el régimen de la renta presuntiva, como su nombre y naturaleza lo indican, obedece a una presunción establecida por la ley, según la cual se presume de derecho que un patrimonio destinado, en su caso, a la generación de energía eléctrica, produce un porcentaje mínimo de renta por generación de energía eléctrica. Este caso, como el anterior, desplaza la aplicación silogística del derecho positivo hacia el vasto y amplio terreno de la interpretación.

Llama la atención del tribunal el hecho de que no resulta coherente que Corelca, a la vez que afirma que Tebsa ha debido pagar mayor impuesto de renta en los años 1996 y 1997 “por liquidarse rentas exentas improcedentes”, al mismo tiempo aparentemente pretenda —aunque no hace explícita su pretensión— que el tribunal determine la improcedencia de los cargos equitativos sobre los valores que fueron transigidos con la administración de impuestos. El efecto económico luego de las transacciones arroja que Tebsa únicamente pagó, por el período gravable de 1996, el 80% del mayor valor de impuesto de renta liquidado por la administración y, por el período de 1997, tan solo el 50%. Es obvio que si Tebsa no hubiera solicitado las rentas exentas rechazadas por la administración, a Corelca le hubiere correspondido hacer la erogación por concepto de ajuste equitativo sobre la base del 100% del mayor impuesto, en lugar de hacerlo, como efectivamente le corresponde, sobre el 80% y 50%, respectivamente. Luego resultó beneficiada.

Aparte de lo anterior, Corelca aduce que “Tebsa no optimizó la planeación tributaria al generar grandes utilidades durante los primeros años, mientras estaba previsto generar pérdidas en todos los años del proyecto a partir de 2004, no obstante tener garantizado el flujo para pagar los gastos y los créditos del proyecto”.

El tribunal no se pronunciará con respecto a este argumento, porque obedece a una afirmación aislada en la que no se hace referencia a alguna planeación tributaria en particular echada de menos por la parte convocada y, de todas maneras, por carecer de todo sustento fáctico o jurídico que se haya aportado al expediente.

En lo que atañe a la supuesta falta de diligencia de Tebsa en la etapa contractual, el apoderado de la parte convocada expresa: “...El manejo que Tebsa ha dado a la depreciación de sus activos, para efectos tributarios, no ha sido diligente ni eficiente y, por tanto, ha sido negligente bajo los términos del contrato PPA, contribuyendo negativamente a incrementar su impuesto de renta...”.

Sea lo primero precisar que la facultad que establece la ley tributaria para que los contribuyentes puedan optar por calcular la depreciación de sus activos fijos por el sistema de línea recta, por el de reducción de saldos o por otro de reconocido valor técnico, implica ciertamente una discrecionalidad que permite la planeación tributaria conforme a la ley.

El sistema de reducción de saldos que reclama la parte convocada que ha debido aplicar Tebsa desde el año 1995, suele utilizarse por las empresas en períodos en que las declaraciones de renta son susceptibles de arrojar un considerable impuesto a cargo. Por el contrario, el método de línea recta se utiliza en aquellos períodos en que las proyecciones tributarias arrojan un impuesto a cargo bajo, o cuando la renta líquida gravable es equivalente a la renta presuntiva.

En estos últimos eventos puede afirmarse que es factible incurrir en error de planeación tributaria si se elige el sistema de reducción de saldos⁽²¹⁾, porque puede ocurrir que se malgaste deducción por depreciación en períodos en que financieramente esta no se necesita⁽²²⁾, perdiéndose la oportunidad de solicitarse en ejercicios futuros —inclusive en un solo año, o en dos— en los que se proyecta que, por el monto de las utilidades, pero, además, en consideración a ciertos aspectos propiamente tributarios, originarían una notable reducción del impuesto a pagar.

Considerando lo anterior, es improcedente calificar como no diligente e ineficiente y por tanto negligente, el

manejo fiscal que Tebsa ha dado a la depreciación de sus activos. En efecto, en términos generales durante los años 1995 a 1999 Tebsa, si bien en algunos años generó una apreciable utilidad, tributó sobre base presuntiva, pudiendo disminuir de esta sus rentas exentas con las que el artículo 211 de estatuto tributario la beneficiaba. También gozó del beneficio de minorar el monto del impuesto de renta con el descuento tributario por IVA en la adquisición de activos fijos e importación de maquinaria pesada.

A partir del año 2001, cuando el beneficio de la renta exenta, por mandato del artículo 13 de la Ley 633 de 2000, se redujo al 30% para el año 2001, y al 10% para el año 2002, desapareciendo la exención hacia el futuro, Tebsa recurrió a la opción de la depreciación por reducción de saldos, bajo el entendido de que era la mejor opción para disminuir su impuesto a cargo acorde con sus proyecciones financieras.

Finalmente, es necesario destacar el hecho de que la junta directiva de Tebsa ha tenido todo el tiempo conocimiento y ha aprobado por unanimidad la planeación tributaria. Corelca, dada su propiedad accionaria equivalente al 42.51% de la sociedad, determina la designación de dos puestos en la junta directiva de aquella, con lo cual queda aún más desvirtuada la supuesta falta de diligencia de Tebsa en el manejo inteligente de sus impuestos.

3. La improcedencia de considerar las retenciones en la fuente como un cambio en ley.

Fundamenta su excepción el apoderado de la parte convocada en que “la retención en la fuente no constituye por sí misma un impuesto ni un costo, y en consecuencia, no tiene cabida dentro del concepto de cambio en ley en el contrato PPA”. Sostiene que no es un costo “toda vez que se registra como un activo de la empresa hasta que sea utilizado para el pago del impuesto”; y que no es un impuesto, porque obedece a un “sistema de recaudación anticipada de un tributo, en este caso del impuesto de renta, cuya obligación está sujeta a un acto de determinación posterior en el tiempo, pero en ningún caso puede confundirse con el impuesto mismo”.

La retención en la fuente es impuesto de renta que se anticipa y que, si al final del ejercicio no procede su causación, se somete al trámite de **devolución o compensación de impuestos**, en los términos del título X del estatuto tributario. En efecto, esta codificación establece que la retención en la fuente es un impuesto; por ejemplo, en el artículo 851, al regular “La facultad para fijar trámites de **devolución de impuestos**” (se subraya); y en el artículo 859, que establece que “la administración de impuestos **deberá efectuar las devoluciones de impuestos, originadas en exceso de retenciones legalmente practicadas**” (se subraya).

Por otro aspecto, la retención en la fuente, conforme a la definición establecida por el artículo 367 del estatuto tributario, “tiene por objeto conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause”; luego es un impuesto. En efecto, los saldos a favor que arrojan las declaraciones de renta constituyen saldos a favor de impuesto de renta y no, como Corelca ha sugerido, recursos que tiene el Estado producto de un préstamo o mutuo sin intereses que el contribuyente le otorga.

Conclusión a lo anterior es que la retención en la fuente es un anticipo de impuestos que implica el pago del impuesto antes de la causación material del tributo, como una medida de conveniencia de la administración para que este se recaude, en lo posible, dentro del mismo ejercicio gravable en que se causa, y que puede o no generar saldos a favor de impuestos.

El hecho de que se contabilice como un activo y no como un costo, obedece a la dinámica contable dispuesta para todos los pagos que se efectúan por adelantado, sin que ello signifique que su naturaleza jurídica varíe por el simple hecho de que el costo, gasto o impuesto materialmente aún no se haya causado.

En relación con la objeción formulada por el apoderado de la parte convocada en su escrito de objeciones al peritaje tributario contable, según la cual “un mismo concepto (la retención en la fuente) se contabiliza doblemente, una vez cuando al valor facturado a Corelca se registra en la cuenta de activo “Anticipos de retención en la fuente” con cargo a la DIAN y, una segunda vez cuando con otro registro crea una cuenta por cobrar a Corelca”, el tribunal comparte plenamente lo expresado en el peritaje contable en los términos siguientes: “No es doble contabilización si no (sic) dos registros contables diferentes. El primero para registrar las retenciones como anticipo de Impuesto de renta, y el segundo para registrar la facturación de Tebsa a Corelca por el cobro de las

retenciones y auto-retenciones en la fuente por cambio de ley, que Corelca de acuerdo a la relación contractual debe reembolsar a Tebsa”.

Ahora bien, la obligatoriedad de efectuar este registro, es decir, que Tebsa debe facturar a Corelca las retenciones y auto-retenciones facturadas, surge claramente del anexo A1 del acta suscrita por ambas partes en Nueva York. Veamos:

Impuesto de renta real que se adiciona a la facturación según el anexo A1.

“19c) Imporenta (sic) Tebsa y de sus accionistas, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la eliminación de la doble tributación con respecto a la tasa base de imporenta (sic) del 30%. El monto de este impuesto es igual a la suma de todos los pagos en efectivo hechos por o en nombre de Tebsa o de sus accionistas con respecto a obligaciones de imporenta (sic) colombiano (sic) represente esos pagos, retenciones, pagos finales, cuotas, anticipos, evaluaciones adicionales, recargos u otros aspectos o elementos de la ley tributaria colombiana” (se subraya).

En los años gravables en que la declaración de renta de Tebsa arroje saldos a favor, Tebsa debe —como en efecto lo ha hecho y así deberá hacerlo en el futuro— restar en su facturación mensual el monto de las retenciones en la fuente devueltas o compensadas con otros impuestos por la administración.

Si bien esta disminución de la facturación de Tebsa no se menciona ni estipula en el acta suscrita en Nueva York, sí se infiere de los ajustes equitativos ordenados por la cláusula 7.5.1 del contrato. Además, dentro de la mecánica operativa que las partes eligieron, es la única forma como se pueden medir técnicamente los efectos financieros en el flujo de caja de Tebsa, derivados de las diferencias en el tiempo entre las fechas en que a Tebsa le practican las retenciones en la fuente y la fecha en que el saldo a favor le es devuelto.

Para el tribunal es muy importante que exista claridad sobre los efectos pretendidos por las partes cuando pactaron que las retenciones en la fuente son objeto de un cargo en la facturación (aumento). Estos se contraen exclusivamente al reconocimiento con exactitud del efecto financiero en el flujo de caja de Tebsa, resultante de las retenciones en la fuente, no previstas ni proyectadas porque esta sociedad no era contribuyente del impuesto de renta al cierre de la convocatoria, es decir, el 26 de noviembre de 1993⁽²³⁾. Únicamente se persigue que la entrada real de efectivo por facturación a Corelca no se vea disminuida en el monto de las retenciones en la fuente durante el tiempo en que Tebsa carezca de estos recursos, es decir, hasta que se restablezca el equilibrio económico por la vía de la devolución o compensación, de manera que vuelva a tener el flujo de efectivo proyectado en el PPA.

El tribunal a continuación analiza lo sucedido en el año gravable 2001 con relación a la retención en la fuente.

Si Corelca hubiera pagado a Tebsa la facturación por ajuste atribuible a la retención en la fuente, conforme lo ordena el acta suscrita por las partes en Nueva York, su costo derivado de ajustes por cambios en ley se reduciría al monto del impuesto de renta más el costo financiero por flujo de caja del mayor valor de retenciones en la fuente sobre el impuesto a cargo, calculado entre la fecha en que se practicaron las retenciones y aquella en que se obtuvo la devolución del saldo a favor.

Pero como Corelca no pagó a Tebsa el valor de las retenciones, y esta en cumplimiento del contrato descontó en la factura 0443 de septiembre 6 del 2002 emitida a Corelca la suma de US\$ 2.772.085 que le fue devuelta por la DIAN, Corelca no solo adeuda el valor del impuesto —que corresponde a lo que se pactó en el contrato—, sino, adicionalmente, las retenciones en la fuente que le exceden, que Tebsa en cumplimiento de la mecánica contractual restó de la facturación.

Dicho en otras palabras, la mayor parte del monto que Corelca adeuda a Tebsa por concepto del cargo por impuesto de renta —que aquella se ha negado a reconocer—, no obedece, en estricto sentido, a la esencia del asunto contractual que se discute (incremento de la tarifa del impuesto de renta y efecto financiero de la retención en la fuente), sino a las retenciones que Tebsa, cumpliendo la mecánica operativa de ajustes equitativos que las partes acordaron, descontó en la factura 0443 de septiembre de 2002.

Así, Corelca viene financiándose con recursos que indiscutiblemente le pertenecen a Tebsa, cuya propiedad no es

producto de un efecto económico materia del diferendo jurídico conceptual. En efecto, se trata de recursos que, por virtud del mecanismo elegido por las partes para efectuar el ajuste equitativo, y por motivo del incumplimiento de Corelca de efectuar el pago del cargo por retenciones en la fuente y, a la vez, porque Tebsa descontó de su facturación las retenciones en la fuente que le fueron devueltas, originaron una deuda de Corelca a favor de Tebsa, que no corresponde a la sustancia del debate jurídico fuente del conflicto entre las partes⁽²⁴⁾.

Lo anterior significa que aún en el evento en que Corelca tuviera razón en su planteamiento conceptual formulado, de todas maneras adeudaría a Tebsa el monto que esta descontó en la factura 0443 por concepto de reembolso de retenciones. Y ello adquiere significativa importancia, porque esta disconformidad que ha surgido no proviene de la interpretación de las estipulaciones contractuales sobre cambios en ley, sino es el efecto que, como consecuencia directa del incumplimiento de pago por parte de Corelca, se deriva de la estricta aplicación de la mecánica convenida para la operatividad de los ajustes equitativos. En efecto, se trata de una simple deuda que ha surgido porque Tebsa —como es lo debido— adicionó en la facturación a Corelca el ajuste por retención en la fuente que le fue practicada (que Corelca no ha pagado) y luego dedujo de la facturación a Corelca el monto que la administración le reintegró de dichas retenciones en la fuente.

Este efecto operativo, de donde se deriva que Corelca adeuda a Tebsa la suma de US\$ 2.772.085, representa, respecto del valor total pretendido en la demanda, es decir, US\$ 5'050.066, aproximadamente el 54,89% del valor de los ajustes por impuesto de renta que se discuten este proceso.

Independientemente del aspecto recién señalado, este tribunal determinará, con base en las anteriores consideraciones y con apoyo en el dictamen financiero que obra en el expediente, que el impuesto de renta se considera un costo para los efectos de las cláusulas 7.5.1 y 7.5.2 del contrato (incluidos anexos y actas); que la retención en la fuente es un impuesto que se anticipa; y que el cargo por concepto del impuesto de renta debió y debe facturarse en el futuro al momento de practicarse la retención en la fuente, de manera que se restablezca a Tebsa el equilibrio económico en términos de flujo de caja, acorde con lo proyectado bajo el entendido de que no era contribuyente del impuesto de renta ni estaba sometida a retenciones en la fuente sobre ingresos provenientes de generación de energía eléctrica.

Cabe advertir, sin embargo, que no es procedente que se efectúen ajustes equitativos en la facturación en lo que concierne al cargo por retenciones en la fuente e impuesto de renta sobre los ingresos percibidos por Tebsa provenientes de los ajustes por cambios en ley. El ingreso que ha percibido y percibirá Tebsa por cambios en ley no afecta el costo de construir y/o operar la planta, en los términos del numeral 2º de la cláusula 7.5.1 del contrato. Simplemente constituye un mayor valor del precio contractual resultante del restablecimiento del equilibrio económico, que allí debe culminar.

Con base en las anteriores consideraciones, y dentro del marco de las mismas, el tribunal acogerá la pretensión de Tebsa declarando que Corelca ha incumplido la obligación a su cargo contemplada en el numeral 7.5 de la cláusula VII y el anexo L del contrato PPA, así como el acta suscrita por las partes en Nueva York, en particular su anexo 1, numeral 19c.

B. “Ajustes en el cargo por capacidad que Tebsa haya realizado desde enero de 1999 por concepto de impuesto de industria, comercio y avisos”.

En relación con esta pretensión de la demanda el tribunal encuentra que Corelca, desde un principio, cuando glosó la primera factura, fundamentó su proceder aduciendo o significando que el impuesto de industria y comercio fue creado por la Ley 56 de 1981, es decir, con anterioridad al 26 de noviembre de 1993, fecha de cierre de la convocatoria para la repotencialización y/o renovación de la planta de vapor en Soledad.

Siguiendo esta misma línea de argumentación, Corelca en sus alegaciones ante este tribunal ha sostenido la improcedencia del ajuste por cambio en ley del impuesto de industria, comercio y avisos con base en las siguientes consideraciones:

- La Ley 56 de 1981, desde antes que se conformara el consorcio que luego se convirtió en Tebsa y de la convocatoria de la licitación, creó el impuesto de industria y comercio a cargo de los propietarios de plantas

generadoras de energía eléctrica, fijando todos los elementos del tributo, de manera que el municipio de Soledad mediante el Acuerdo 031 de octubre 14 de 1998 se limitó a reglamentarlo, “porque el poder para crear impuestos es exclusivo del Congreso”.

- “Por tratarse de un impuesto creado con anterioridad, el consorcio que posteriormente conformara a Tebsa conocía su existencia. Este conocimiento la obligaba, bajo los principios de la buena fe precontractual y la debida diligencia y cuidado que corresponde a un licitante, a considerar el gravamen en sus cálculos económicos, cuando era previsible que el municipio de Soledad lo reglamentara en cualquier momento”.
- Como resultado de no haber previsto Tebsa el Impuesto de Industria y Comercio en sus cálculos económicos, aplica “la sección IV-2 de los términos de referencia (fl. 1080, cdno. de pbas. 3), ítem 2.2.11” Gravámenes, impuestos y otros cargos” en donde se estipuló: “Todos los impuestos, gravámenes y otros cargos relacionados, aplicados dentro y fuera de Colombia a la sociedad, sus contratistas, suministradores y su personal, así como sobre los materiales, equipos y el contrato de construcción con relación a la ejecución del proyecto, dentro y fuera de Colombia, serán asumidos por la sociedad”.

Procede el tribunal a pronunciarse sobre los argumentos expuestos, siguiendo el mismo orden de formulación:

No es cierto que “el poder para crear impuestos es exclusivo del Congreso” y que las entidades territoriales ejercen apenas una función reglamentaria. El artículo 287 de la Constitución Política dispone que las entidades territoriales gozan de autonomía para establecer tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, dentro de los límites que señale la Constitución y la ley. Esta limitación a la potestad impositiva territorial se explica o fundamenta en que, conforme con el artículo 1º de la Constitución, Colombia es un Estado organizado en forma de república unitaria, pero descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales. El concepto de unidad nacional exige cierta coherencia en el régimen sustantivo, lo que hace que la potestad tributaria sea compartida.

El artículo 338 de la Constitución Política define esta potestad compartida, sin hacer atribuciones específicas, disponiendo que “En tiempos de paz, solamente, el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales y parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos, deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas de los impuestos”.

A su turno, el numeral 4º del artículo 313 de la Constitución confiere potestad tributaria a los concejos, también de manera ambigua, disponiendo que les corresponde decretar o votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos.

Esta zona de penumbra que de hecho ha creado conflictos de competencia entre el Congreso y los entes territoriales, ha venido siendo aclarada por copiosa jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que, adoptando diferentes matices según el caso materia de cada pronunciamiento, ha dispuesto que los entes locales poseen autonomía para crear tributos en su territorio siempre y cuando exista una ley que les autorice a hacerlo, mientras esta contenga algún grado de precisión sobre la naturaleza del tributo de que se trate.

En una de las sentencias ilustrativas sobre el particular, la honorable Corte Constitucional dispuso:

“Cuando la Constitución estatuye que tales competencias de los cuerpos de elección popular habrán de ser ejercidas de acuerdo con la ley, no está dando lugar a la absorción de la facultad por parte del Congreso, de tal manera que las asambleas y los concejos deben ceder absolutamente su poder de imposición al legislador.

Este, por el contrario, al fijar las pautas y directrices dentro de las cuales obrarán esas corporaciones, tiene que dejar a ellas el margen que les ha sido asignado constitucionalmente para disponer, cada una dentro de las circunstancias y necesidades específicas de la correspondiente entidad territorial, lo que concierne a las características de los gravámenes que vaya a cobrar. Dicho mandato constitucional no se agota, entonces, en la previsión de los poderes del Congreso en materia tributaria, ni en la consagración de los requisitos que deben reunir las leyes mediante los cuales los ejerza, sino que reconoce la existencia de los distintos niveles tributarios, dejando el respectivo espacio a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales para percibir, por la vía de impuestos, tasas y contribuciones, las rentas que habrán de aplicar para la realización de sus

funciones y para la afirmación de su autonomía. Dentro de este contexto, la referencia a la obligación de señalar en el acto creador del impuesto los elementos esenciales de la obligación tributaria ha de entenderse hecha, según el tipo de gravamen, por el nivel territorial al que corresponda, de lo cual se infiere que si el legislador, como puede hacerlo (arts. 295, 300-4 y 313-4), decide regular o establecer normas generales sobre tributos del orden departamental, municipal o distrital, no se le puede exigir, ni debe permitírsele, que en la ley respectiva incluya directamente todos los componentes del tributo (hecho gravable, base gravable, sujetos activos, sujetos pasivos y tarifas) o, en los casos de tasas y contribuciones, el método y el sistema para recuperación de costos o la participación en beneficios —como sí esta obligado a hacerlo tratándose de tributos nacionales—, pues su función no es, ni puede ser, según las reglas de la descentralización y de la autonomía de las entidades territoriales, la de sustituir a los órganos de estas en el ejercicio de la competencia que les ha sido asignada por la Constitución”⁽²⁵⁾.

El análisis de las normas constitucionales líneas atrás efectuado, así como la jurisprudencia que sobre la materia ha emitido la honorable Corte Constitucional, demuestra, con claridad meridiana, que no es correcta la afirmación que hace la parte convocada según la cual “el poder para crear impuestos es exclusivo del Congreso”, derivándose de ello que los concejos municipales apenas tienen una potestad reglamentaria. Se colige entonces, que el impuesto de industria y comercio sobre la actividad de generación de energía eléctrica en el municipio de Soledad no fue creado con anterioridad a la fecha de convocatoria de la licitación. Pero además, aún si así hubiese sucedido, de todas maneras la interpretación auténtica del contrato, reflejo del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, está reflejada en el acta suscrita en Nueva York.

No pudiendo anticipar lo que pasaría en el futuro, las partes en el contrato PPA adoptaron una posición razonable, en el sentido de precisar en el anexo L los impuestos y sus tarifas tenidos en cuenta en las proyecciones financieras, advirtiéndole que todo cambio normativo que alterara esos supuestos daría lugar a un cambio en ley, y al consiguiente ajuste equitativo.

Esto lo reiteraron en los anexos A1 y A2 del acta suscrita en Nueva York, en los cuales se observa que proceden los ajustes en los cargos pactados, bien por cambios que alteren los impuestos proyectados, como los que establezcan nuevos tributos. Por ello el primero de tales anexos incluye, dentro de los “impuestos... reales adicionales”, a más de los proyectados, el literal 19h que versa sobre “cualquier otro impuesto y CIAC”.

En este documento se precisa de manera incuestionable que los impuestos y tarifas tomados en consideración como “supuestos y parámetros” en el anexo L no son otros que los cuatro impuestos allí mencionados, de manera que se consideró que los demás impuestos —vigentes o no— alteraban los costos proyectados y, por consiguiente, daban lugar al ajuste equitativo.

No de otra forma puede entenderse que las partes en el numeral 2.5 del anexo L hayan dispuesto, de común acuerdo: “Antes del 26 de noviembre de 1993, Corelca no identificó en sus documentos de convocatoria a la licitación ningún otro impuesto y por lo tanto no se tuvieron en cuenta otros impuestos para determinar el cargo por capacidad, el cargo por energía, el cargo por arranque, o en la formulación de los acuerdos del proyecto”.

Por su parte, el anexo A1 del acta suscrita en Nueva York, siguiendo fielmente la voluntad expresada por las partes en el numeral 2.5 del anexo L, conduce igualmente a la misma conclusión. Veamos:

Impuestos reales que se adicionan a la facturación, según anexo A1.

“19e) Impuesto de industria y comercio

(...).

19 h) Cualquier otro impuesto ...”.

En relación con los otros argumentos alegados por la parte convocada, se reitera la imposibilidad de Tebsa de incluir en la determinación de sus costos el impuesto de industria y comercio, ante la inexistencia de este impuesto en el municipio de Soledad al momento de la convocatoria y, además, frente al hecho incuestionable de que Corelca no habría aceptado el incremento artificial de los costos de Tebsa, sin el respaldo de un tributo en vigencia y sin poderse precisar cuándo iría el municipio a establecerlo.

El incumplimiento de Corelca en reconocer el ajuste por cambio en ley que se ocasionó por la creación, posterior al cierre de la convocatoria, del impuesto de industria y comercio para la actividad de generación de energía eléctrica en el municipio de Soledad, ordenado por el anexo 1- 19e del acta de Nueva York, en concordancia con la cláusula 7.5 del PPA y su anexo L, obliga al tribunal a acceder a la pretensión formulada por Tebsa, en los términos dispuestos en la parte resolutive de este laudo.

C. “Ajustes en el cargo por capacidad que Tebsa haya realizado desde enero de 1999 por concepto de contribución a las transacciones financieras y gravamen a los movimientos financieros”.

La parte convocada plantea su excepción con respecto a esta pretensión aduciendo, en primer término, que “no se cumplen todas las tres condiciones acumulativas... de cambios de ley definidas en la cláusula 7.5.1...” (negrilla pertenece al texto). También alega incumplimiento del imperativo previsto en el último inciso de la cláusula 7.5.1 del contrato, porque la mayoría de las facturas emitidas por Tebsa cargando el gravamen no exceden la cifra de US\$ 50.000. Culmina su alegación puntualizando que “los cambios o ajustes que se harían, si ocurre un cambio en ley, tienen que ser acordados por las partes, intención que no han tenido las mismas ni siquiera al suscribir el acta de Nueva York, pues en esta nada se menciona sobre la contribución sobre transacciones financieras y el gravamen a los movimientos financieros. Además, como expresamente se desprende de su texto, “Nada en esta acta se interpretará como que afecte los derechos de las partes bajo el numeral 7.5. del PPA” cláusula 4 (a)”.

El tribunal ya ha sentado en páginas anteriores en forma clara y con alcance general la improcedencia de las excepciones consistentes en que las condiciones de cambios en ley definidas en las cláusulas 7.5.1 deben ser acumulativas y no alternativas; en que los cargos por cambios en ley en cada factura individualmente considerada deben exceder la suma de US\$ 50.000; en que los cambios o ajustes equitativos tienen que ser acordados por las partes; y en que el acta suscrita en Nueva York afecta los derechos de las partes al tenor del numeral 7.5 del PPA.

En cuanto a la afirmación según la cual en el “acta de Nueva York... nada se menciona sobre la contribución sobre transacciones financieras y el gravamen a los movimientos financieros”, basta remitirse a su anexo A1 para desvirtuar la exactitud de esta apreciación. Veamos:

Impuestos reales que se adicionan a la facturación, según anexo A1.

“19h) Cualquier otro impuesto...”.

Es evidente que los impuestos a los movimientos financieros que se han creado, así como “cualquier otro impuesto” incorporado a la legislación tributaria con posterioridad al cierre de la convocatoria, constituyen un cambio en ley que da lugar a un ajuste equitativo al tenor del contrato PPA, en la forma prevista en el anexo A1-19h del acta suscrita por las partes en Nueva York, y en esos términos el tribunal lo decretará acogiendo la pretensión de Tebsa.

D. “Ajustes en el cargo por capacidad que Tebsa haya realizado desde enero 1999 por concepto del primer pago del impuesto para preservar la seguridad democrática, y cuotas restantes del impuesto a la seguridad democrática”.

Sostiene el apoderado de Corelca que “el impuesto para preservar la seguridad democrática no es un costo, por tratarse de un impuesto cuya base gravable está constituida por el patrimonio líquido del contribuyente a 31 de agosto de 2002”. Además, reitera su argumento según el cual deben cumplirse simultáneamente “las tres condiciones estipuladas en la cláusula 7.5.1 para que se reconozca un cambio de ley”, apreciación respecto de la cual el tribunal en este laudo en forma reiterada ya ha manifestado su desestimación.

La afirmación según la cual este tributo no es un costo porque su base gravable está constituida por el patrimonio carece de asidero jurídico, porque el examen para determinar si un costo, en los términos del contrato, conlleva a un ajuste por cambio en ley, debe mirarse de forma exclusiva desde la perspectiva de quien realiza la erogación y los efectos financieros en términos de flujo de caja y descuento a valor presente que le inciden su equilibrio económico proyectado; y no desde la óptica de los factores que integran la base gravable del tributo, los cuales son irrelevantes en cualquier modelo o fórmula que se adopte en contratos BOT o similares para medir o reflejar los cambios en ley frente a los parámetros proyectados inicialmente.

En conclusión, el impuesto para preservar la seguridad democrática constituye, para efectos de la relación contractual entre Tebsa y Corelca, cambio en ley, por haber sido este impuesto creado mediante el Decreto Extraordinario 1838 del 11 de agosto de 2002, fecha posterior a la del cierre de la convocatoria (nov. 26/93) y de la celebración del contrato PPA (mar. 29/95) y, en todo caso, porque no fue tenido en cuenta, tal como lo afirma Tebsa, “en los supuestos de la convocatoria de licitación, en la oferta presentada y en el anexo L del contrato PPA”.

Al igual que los impuestos a los movimientos financieros referidos en el acápite anterior, este nuevo tributo entra dentro del marco previsto en el numeral 19h del anexo A1 del acta suscrita en Nueva York, según el cual “cualquier otro impuesto” ha de incluirse dentro de los impuestos reales que se adicionan a la facturación.

Por las razones expuestas, el tribunal accederá a la pretensión propuesta por Tebsa sobre el particular.

E. “Ajustes en el cargo por capacidad que Tebsa haya realizado desde enero de 1999 por concepto de Impuesto al alumbrado público”.

La parte convocada para controvertir la procedencia de ajustes por cambios en ley en lo que atañe al denominado impuesto de alumbrado público, presenta el mismo alegato argumentativo que propuso en relación con el impuesto de industria y comercio, razón por la cual el tribunal se manifiesta en idéntica forma, en lo aplicable, a como atrás lo hizo respecto de este tributo.

Llama sin embargo la atención el argumento mediante el cual se persigue que este tribunal considere como plausible la tesis aducida por la convocada en el sentido de que Tebsa “en la etapa de las tratativas” ha debido prever que el llamado impuesto de alumbrado público —autorizado a cobrar al concejo municipal de Bogotá por la Ley 97 de 1913 y luego extendida dicha autorización a los demás municipios por la Ley 84 de 1915, es decir, desde tiempos inmemoriales— en cualquier momento podría ser adoptado o creado por el municipio de Soledad. El argumento cae por su propio peso dado que por imposibilidad material no es razonable, de manera que la excepción que se apoya en él carece de fundamento.

Solo hasta el año de 1996 dicho tributo fue creado por el concejo del municipio de Soledad a través del Acuerdo 32, razón por la cual Tebsa no podía tenerlo en cuenta cuando realizó sus proyecciones para participar en la licitación.

En todo caso, no fue incluido dentro de los impuestos contemplados en el anexo L del contrato PPA y, además, fue excluido por el numeral 2.5 de dicho anexo bajo la consideración de que no fue tenido en cuenta dentro de los supuestos tributarios para determinar los cargos (precio) del contrato PPA, porque Corelca no lo identificó en sus documentos de convocatoria a la licitación.

El denominado impuesto de alumbrado público, así como cualquier otro impuesto que se haya creado o se establezca con posterioridad al 26 de noviembre de 1993 hasta la fecha de terminación del contrato, se encuentra regulado en el acta suscrita por las partes en Nueva York, numeral 19h, bajo el concepto “cualquier otro impuesto...”, y constituye un cambio en ley que da lugar al ajuste en la facturación sobre el precio pactado por la generación de energía eléctrica.

En cuanto a este aspecto, solo resta a este tribunal destacar que es altamente cuestionable que el denominado desde 1913 “impuesto sobre el servicio de alumbrado público” constituya en realidad un “impuesto” propiamente dicho, porque es válido aducir que su verdadera naturaleza corresponde a una tasa por la prestación de servicios.

En efecto, el servicio de alumbrado público que se debe prestar en bienes de uso público es responsabilidad de los municipios, antes que lo pueden prestar a través de una empresa pública que cobre un precio establecido en función del costo, o contratar con una empresa privada, estableciendo una tarifa o precio contractual, carente de naturaleza tributaria. La financiación del servicio de alumbrado público puede hacerse directamente vía gasto contra el presupuesto del municipio, o por la vía tributaria, caso en el cual debe establecerse a través de una tasa, que implica una contraprestación, y no de un impuesto, porque la naturaleza de esta modalidad de tributo no compromete contraprestación alguna⁽²⁶⁾.

No obstante, el tribunal respeta el principio de legalidad que ampara al llamado impuesto de alumbrado público, razón por la cual estima que mientras se encuentre vigente, operando como un impuesto, debe tratarse como tal para los efectos dispuestos en el numeral 19h del anexo A1 del acta suscrita por las partes en Nueva York. De esta manera, también aceptará la pretensión de Tebsa en el sentido de que declare el incumplimiento de Corelca al abstenerse de reconocer el ajuste equitativo pactado sobre “cualquier otro impuesto”.

El concepto del Ministerio Público

Merece especial atención del tribunal en lo relacionado con las pretensiones que pasan de analizarse relacionadas con los cambios en ley en materia tributaria, la posición sentada por el señor agente del Ministerio Público en el presente proceso; en efecto, en su concepto rendido en la audiencia de alegatos el Procurador Sexto Judicial Administrativo se refirió in extenso a las pretensiones de la demanda en relación con los cambios en ley por razones tributarias, a efectos de lo cual propende por el rechazo de las mencionadas pretensiones fundamentalmente en la improcedencia de la aplicación de la teoría de la imprevisión al caso de autos, por cuanto en su opinión, no se demostró el impacto que los cambios legislativos en materia de impuesto sobre la renta pudo tener sobre los costos de construir y operar la planta; respecto de los impuestos de industria y comercio y de alumbrado público, señala que las cargas que ellos suponen eran razonablemente previsibles para Tebsa, de suerte que si no los contempló en el momento de presentar su propuesta, asumió dicho riesgo; en fin, respecto de los impuestos a las transacciones financieras (contribución para las transacciones financieras y gravamen a los movimientos financieros) así como del impuesto para preservar la seguridad democrática, señala que, si bien su establecimiento no era razonablemente previsible al celebrar el contrato, en todo caso la situación financiera de Tebsa demuestra, en su entender, que esta sociedad “ha sido un buen negocio”, de todo lo cual concluye que “Por no reunir todos los requisitos consagrados en la ley y desarrollados ampliamente por la jurisprudencia para aplicar la teoría de la imprevisión, no opera el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por cambios en la ley, tal y como lo pretende el demandante”.

En relación con el concepto del Ministerio Público, el tribunal ha de señalar que de la lectura de las pretensiones contenidas en la demanda no se desprende, ni es posible deducirlo, que la acción instaurada por Tebsa haya sido la que se basa en la teoría de la imprevisión (C.Co, art. 868), ni tampoco la acción de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, la cual en todo caso no cabría en el asunto de autos por tratarse de un contrato regido por las normas del derecho privado, como en otro aparte lo determina el tribunal, y no de un contrato estatal, que es el que es pasible de dicha acción.

Por el contrario, el petitum de la demanda se basa en las estipulaciones contractuales contenidas en la cláusula 7.5, en el anexo L y en el acta suscrita por las partes en la ciudad de Nueva York, las cuales, como lo señala el tribunal en otro aparte de esta providencia, tienen por objeto el mantenimiento del equilibrio económico pactado en el contrato respecto de los “datos de referencia” en él previstos, mediante la realización de ajustes por cambios en ley a los cargos por capacidad y/o de energía. Lo anterior no ha sido óbice, sin embargo, para que el tribunal haya tenido en cuenta, en lo pertinente, las apreciaciones del señor agente del Ministerio Público.

III.3. Análisis específico de las pretensiones y excepciones relacionadas con los aspectos técnicos del contrato de prestación del servicio de energía C-3.330-95.

En la versión reformada de su demanda Tebsa formula varias pretensiones en relación con aspectos de naturaleza técnica derivados de la interpretación y la ejecución del contrato PPA, relacionados con la posibilidad para Tebsa de declarar, durante el “Período húmedo”, una “capacidad disponible” de la “planta Nueva” superior a 750 MW (pretensiones D, E, F, G y H); con la posibilidad para Corelca de aplicar descuentos a la facturación de Tebsa por concepto de penalizaciones impuestas a esta última como consecuencia de desviaciones de la planta de Tebsa (pretensiones J, K, L, M y N); y con la posibilidad para Corelca de glosar y descontar de la factura 0389 de noviembre 7 de 2001 de Tebsa el cargo por arranque por la indisponibilidad de gas ocurrida en octubre de 2001 (pretensiones O, P, Q y R).

Procede entonces el tribunal a analizar cada uno de los grupos de pretensiones relacionados con aspectos técnicos

1. Las pretensiones y excepciones relacionadas con los descuentos por desviaciones.

La controversia planteada sobre esta materia se origina en la imposición de penalizaciones por desviaciones que le impuso a Corelca el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (“el ASIC”), y en los descuentos que Corelca le ha realizado a Tebsa, de manera unilateral, en las facturas correspondientes al cargo por energía, por concepto de penalizaciones impuestas por el ASIC por las desviaciones de la planta de Tebsa.

Según lo afirmado por Tebsa, las penalizaciones por desviaciones deben ser pagadas por Corelca en su condición de representante de la planta ante el ASIC, por lo que es esta última quien debe asumir las obligaciones surgidas en razón de la representación que ejerce de Tebsa, de conformidad con la reglamentación del Mercado de Energía Mayorista (“el MEM”) y con las cláusulas 4.6 y 12.2 del contrato PPA.

Considera Tebsa, igualmente, que el cobro que mediante el descuento en su facturación le hace Corelca, por concepto de las penalizaciones por desviaciones impuestas por el ASIC, constituye un cambio en ley en los términos de la cláusula 7.5.1 (1) del contrato PPA, por afectar los costos de Tebsa. Sostiene adicionalmente que Corelca no está habilitada para efectuar descuentos unilaterales de las facturas que le envíe Tebsa por cargos de energía, por concepto de las penalizaciones por desviaciones, teniendo en cuenta que el contrato no prevé un procedimiento especial para realizarlos.

Corelca, por su parte, se opone a las pretensiones de Tebsa, y propone las excepciones de cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato PPA y de inexistencia de la obligación de pagarle cualquiera de los conceptos pedidos por la empresa convocante. Sostiene al efecto que no ella está obligada a asumir a su cargo los pagos que ha debido hacer por las penalizaciones impuestas como consecuencia de las desviaciones en que ha incurrido Tebsa, porque no existe norma legal o pacto que la obligue a hacerse cargo de los efectos económicos y patrimoniales de las mismas.

El régimen normativo del contrato PPA

En forma previa al análisis de la controversia, es necesario hacer algunas precisiones sobre el régimen jurídico al cual está sometido el contrato PPA, teniendo en cuenta que la Ley 142 de 1994 introdujo una modificación sustancial, que no puede perderse de vista en el análisis de los asuntos sometidos a la decisión de este tribunal.

Como se ha enunciado, Corelca y Tebsa celebraron, el 29 de marzo de 1995, el contrato de prestación del servicio de energía C-3.330-95, cuyo objeto es “la prestación por parte de Tebsa a Corelca del servicio de generación de energía eléctrica y capacidad mediante la utilización de la planta actual ubicada en el municipio de Soledad, departamento del Atlántico y la construcción y utilización de la planta nueva, en el mismo sitio, para la prestación de dicho servicio. La totalidad de la generación de energía neta producida por la planta será suministrada a Corelca según los términos de este contrato”.

Teniendo en cuenta que el objeto del contrato comprende una actividad enmarcada en el régimen jurídico de los servicios públicos contenido en las leyes 142 y 143 de 1994, el mismo se encuentra sometido a las reglas del derecho privado, según lo previsto en el artículo 32 de la citada Ley 142, en virtud del cual se acogió el régimen del derecho privado para los contratos que celebraran las empresas de servicios públicos, sin tomar en consideración su naturaleza de empresa oficial, mixta o privada, que había sido considerada como un elemento determinante del régimen jurídico aplicable hasta entonces.

En este sentido se ha pronunciado en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional:

“En igual forma y directamente, el artículo 32 de la misma ley [L. 142] deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas”⁽²⁷⁾.

En acatamiento al mandato legal enunciado, las partes en el contrato acordaron su sometimiento al régimen del derecho privado, así:

“Corelca manifiesta que el presente contrato se encuentra regido por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en las leyes 142 y 143 de 1994”.

Es indiscutible que las partes, en ejercicio de su autonomía, se vincularon jurídicamente y de manera obligatoria; regulando el contenido, alcance y demás condiciones contractuales. Desarrollaron así la autonomía de su voluntad privada entendida como “... el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad”⁽²⁸⁾.

Debe tenerse presente que Corelca actúa como representante de Tebsa ante el centro nacional de despacho (“el CND”), y el administrador del sistema de intercambios comerciales del mercado de energía mayorista, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º de la Resolución CREG-055 de 1994, cuyo texto es del siguiente tenor:

“ART. 4º—Obligación de vincularse al sistema interconectado.

(...).

Igualmente, cualquier empresa de generación que tenga un contrato de energía con otro generador por la totalidad de la capacidad efectiva en una unidad de generación de propiedad de este último, representará y se hará responsable para todos los efectos de la unidad generadora ante el CND y el mercado mayorista. Los contratos respectivos no estarán sometidos a las reglas del mercado mayorista”.

Esta regulación obliga tanto a Corelca como a Tebsa y en general a todos los destinatarios de la misma, por cuanto las normas proferidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (“CREG”), son de carácter obligatorio, como según lo determinó la Corte Constitucional en su Sentencia C-150 de 2003:

“[l]a noción jurídica de regulación es, ciertamente, un poco flexible. Sin embargo, incluye necesariamente varios elementos: La regulación supone la imposición de un marco normativo a ciertas actividades, con el fin de que estas respeten un equilibrio entre los intereses de las diferentes fuerzas sociales presentes, los derechos de los ciudadanos y el interés general”.

Como en virtud del contrato celebrado entre Corelca y Tebsa, la primera empresa se obligó a comprar toda la energía neta producida por la planta de Tebsa, aquella asumió, en consecuencia, la representación de la planta de Tebsa ante el CND y ante el ASIC del MEM, hecho que no se discute en esta oportunidad y que fue objeto de corroboración, desde el punto de vista técnico, por el perito técnico designado en el proceso, quien en la ampliación del dictamen rendido, al aclarar la pregunta 7 del cuestionario presentado por las partes, señaló:

“La Resolución CREG 055 de 1994 establece “Igualmente, cualquier empresa de generación que tenga un contrato de energía con otro generador por la totalidad de la capacidad efectiva en una unidad de generación de propiedad de este último, representará y se hará responsable para todos los efectos de la unidad generadora ante el CND y el mercado mayorista. Los contratos respectivos no estarán sometidos a las reglas del mercado mayorista”. Corelca es responsable ante el CND y el MEM por la planta en la cual se incluyen todos los derechos y obligaciones como son las desviaciones. Tebsa a su vez tiene la responsabilidad frente a Corelca de acuerdo al contrato de prestación de servicio de energía eléctrica suscrito por las partes”⁽²⁹⁾.

Las relaciones jurídicas que se establecen entre las partes contratantes

Las obligaciones a cargo de las partes contratantes, y sus consecuencias que se sustentan en la autonomía privada de la voluntad de quienes intervienen en la celebración del contrato, son las siguientes:

Las de Corelca en su condición de representante de Tebsa frente al CND y el ASIC.

Las propias o comunes de todo contrato de mandato, entre Corelca y Tebsa.

Relaciones entre Corelca y el CND y el ASIC

Siendo Corelca representante de Tebsa ante el CND y frente al ASIC del MEM, fácilmente se comprende que en la gestión de los asuntos que se realizan en el marco del contrato, Corelca actúa por cuenta y riesgo de la sociedad mandante, esto es, de Tebsa. Y, solamente quedaría obligada frente a terceros cuando no actúe dentro de los límites de sus poderes, es decir, por fuera del alcance de la representación, tal como lo señala el artículo 833 del Código de Comercio que dice textualmente:

“ART. 833.—Los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con este”.

Sin embargo, este régimen general se modifica en virtud del mencionado artículo 4° de la Resolución CREG-055 de 1994, pues Corelca termina siendo “responsable para todos los efectos de la unidad generadora ante el CND y el mercado mayorista”.

El alcance de esta norma es claro y preciso: Los hechos, acciones y omisiones en que pudiere incurrir la planta de Tebsa, que se relacionen con, o surtan efectos en el CND y el ASIC, son atribuibles, para todos los efectos de responsabilidad, a Corelca y no a Tebsa, como ocurre en los contratos de mandato no representativos.

Con todo, lo anterior no puede significar que las obligaciones asumidas por Tebsa mediante el contrato, ni los efectos de su eventual incumplimiento, ni las consecuencias de la representación entre las dos partes hayan desaparecido o se hayan extinguido o modificado por mandato legal. En absoluto. La Resolución CREG-055 de 1994, en su artículo 4°, regula y precisa la responsabilidad de Corelca frente a terceros determinados, que son el CND y el ASIC, pero deja a salvo las relaciones internas de las partes en el contrato.

Para efectos prácticos, si por ejemplo Tebsa incumple cualquier norma contenida en el reglamento de operación (L. 143/94, art. 11), la acción de reparación o resarcitoria estará dirigida por el CND no contra Tebsa, sino contra la persona que la representa, esto es, Corelca.

Por supuesto, quedan a salvo las acciones de Corelca contra Tebsa, como directo responsable de la infracción, con sujeción a los principios que regulan la responsabilidad civil, según la cual, quien por su acción u omisión quebrante una norma o genere un daño, deberá asumir las consecuencias (C.C., art. 2453). Así mismo deberán tenerse en cuenta las normas que regulen el pago hecho por el mandatario de una obligación propia del mandante.

Obligaciones que surgen entre Corelca y Tebsa

No se discute que las obligaciones que surgen entre Corelca y Tebsa, son las pactadas, en forma expresa, en el contrato PPA, cuyos efectos son *res inter alios acta*.

Tampoco puede ponerse en duda que, en virtud de lo señalado anteriormente, Tebsa se obliga para con Corelca a resarcirla en los casos y situaciones en que esta última, en virtud del mandato imperativo, haya tenido que responder frente a terceros, en su calidad de representante, por los hechos generadores de responsabilidad que solo tienen por causa las acciones u omisiones en que hubiere incurrido Tebsa.

Este es el sentido que debe darse a la estipulación que las partes contratantes, en ejercicio de su autonomía privada de la voluntad, establecieron en la cláusula XII del contrato, cuyo numeral 12.2 es del siguiente tenor:

“12.2. Aplicación de multas y penalizaciones impuestas por terceros

Cada parte será responsable por el pago de cualquier multa o sanción pecuniaria que le sea impuesta en razón de la violación de cualquier ley o reglamento, sin que tenga derecho a reclamación alguna frente a la otra parte”.

Los principios generales que regulan la responsabilidad, tienen establecido que quien causa el daño está obligado a repararlo, y que el mandatario que excede los límites del mandato debe responder frente a terceros. En este último caso, debe entenderse que el mandatario actúa para sí, y, en consecuencia, es el único obligado frente a terceros y

frente a la otra parte contratante. Por el contrario, si no excede los límites del mandato, sino que actúa con sujeción al mismo, quien debe responder es el mandante, de suerte que si el mandatario paga en virtud del mandato, el mandante debe reembolsarle ese valor.

Responsabilidad por las desviaciones

Para efectos del análisis de la controversia, se debe tener en cuenta que a partir del año 1995 se adoptó, en relación con las transacciones de energía eléctrica, un sistema de mercado de energía mayorista, definido legalmente como un “mercado de grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el sistema interconectado nacional, con sujeción al reglamento de operación”⁽³⁰⁾.

La misma Ley 143 de 1994, en su artículo 11, define el reglamento de operación del Sistema Interconectado Nacional (“SIN”), como el “Conjunto de principios, criterios y procedimientos establecidos para realizar el planeamiento, la coordinación y la ejecución de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica”.

El mercado de energía mayorista inició sus operaciones el 20 de julio de 1995, y es el escenario en donde los productores y los comercializadores realizan transacciones comerciales de energía y potencia, y de los servicios auxiliares requeridos para garantizar la confiabilidad del sistema eléctrico. En el mercado de energía mayorista participan los generadores y los comercializadores. En el caso de los generadores, los que se conecten al SIN, están obligados a realizar en este mercado sus transacciones de compra y venta de energía, con sujeción al reglamento de operación y a los acuerdos expedidos por el Consejo Nacional de Operación (“CNO”), como órgano competente para adoptar las normas técnicas requeridas para garantizar la operación del SIN.

Los generadores deben someter al despacho central coordinado por el CND, todas las unidades de sus centrales de generación conectadas al SIN cuya capacidad efectiva total sea igual o superior a 20 MW, o los que, teniendo una capacidad menor, se sometan al despacho⁽³¹⁾.

Los generadores deben operar sus plantas sometidas al despacho central, con sujeción a las reglas de operación definidas en el reglamento de operación contenido en la Resolución CREG-025 de 1995 y sus normas modificatorias. También deben someterse a los acuerdos emitidos por el CNO, así como a las reglas de despacho definidas en el Código de Redes. En este orden de ideas, los generadores son responsables de la coordinación en la operación de sus plantas, así como por que la operación se cumpla dentro de las exigencias requeridas por las buenas prácticas de operación e Ingeniería, las cuales deben observarse durante todo el tiempo, y en todas las condiciones, sean estas ideales o no, tal como lo precisa el perito técnico en la ampliación de su dictamen⁽³²⁾.

Las buenas prácticas de operación e ingeniería tienen que ver con observar plenamente las normas operativas adoptadas por la autoridad regulatoria, y la autoridad responsable por el despacho⁽³³⁾, y se encuentran definidas en el numeral 1.1.8 del contrato PPA, así:

“1.1.8. “Buenas prácticas de operación e ingeniería” significa las prácticas, métodos y actos aceptados o aprobados internacionalmente por la mayoría de las empresas de generación termoeléctrica, los cuales, en un momento específico, en ejercicio de un criterio razonable a la luz de los hechos conocidos o que hubieran sido conocidos razonablemente en el momento de tomar una decisión, se esperaría que permitieran el resultado deseado de una manera consistente con la ley, las regulaciones, la confiabilidad, la economía, y las normas de seguridad y de protección ambiental.

Con respecto a la planta, las buenas prácticas de ingeniería y de operación incluyen pero no se limitan a la adopción de medidas razonables para asegurar:

(...).

(e) La operación de la planta y sus equipos, en una forma segura para los trabajadores, el público en general, el medio ambiente, y cumpliendo, entre otras condiciones: presión de vapor, temperatura, contenido químico y de humedad, calidad del agua procesada, voltaje de operación, corriente, frecuencia, velocidad de rotación, polaridad, sincronización y límites de control del sistema”.

El perito técnico, en su dictamen, señala que “cumplir con el despacho de generación, sin desviaciones, y de acuerdo con las normas de calidad y regulación de frecuencia establecidas por las normas del sector eléctrico, corresponde a una buena práctica de operación e ingeniería”⁽³⁴⁾ y prosigue: “La operación de la planta es responsabilidad de quien cumple esa función, por tanto es quien tiene los controles que le permiten a la planta seguir el programa de despacho en la medida de sus posibilidades, por consiguiente el cumplimiento del despacho programado es responsabilidad del generador de energía”.

Tebesa está obligada a observar las buenas prácticas de operación e ingeniería así como los límites técnicos, en relación con su planta generadora, de acuerdo con lo pactado, entre otros, en los numerales 4.3. y 4.5 del contrato. Según los criterios técnicos, si la planta opera con sujeción a los estándares de calidad que deben ser observados en la operación de una planta similar, no deberían ocurrir desviaciones.

Igualmente, Tebsa se obliga a mantener disponibles los manuales de operación y mantenimiento necesarios para operar y mantener la planta, según el numeral 5.13 del contrato.

Por otra parte, el CND como responsable de la operación del SIN, debe realizar el planeamiento energético y eléctrico de los recursos disponibles de generación y transmisión de manera integrada, tanto en el corto plazo (24 horas y un redespacho de 1 hora), como en el mediano plazo (5 semanas) y en el largo plazo (5 años), de forma tal que se minimicen los costos de operación, y procurando atender la demanda con los niveles de seguridad, confiabilidad y calidad de servicios definidos como parte del mencionado reglamento de operación.

En la operación técnica del SIN, se han definido tres 3) clases de despacho de generación, a saber: el ideal, el programado y el real.

Se entiende como despacho ideal, el procedimiento para la programación de los recursos de generación en estricto orden de mérito, considerando las características técnicas de las plantas y unidades, la oferta de los enlaces internacionales, y la demanda total, sin considerar la red de transporte⁽³⁵⁾.

La autoridad regulatoria ha definido, igualmente, el despacho programado, como la programación de los recursos de generación para un período de veinticuatro (24) horas mediante procesos de optimización diaria, tomando como referencia el despacho programado preliminar, considerando las características técnicas de las plantas y unidades de generación y los requerimientos de AGC, según la regulación vigente⁽³⁶⁾.

El despacho programado es determinado por el CND una vez que ha recibido las ofertas de precio de todos los agentes generadores e incluidas todas las restricciones, y su liquidación le compete al ASIC⁽³⁷⁾.

A su vez, el despacho real se define como el programa de generación realmente efectuado por los generadores, el cual se determina con base en las mediciones en las fronteras de los generadores⁽³⁸⁾.

Las diferencias para cada planta de generación que no participa en la regulación, entre el despacho programado y la generación real, son las desviaciones, que se definen como “la diferencia horaria entre la generación programada para una central de generación y la generación real que esa misma central produjo en el mismo período”⁽³⁹⁾.

Las desviaciones del despacho programado están reguladas en la Resolución CREG- 024 de 1995, anexo A, y sus normas modificatorias. Con anterioridad a la puesta en funcionamiento del MEM, existía un procedimiento para la penalización de las desviaciones⁽⁴⁰⁾.

En el evento en que la diferencia entre el despacho programado y el real, exceda una franja de tolerancia determinada por las reglamentaciones expedidas por la CREG, se aplicará un criterio de penalización que, igualmente, definen los actos proferidos por la misma comisión de regulación, en especial, la Resolución CREG-112 de 1998.

Esta última Resolución CREG-112 de 1998, reguló lo atinente al proceso de cálculo de desviaciones de generación del despacho programado y su respectiva penalización, y modificó parcialmente la Resolución CREG-024 de 1995, en estos aspectos. Establece que si la generación real está por fuera de la franja de tolerancia definida como el cinco por ciento (5%) de la generación en cada planta o unidad ofertada, el generador deberá retribuir a la cuenta

por penalizaciones el valor absoluto de la diferencia entre la generación real y el despacho programado, multiplicado por el valor absoluto de lo penalizado, por que si bien se le reconoce la cantidad total generada, debe pagar la diferencia entre su despacho programado y su generación real y la diferencia entre el precio de bolsa y su precio de oferta.

El valor de las desviaciones es determinado por Interconexión Eléctrica S.A., ISA, en su condición de operador del sistema a través del CND, y como administrador del mercado a través del ASIC. El valor de estas desviaciones no es objeto de litigio entre las partes.

En síntesis, cuando una planta generadora incurre en desviaciones respecto del despacho programado, debe aplicarse una penalización, de conformidad con las reglas establecidas en las disposiciones emitidas por la comisión de regulación.

Por la naturaleza de las obligaciones que surgen del contrato PPA —unas que son de carácter legal y otras que surgen por la voluntad de las partes contratantes—, una vez que el CND comprueba la ocurrencia de las desviaciones, y que su valor ha sido liquidado por el ASIC, a quien corresponde pagarlas es a Corelca⁽⁴¹⁾.

Como se estableció en los párrafos anteriores, Corelca responde ante el CND y el ASIC por los hechos de su representada, esto es, de Tebsa, sin que ello pueda significar que el causante del daño pueda escapar de sus responsabilidades. El planteamiento anterior es reiterado, en su aspecto técnico en la ampliación del dictamen rendido por el perito técnico, en los siguientes términos:

“Corelca es responsable ante el CND y el MEM por la planta en la cual se incluyen todos los derechos y obligaciones como son las desviaciones. Tebsa a su vez tiene la responsabilidad frente a Corelca de acuerdo al contrato de prestación de servicios de energía eléctrica suscrito por las partes”⁽⁴²⁾.

La obligación indemnizatoria a cargo de Tebsa se basa en principios propios de la responsabilidad civil, que imponen deberes a la persona que desarrolle una operación o actividad material que, a la postre, causa un daño. Pretender sostener lo contrario, sería distorsionar la causa del daño, y asignar la responsabilidad a una persona que no tiene un deber de vigilancia o cuidado en la operación técnica de la planta generadora.

Así las cosas, el responsable ante el CND y el ASIC por las desviaciones en que incurra la planta generadora de Tebsa, es Corelca. Y, si esta última paga la sanción o penalización, tanto por mandato legal como por estipulación contractual, está habilitada para exigir a Tebsa a que le reembolse lo pagado.

Debe tenerse en cuenta que el referido pago de las desviaciones es impuesto no solo en virtud de las disposiciones de la CREG, sino también por la estipulación contenida en la cláusula 12.2 del contrato, la cual mantiene su validez y eficacia frente a la Resolución CREG-112 de 1998.

Lo anterior significa que Corelca adquiere frente a Tebsa la condición de acreedor de lo pagado al ASIC en razón de las desviaciones en que hubiere incurrido la planta generadora de Tebsa y que le hubieren sido liquidadas a aquella por el ASIC.

Por consiguiente, Corelca es titular de un derecho de crédito a su favor y en contra de Tebsa, y consecuentemente está facultada para cobrarlo a su deudor, esto es, a Tebsa. Si existiera un procedimiento contractual, de carácter especial, para efectuar este cobro por parte de Corelca, las partes deberían sujetarse al mismo. Si no lo hubiere, se acudirá a la legislación común vigente aplicable en este caso.

En el contrato PPA no se pactó un procedimiento especial para el cobro por parte de Corelca de los valores pagados por concepto de las desviaciones. Únicamente se reguló el procedimiento para la imposición de multas por parte de Corelca (cláusula V – derechos y obligaciones de Tebsa—, numeral 5.14); Glosas (cláusula VIII – facturación y forma de pago —, numeral 8.2.4. – glosas—, numeral 8.2.8. – cancelación de multas); reclamación o ejercicio del derecho de indemnidad (cláusula XII – indemnización —, numeral 12.3. —notificación y procedimiento—).

En consecuencia, Corelca está habilitada para compensar los derechos pecuniarios de que sea titular, con las

deudas dinerarias existentes a su cargo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1714 y siguientes del Código Civil, el cual dispone que cuando dos personas son deudoras una de otra de sumas de dinero líquidas y actualmente exigibles, opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas hasta concurrencia de la menor. En el caso bajo examen, la compensación opera por el solo ministerio de la ley, con independencia de la voluntad de los sujetos obligados, según las voces del artículo 1715 ibídem.

Se trata, entonces, de una compensación que reúne los requisitos del mencionado artículo 1715, por cuanto el pago que hace Corelca al ASIC no está sujeto a plazo ni condición alguna; la obligación a cargo del representante surge del mandato y de las resoluciones de la CREG, y su pago subroga al solvens en las mismas condiciones frente al responsable de las desviaciones, causante de la penalización o sanción.

En conclusión, cuando Corelca paga al ASIC por las desviaciones en que hubiere incurrido la planta generadora de Tebsa, está cancelando, por mandato legal, una obligación de Tebsa cuyo reembolso puede exigirle luego a esta; si existieran deudas recíprocas, líquidas y exigibles, operara la compensación legal.

Con fundamento en los razonamientos anteriores, el tribunal acoge la excepción formulada por Corelca, declarando que ha cumplido con las obligaciones originadas en el contrato celebrado, en cuanto que no está obligada a pagar por su propia cuenta las penalizaciones que le sean impuestas por el ASIC por las desviaciones en que incurriere la planta de Tebsa, de conformidad con la reglamentación vigente y con la estipulación contenida en la cláusula 12.2 del contrato. Para la solución de los derechos de crédito que surgen a favor de Corelca en los casos en que debe pagar las penalizaciones por desviaciones de la planta de Tebsa, son legalmente los descuentos que efectúe Corelca en las facturas por cargo por energía, en razón de la ocurrencia de la compensación, que en este caso opera por mandato legal. Así las cosas, Corelca no ha causado daño a Tebsa, en virtud de haber efectuado los descuentos de las sumas canceladas al ASIC por las penalizaciones por desviaciones en que hubiere incurrido la planta de Tebsa.

Por lo anterior, el tribunal declarará que no hay lugar a acceder a las pretensiones de Tebsa en el sentido de que se declare a Corelca civilmente responsable por tales actuaciones, y, por lo tanto, tampoco procederá la condena a pagar la consiguiente indemnización de perjuicios.

2. Las pretensiones en relación con las diferencias por capacidad disponible y cuentas de créditos.

Capacidad disponible de la planta generadora de Tebsa para efectos contractuales

De las pretensiones de la demanda relacionados con la posibilidad para Tebsa de declarar, durante el “período húmedo”, una “capacidad disponible” de la “planta nueva” superior a 750 MW (pretensiones D, E, F, G y H) y de las correspondientes excepciones planteadas por Corelca, se extrae que el problema jurídico sometido al tribunal, está referido a si Corelca incumple el contrato de prestación del servicio de energía al no reconocerle a Tebsa una capacidad disponible superior a setecientos cincuenta megavatios (750 Mw) o la que resulte de las pruebas de capacidad en la planta nueva durante cada hora del día para efectos de obtener una capacidad disponible promedio de 750 Mw.

Sobre el particular, Tebsa considera que, de acuerdo con el contrato celebrado, puede declarar una capacidad disponible de la planta durante cada hora del día durante todo el año, bien sea durante el período húmedo o el período seco, de aproximadamente 750 Mw, es decir, que puede ser mayor, menor o igual a 750 Mw, y solicita que se le reconozca en consecuencia, como capacidad disponible para la planta, el resultado de las pruebas de capacidad ajustado a las condiciones de sitio.

Para Corelca, por el contrario, ni el numeral 5.8. del contrato ni sus subnumerales contienen estipulaciones que permitan afirmar que la capacidad disponible garantizada a partir de la fecha de terminación de la construcción es de aproximadamente 750 Mw. Considera esta parte que el contrato establece en el numeral 5.8.1 (1) una capacidad disponible promedio anual de la planta (planta nueva y planta actual) de 750 Mw., donde no hay exclusión de las unidades 3 y 4.

Corelca formula la excepción de inexistencia del derecho de Tebsa de declarar una capacidad disponible de la planta nueva durante cada hora del día en el período húmedo superior a 750 Mw; y, en consecuencia, afirma que

mientras Corelca no requiera capacidad adicional con las unidades de la planta actual (Barranquillas 3 y 4), no pueden realizarse pruebas de capacidad disponible y, por tanto, no debe reconocerse como capacidad disponible para la planta nueva, el resultado de las pruebas de capacidad, ajustado a las condiciones de sitio.

Según la cláusula II (objeto del contrato), en su numeral 2.1 (descripción general), el contrato de prestación del servicio de energía tiene por objeto “La prestación por parte de Tebsa a Corelca del servicio de generación de energía eléctrica y capacidad mediante la utilización de la planta actual ubicada en el municipio de Soledad, departamento del Atlántico y la construcción y utilización de la planta Nueva, en el mismo Sitio, para la prestación de dicho servicio. La totalidad de la generación de energía neta producida por la planta será suministrada a Corelca según los términos de este contrato”.

Para efectos contractuales, se define la energía neta como la cantidad de energía eléctrica suministrada a Corelca por Tebsa indicada en los medidores de facturación en los puntos de interconexión (cláusula 1.1.41 del contrato), y como planta, el conjunto de la planta actual y la planta nueva (cláusula 1.1.94).

El numeral 1.1.95 define como planta actual, las cuatro unidades térmicas de vapor existentes en Termobarranquilla (unidad 1, unidad 2, unidad 3 y unidad 4) y los equipos, subestaciones y sistemas, en cada caso, a ser transferidos a Tebsa de acuerdo con el contrato de compraventa de activos o aportadas a Tebsa al momento de su constitución.

Por planta nueva, según el numeral 1.1.96, debe entenderse las cinco turbinas de gas ABB GT11N2 y dos turbinas a vapor capaces de operar en ciclo combinado, y diseñadas para entregar, en condiciones de sitio, aproximadamente 750 Mw en los puntos de interconexión después de la fecha de terminación de la construcción y los otros sistemas, bienes y equipos suministrados bajo el contrato EPC no empleados para la renovación de la planta actual.

El conjunto integrado por la planta actual y la planta nueva, integran la planta que, en virtud del contrato, se destinó a atender el suministro de energía que debe ser entregada por Tebsa a Corelca, en los términos convenidos por las mismas partes.

A su vez, la Resolución CREG-025 de 1995 (código de operación) define la capacidad efectiva de una planta de generación eléctrica, como “La máxima cantidad de potencia neta (expresada en valor entero en MW) que puede suministrar una unidad de generación en condiciones normales de operación. Los valores se presentan en el documento de parámetros técnicos del SIN. Estos valores deben ser registrados y validados por los propietarios de los generadores al CND”.

La Resolución CREG-042 de 1999, en su artículo 1º, define la capacidad efectiva neta, la capacidad nominal y la capacidad efectiva neta equivalente, en los siguientes términos:

“Capacidad efectiva neta: Es la máxima capacidad de potencia neta (expresada en valor entero en MW) que puede suministrar una planta y/o unidad de generación en condiciones normales de operación. Se calcula como la capacidad nominal menos el consumo propio de la planta y/o unidad de generación”.

Capacidad nominal: Es la rata continua a plena carga de una unidad o planta de generación bajo las condiciones especificadas según diseño del fabricante. Es la capacidad usualmente indicada en una placa mecánicamente vinculada al dispositivo de generación”.

“Capacidad efectiva neta equivalente: Es el resultado de multiplicar la capacidad efectiva neta del Sistema Interconectado Nacional por el resultado de aplicar lo dispuesto en el artículo 7º de la presente resolución”.

Con el fin de cumplir con el suministro de energía eléctrica, las partes definieron los valores de la capacidad disponible garantizada que Tebsa debe entregar a Corelca durante el período de construcción de la planta nueva, así como a partir de la fecha de terminación de su construcción.

El aspecto relevante de la controversia planteada al tribunal, se relaciona con el valor de la capacidad disponible anual garantizada que debe entregar Tebsa a partir de la fecha de terminación de la construcción de la planta.

La cláusula V —Derechos y obligaciones de Tebsa—, en su numeral 5.8. —Capacidad disponible garantizada a partir de la fecha de terminación de la construcción—, dispone en su numeral 5.8.1 —capacidad—, lo siguiente:

“(1) Tebsa garantiza que a partir de la fecha de la terminación de la construcción, la planta tendrá y mantendrá la habilidad de producir y entregar una capacidad disponible anual promedio de 750 Mw y así prestar el servicio de energía eléctrica”.

En la cláusula 4.2. del contrato —capacidad disponible—, se pactó lo siguiente:

“Tebsa prestará el servicio de energía eléctrica a Corelca, poniendo a disposición de Corelca la capacidad disponible en los puntos de interconexión y Corelca pagará por dicha capacidad disponible mensualmente de conformidad con los términos y condiciones estipulados en el presente contrato”.

En relación con la prestación del servicio de energía neta, la cláusula 4.3 del contrato es del siguiente tenor:

“... Tebsa prestará el servicio de energía eléctrica mediante la producción y la entrega a Corelca, y esta recibirá y adquirirá de Tebsa, la energía neta de la planta en los términos y condiciones estipulados en el presente contrato”.

Según lo establecido en el anexo I del contrato PPA, las partes acordaron una capacidad límite de 750 Mw a ser suministrados por Tebsa a Corelca, en cumplimiento del referido contrato.

La decisión de las partes contratantes en relación con la capacidad disponible que Tebsa garantizó entregar a Corelca, se reiteró, igualmente, en los trámites de registro e inscripción de la planta generadora ante las autoridades encargadas de la operación del SIN y ante el MEM, en cumplimiento de los mandatos consagrados en las Resoluciones CREG-024 de 1995, CREG-025 de 1995 (código de operación), y en la Resolución CREG-030 de 1996, cuyo artículo 5° establece la obligación del registro de la capacidad efectiva de generación ante el ASIC.

Tebsa inscribió los parámetros técnicos ante el ASIC, una vez terminada la fase de construcción de la planta nueva. Para tales efectos, entregó una copia de los parámetros que hacen parte del contrato PPA, y declaró cinco rangos de potencia en los cuales opera la planta nueva y cuyo rango máximo eficiente va de 562 Mw a 750 Mw, este último declarado como límite máximo.

Con base en la información entregada por Tebsa ante el CND mediante comunicación 1774 de septiembre 18 de 1998, acompañada por el documento de parámetros técnicos, la planta fue declarada en operación comercial con una capacidad máxima de 750 Mw.

Por su parte, en el dictamen pericial técnico rendido dentro del proceso, el perito, en respuesta a la pregunta formulada en relación con la posibilidad de que una planta pueda tener un despacho mayor que los límites técnicos registrados en el CND, afirmó lo siguiente:

“Ante el CND y el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) se registra la capacidad instalada y la capacidad efectiva neta de cada unidad que pertenece a la planta, por lo tanto estos valores obran como límites para el despacho de acuerdo a la disponibilidad declarada por la empresa propietaria o representante ante el ASIC y el CND. Por lo tanto, los despachos no pueden ser mayores a los límites técnicos por ningún motivo”⁽⁴³⁾.

Según los criterios técnicos anteriormente reseñados, así como las manifestaciones de Tebsa y de Corelca hechas ante las autoridades de operación del sistema eléctrico, CND y ASIC, la capacidad disponible anual promedio de la planta (planta nueva más las unidades 3 y 4 de la planta actual), para efectos contractuales, es de 750 Mw, cuya entrega se hará a Corelca con sujeción a la metodología pactada en el contrato, teniendo en cuenta que la entrega de la capacidad disponible puede variar en el tiempo, tanto hacia arriba como hacia abajo.

No obstante, el promedio de la capacidad disponible garantizada será, durante todo el año, de 750 Mw, entendida esta como el valor de disponibilidad que Tebsa garantiza tener en cada año de duración del contrato, de conformidad con el volumen I, sección II, numeral 1°, de los términos de referencia técnico económicos que rigieron la contratación.

Con el fin de que cumpla con la capacidad disponible anual garantizada de la planta de 750 Mw, Tebsa tiene a su disposición las unidades 3 y 4 (planta actual), con las que gana créditos durante el período seco, como se detalla más adelante.

Las partes contratantes pactaron la capacidad disponible garantizada a partir de la fecha de terminación de la construcción, con sujeción a la metodología contenida en la cláusula V —derechos y obligaciones de Tebsa—, numeral 5.8 (capacidad disponible garantizada a partir de la fecha de terminación de la construcción).

La metodología pactada distingue dos períodos durante los cuales Tebsa “producirá y entregará una capacidad disponible anual promedio de 750 MW y prestar el servicio de energía eléctrica”, a saber: uno, seco, y otro, húmedo.

El período seco se define, en la cláusula 1.1.91, como “el período de seis meses que comienza el primero de diciembre y que termina el treinta y uno de mayo”. La cláusula 1.1.90 define el período húmedo como “el período de seis meses que comienza el primero de junio y que termina el treinta de noviembre”.

Tales definiciones coinciden con las estaciones de invierno y verano definidas por la comisión de regulación en las resoluciones CREG-053 de 1994, y CREG-116 de 1996, entre otras.

a) Metodología aplicable en el período seco.

En la cláusula V, numeral 5.8.1., aparte 2, las partes acordaron, para el período seco, la metodología para efectos de entregar la capacidad disponible de la planta, así:

“(2) Durante cada período seco que ocurra a partir de la fecha de terminación de la construcción y hasta la culminación del segundo ciclo de mantenimiento mayor de cada turbina a gas, Tebsa tendrá derecho de (a) declarar a Corelca, (b) entregar, si Corelca lo requiere y (c) recibir pago, por una capacidad disponible promedio de hasta 750 MW más una capacidad disponible adicional de 70 MW con las unidades 3 y 4 de la planta actual, que en adelante se denominarán “período de créditos hasta 70 MW”. Durante cada período seco que ocurra a partir de la fecha en que haya culminado el segundo ciclo de mantenimiento mayor para cada turbina a gas y hasta el final del término del contrato, Tebsa tendrá derecho de (a) declarar a Corelca, (b) de entregar, si Corelca lo requiere, y de (c) recibir pago por una capacidad disponible promedio de 750 MW más una capacidad disponible adicional de 100 MW con las unidades 3 o 4 de la planta actual, que en adelante se denominarán “período de créditos hasta 100 MW”.

Para respaldar la capacidad garantizada de la planta, se pactó un mecanismo de créditos por disponibilidad, los cuales Tebsa ganará con las unidades 3 y 4 en el período seco, por los valores por capacidad disponible que excedan de los 750 Mw, de acuerdo con lo pactado en la cláusula 5.8.2, que, en lo pertinente, señala:

“5.8.2. Créditos por disponibilidad. durante los períodos secos, Tebsa tendrá el derecho, pero no la obligación, de ganar créditos por capacidad disponible mayor a 750 MW con las unidades 3 y 4 de la planta actual y podrá acumular tales déficits (excepto cualquier déficit causado por una falla en alcanzar los niveles mínimos detallados en el numeral 5.9) en los Meses en que la capacidad mensual sea menor a 750 MW durante el ciclo de mantenimiento mayor correspondiente. Excepto por lo previsto en el numeral 5.9, los créditos se podrán aplicar para compensar cualquier salida y serán calculados como sigue...”.

Conforme a lo pactado en el contrato, en el período seco Tebsa podrá ganar créditos con el fin de que pueda suplir los déficits o capacidad mensual inferior a 750 Mw, lo que le permite obtener una remuneración de 750 Mw, que fue lo pretendido por las partes contratantes.

La cuenta de créditos ganados con las unidades 3 y 4 de la planta actual, será abierta el primer día de un ciclo de mantenimiento mayor con un balance de cero (0), y será cerrada en el último día de ese ciclo de mantenimiento mayor. Es una cuenta de balance entre el período comprendido entre un mantenimiento mayor y el siguiente.

En el caso en que la cuenta de créditos tenga un balance positivo en el día de cierre, Corelca no tiene la obligación de efectuar pago alguno a Tebsa por ese balance positivo. Por el contrario, si dicha cuenta de créditos tiene un

balance negativo en el día del cierre del ciclo, Tebsa pagará a Corelca una multa por disponibilidad.

La cuenta de créditos acumula un crédito por cada Mw/mes generado por Tebsa en el período seco en exceso de los 750 Mw, de manera que por cada mes en que la capacidad disponible de la planta sea inferior a 750 Mw, se deducirá un crédito de la cuenta de crédito por cada Mw de déficit.

El perito técnico, con fundamento en los datos entregados, que aluden al final del primer ciclo de mantenimiento mayor (nov./99), dictaminó lo siguiente sobre la aplicación de la metodología pactada en el contrato:

“Para la contabilización de los créditos a que Tebsa tenga derecho, ambas empresas establecerán una cuenta de créditos que será abierta en el primer día de un ciclo de mantenimiento mayor y cerrada cuando este ciclo finalice. Por consiguiente en el cuadro anexo que se presentó se abre la cuenta en cero en octubre 20 de 1998 y se cierra en noviembre de 1999 y en diciembre de 1999 empieza otra cuenta de aplicación de créditos en cero. El valor de 95.53 con que se cierra en noviembre de 1999 es positivo, por lo que, de acuerdo al inciso 4° del numeral 5.8.2, Corelca no tuvo obligación alguna de efectuar pago a Tebsa por este valor positivo.

El cuadro anexo de aplicación de créditos de capacidad inicia el 20 de octubre con una capacidad mensual de 731.06, inferior a la capacidad de 750 MW que Tebsa debe suministrar, por lo tanto la diferencia, reflejada al nivel mensual, es negativa: -7.33.

Para noviembre de 1998, la capacidad mensual de Tebsa fue de 833.88, superior a la obligación de 750 MW del período húmedo, por lo tanto el pago es por 750 MW y la cuenta de créditos no se mueve.

Para diciembre de 1998, inicio del período seco, la capacidad mensual fue de 854.60, la capacidad para pago son los 750 MW más el valor absoluto de la cuenta del mes anterior, -7.33, y va como saldo para la cuenta, la capacidad mensual limitada a la capacidad disponible esperada que es de 820 MW menos lo pagado, 757.33 esto es 62.67. Para el resto de meses el cuadro se desarrolla de la manera como esta explicado en el anexo D3”⁽⁴⁴⁾.

Según el contrato, cada año la proyección de la disponibilidad adicional, que debe sujetarse a lo previsto en el numeral 5.8.2. (1) o (2), según el ciclo de mantenimiento mayor que debe tomarse en cuenta, debe ser revisada y acordada en el comité operativo, el cual podrá hacer ajustes periódicos a dichas proyecciones, y el resultado que se obtenga debe ser observado por Tebsa.

En relación con este punto, el tribunal acoge el dictamen rendido por el perito técnico, en cuanto a que la ganancia de créditos por capacidades superiores a 750 Mw, de acuerdo con el contrato, se da únicamente en los períodos secos, diciembre – mayo⁽⁴⁵⁾.

De tal manera que, además de establecer una metodología distinta para la valoración de la capacidad disponible, teniendo en cuenta si se está en un período seco o húmedo, las partes acordaron que, en la cuenta de créditos, se sumarían los valores por capacidad disponible que excedieran los 750 Mw durante el período seco, únicamente, con sujeción a lo afirmado en los párrafos anteriores.

El contrato, en esta materia no ofrece dificultad alguna, y sus cláusulas reflejan lo querido por las partes.

b) Metodología aplicable en el período húmedo.

La misma cláusula V, numeral 5.8.1., aparte 3, establece lo siguiente:

“(3) Durante cada período húmedo, Tebsa pondrá a la disposición de Corelca capacidad de hasta 750 MW, salvo que Corelca requiera mayor capacidad y Tebsa acepte suministrarla”.

En el numeral 5.8.2 (créditos por disponibilidad), aparte 3, se pactó que:

“(3) Dado que Tebsa no tiene obligación alguna de proveer capacidad disponible mayor a 750 Mw durante el período húmedo, Tebsa no ganará créditos por capacidad disponible mayor a 750 MW durante dicho período”.

A su vez, en virtud de la cláusula 5.9.3 (período húmedo), Tebsa garantiza que durante el período húmedo después

del período de construcción de la planta nueva, mantendrá una capacidad disponible no inferior a 440 MW durante cada hora.

Del contenido de la cláusula V, numeral 5.8.1., aparte 3, se desprende lo siguiente:

- a) Esta estipulación se aplicará cuando se trate del período húmedo.
- b) La obligación de Tebsa es la de poner a disposición de Corelca una capacidad de hasta 750 Mw.
- c) En el evento en que no se aplique lo dispuesto en el literal anterior, Tebsa pondrá a disposición de Corelca una capacidad disponible superior a 750 Mw, siempre y cuando que Corelca lo solicite y Tebsa, por su parte, lo consienta, o acepte suministrarla.

Resulta claro entonces que Tebsa se obligó a tener una capacidad disponible garantizada de 750 Mw, y Corelca a pagar por ella. Esta obligación, pura y simple, vinculó a ambas partes desde la celebración del contrato PPA; y, por supuesto, ambas partes deben cumplirla, conforme a su tenor literal y su sentido, y a lo pretendido por ellas mismas.

Cuando no se aplique esta regla general, consagrada en la metodología convenida por las partes contratantes, las obligaciones a cargo de cada una de ellas, varían siempre y cuando se cumplan dos supuestos:

- a) Que medie petición expresa de Corelca.
- b) Que Tebsa, por su parte, exprese su conformidad con la petición elevada por Corelca.

En consecuencia, la referida obligación no nace si los dos supuestos enunciados anteriormente no se cumplen en forma simultánea; se requiere una petición y una aceptación. Un supuesto sin el otro, impiden el surgimiento de la obligación de tener una capacidad disponible superior a 750 Mw, en el período húmedo. Y si esto ocurre, las partes se someterán a la regla general, señalada en los párrafos anteriores. Por lo tanto, en el período húmedo, Corelca solo está obligada a pagar por una capacidad disponible de 750 Mw, o, conforme lo dictaminó el perito técnico, “De acuerdo con el contrato PPA, numeral 5.8.2. “créditos por disponibilidad” inciso 3º”. Tebsa no tiene obligación alguna de proveer capacidad disponible mayor a 750 MW durante el período húmedo”.”.

Y, según el mismo dictamen, en el período húmedo Tebsa puede tener una capacidad disponible superior a 750 Mw, “solo si Corelca requiere esa mayor capacidad y Tebsa acepta suministrarla, es decir si hay un requerimiento explícito y una aceptación igual”.

De otra parte, se pactó que Tebsa acumularía créditos por los excedentes de capacidad en los períodos secos, generados por las unidades 3 y 4, con sujeción a la metodología señalada anteriormente.

En los períodos húmedos, Tebsa no tiene obligación alguna de proveer capacidad disponible mayor a 750 Mw, y, en consecuencia, no tiene derecho a obtener créditos por capacidad disponible, ya que estos solo se obtienen con las unidades 3 y 4 en los períodos secos, siempre que se den los supuestos acordados por las partes contratantes.

Debe tenerse presente que dichas partes diferenciaron, en forma expresa, los dos períodos, seco y húmedo; diferencia que no solo está claramente establecida en el contrato de prestación del servicio de energía, y así ha sido reconocido en el dictamen técnico rendido dentro del proceso, sino que, también, obedece a la forma como opera el sistema eléctrico nacional, que toma en cuenta la existencia de tales períodos y su incidencia en la confiabilidad del mismo.

Pretender desconocer la existencia de dos períodos, seco y húmedo, cada uno con su propio régimen y metodología regulados expresamente en el contrato celebrado, y confundirlas en una sola metodología para efectos de tener unos parámetros más favorables de la capacidad disponible de la planta —dado que con ello se pretendería ganar créditos durante todo el año—, sería desconocer los requerimientos técnicos de los fabricantes de la planta y los factores técnicos, económicos y financieros que sustentaron los términos y condiciones en que se pactaron las obligaciones de cada una de las partes en el contrato PPA.

No es posible que, en virtud de una demanda, se pretenda obtener unas modificaciones a unas cláusulas contractuales que reflejan el querer de las partes; que no revisten duda alguna sobre su intención; que las partes han consentido por cerca de diez (10) años, y que, finalmente, obedecen a una racionalidad de la operación del sistema eléctrico, en el cual las condiciones climáticas imperantes en el territorio nacional son un factor relevante.

Corelca, en el período húmedo, puede realizar los acotamientos a 750 Mw que efectivamente resulten hora a hora, ya que la capacidad se declara hora a hora durante las 24 horas del día y la capacidad mensual es el resultado del promedio horario. Los despachos de las unidades, así como los eventos de generación que afectan la capacidad de las plantas, se dan a nivel horario y es por ello que Corelca acota a nivel horario la capacidad de la planta, acorde con las situaciones presentadas hora a hora.

Por lo anteriormente expuesto, el tribunal determina que Tebsa, en virtud del contrato, debe poner a disposición de Corelca una capacidad disponible garantizada de 750 Mw, durante cada año de vigencia del contrato PPA.

Conforme con la metodología establecida en el contrato sobre el reconocimiento de créditos a Tebsa, en el período húmedo esta no está obligada a proveer a Corelca una capacidad disponible mayor a 750 Mw, salvo que Corelca requiera mayor capacidad y Tebsa acepte suministrarla. En el período seco, Tebsa ganará créditos con las unidades 3 y 4, los que serán contabilizados en la forma señalada anteriormente, y serán destinados a cubrir los eventuales déficits que puedan presentarse en la capacidad disponible de la planta nueva. En este sentido se debe entender lo previsto en el anexo D-3 del contrato en relación con el período húmedo, que, en manera alguna, pretendió modificar las estipulaciones pactadas en relación con la capacidad disponible garantizada, y que, en consecuencia, establece una metodología distinta a la convenida para el período seco en relación con la contabilización de los créditos por capacidad adicional que puede ganar Tebsa.

Como consecuencia de lo anterior, Tebsa no está facultada contractualmente para declarar, durante el período húmedo, una capacidad disponible de la planta, durante cada hora del día, mayor a 750 Mw, por lo que el tribunal no habrá de acceder a la pretensión formulada por Tebsa respecto de la materia analizada.

3. Las pretensiones en relación con el cargo por arranques.

El contrato PPA prevé, en la cláusula VII – pagos por capacidad, energía y arranques, en su numeral 7.2 (cargos por arranques), aparte 7.2.1. lo siguiente:

“Después de la fecha de iniciación comercial, se podrán efectuar treinta (30) arranques de las turbinas en un año contractual sin ningún costo para Corelca. Una vez se lleven a cabo los primeros 30 arranques de turbina de gas en un año contractual, sin importar la distribución de dichos arranques con el número de turbinas, Tebsa facturará a Corelca por cada arranque adicional de unidades a gas que sea requerido para cumplir con el despacho de unidades entregado por Corelca, los siguientes valores:

(...).

Corelca no pagará ni contabilizará dentro del número de arranques anuales total aquellos asociados con la salida de unidades por efecto de mantenimientos programados o salidas forzadas”.

Para las partes no existe discusión sobre el número de arranques de las turbinas que se efectuarán sin ningún costo para Corelca, que, para estos efectos, es de treinta. Esta última, tampoco pagará ni contabilizará dentro de los treinta arranques anuales, los que se originen en salidas de las unidades, debidas a mantenimientos programados o salidas forzadas.

La controversia planteada ante el tribunal se basa en lo que debe entenderse por “salidas forzadas”, para efectos de la aplicación de la mencionada cláusula 7.2.1., y, consecuentemente, establecer cuál de las partes debe asumir sus costos, a la luz de las obligaciones pactadas en el mismo contrato.

Según se afirma en la demanda, los días 21 y 22 de octubre de 2001, la planta de Tebsa salió del servicio debido a una explosión en el gasoducto de Promigas —empresa suministradora del gas a la planta—, lo que ocurrió en la madrugada del día 21 por la voladura de un tramo por parte de la guerrilla, conforme con las afirmaciones hechas

en la contestación de la demanda.

Este evento obligó a la suspensión del suministro de gas a la planta y, consecuentemente, a la salida de operación de las unidades de generación.

La responsabilidad por el suministro del gas que se requiere para la operación continua de la planta es de Corelca, de conformidad con lo pactado en el numeral 7.2. del contrato y en su anexo A. El operador del gasoducto será seleccionado por Corelca, la que, además, ordenará que se entreguen las cantidades programadas de gas en los puntos de entrega que sean convenidos entre las partes contratantes.

El incumplimiento en el suministro del gas debe ser asumido por Corelca, de conformidad con lo pactado en el contrato.

No obstante, cuando Corelca no suministre el gas en razón de “eventos, circunstancias o combinación de eventos o circunstancias fuera del control razonable de la parte que la invoca, que afecte en forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente contrato”, se habrá configurado un “evento eximente de responsabilidad”, según la cláusula 17.1.1 del contrato PPA.

Para efectos contractuales, los conceptos de evento eximente de responsabilidad y de fuerza mayor, se denominan como eventos eximentes de responsabilidad. Es decir, que cualquiera de tales eventos enumerados en el contrato, tienen la entidad jurídica suficiente para liberar a las partes del cumplimiento de las obligaciones surgidas en razón del mismo.

Vale decir que, en virtud de la ocurrencia de alguno de los eventos sobrevinientes señalados en el contrato, los contratantes se exoneran del cumplimiento de sus obligaciones, previa constatación de los hechos acaecidos, así como de la determinación de sus efectos.

El contrato enumera diversos eventos que se consideran como eximentes de la responsabilidad de las partes, entre los que se incluyen:

“Cláusula 17.1.1.

(...).

(1) eventos políticos que ocurran dentro, o que involucren directamente a Colombia, incluyendo, entre otros:

(...).

(ii) revolución, motín, insurrección, disturbio civil, acto de terrorismo, o sabotaje;

(2) Otros “eventos eximentes de responsabilidad” incluyendo pero no limitados a eventos naturales fuera del control de las partes tales como:

(3) actos de terceros fuera del control de las partes”.

Los efectos de la ocurrencia de un evento eximente de responsabilidad, se señalan en la cláusula 17.1.1., aparte 4, así:

“(4) Tebsa será eximida de su obligación de suministrar la energía eléctrica y la capacidad previstas en este contrato debido a (a) al incumplimiento de Corelca de suministrar el combustible por cualquier motivo, incluyendo por razón de otro de los eventos eximentes de responsabilidad...”.

A su vez, la cláusula 17.4 prevé los pagos a los que está obligada Corelca durante un evento eximente de responsabilidad:

“17.4.1. Corelca continuará efectuando pagos por capacidad a Tebsa durante la ocurrencia de los eventos eximentes de responsabilidad descritos a continuación:

(2) durante la ocurrencia de uno de los siguientes eventos eximentes de responsabilidad que afecten a Tebsa:

(i) el incumplimiento de Corelca de suministrar combustible, como se contempla en el numeral 17.1.1 (4).

(...).

(iv) revolución, motín, insurrección, disturbio civil, acto de terrorismo, o sabotaje, como se contempla en el numeral 17.1.1 (1) (ii).

17.4.2. En el evento en que se requiera que Corelca continúe efectuando los pagos a Tebsa de conformidad con el numeral 17.4.1, la planta será considerada disponible durante la continuación de dicho evento eximente de responsabilidad a la capacidad declarada que hubiese existido si dicho evento eximente de responsabilidad no hubiese ocurrido”.

La salida del gasoducto de Promigas por el evento ocurrido durante los días 21 y 22 de octubre de 2001 (acto terrorista), es un evento eximente de responsabilidad para Corelca, que, de manera particular, se denomina como una salida forzada.

Obra en el proceso una certificación de Interconexión Eléctrica S.A., en su condición de operador del sistema interconectado nacional, en la cual consta que “La causa de la salida de la planta Tebsa el 21 de octubre de 2001, obedeció a la falta de suministro de gas. Esta salida no se debió a un despacho programado”.

El evento de “salida forzada” en el caso del sistema interconectado nacional, ha sido definido en la Resolución CREG-025 de 1995 (código de operación), como la “Desconexión intempestiva de un equipo por falla o defecto del propio equipo o de cualquier otro”.

A su vez, en el dictamen pericial se precisa que “Una salida forzada es una situación de disparo de la planta de generación como producto de alguna falla interna de la planta o por un evento externo y localizado en el sistema eléctrico, al cual la central térmica se encuentra conectada. Igualmente puede ser causante de una salida forzada fallas en el sistema de combustible o de la línea de transporte de gas”.

En el mismo dictamen se afirma que la salida de la planta por causa de una contingencia en el gasoducto, “es una salida forzada”.

De otra parte, en un año contractual, Tebsa podrá efectuar treinta arranques de las turbinas de gas, sin que Corelca deba realizar pago alguno por ello, lo que significa que, en la remuneración que debe pagar esta última, están incluidos los costos en que incurre Tebsa por dicho número de arranques.

Tampoco Corelca deberá efectuar pago alguno por los arranques que estén asociados con las salidas de unidades para efectos de mantenimientos programados, o por salidas forzadas, ni deberá contabilizarlos dentro del número mínimo de arranques, para efectos de la cláusula 7.2.1.

Cuando ocurra una salida forzada de la planta, como en el caso planteado ante el tribunal, Corelca no está obligada a pagar suma alguna a Tebsa por concepto de cargos por arranques; en este caso, el riesgo lo asume Tebsa, previa verificación de que el evento configura una “salida forzada”.

Por su parte, Corelca asumió el riesgo derivado del incumplimiento en el suministro del gas; por tal razón, hubo de efectuar pagos por capacidad a Tebsa, lo que significa que se considera que la planta estuvo disponible durante todo el tiempo que duró el evento eximente de responsabilidad.

La asignación a Tebsa de los costos por los arranques debidos a salidas forzadas de la planta, obedece a la distribución de los riesgos entre las partes contratantes. Corelca, como se explicó, asume los riesgos en el caso de la ocurrencia de un evento eximente de responsabilidad, y por ende debe pagar la capacidad disponible de la planta, en los valores definidos en el contrato, como si esta se encontrara realmente disponible. La distribución de riesgos es consecuencia propia de cualquier contrato, y es correlativa a las obligaciones y beneficios que para las partes se derivan del mismo.

En síntesis, la salida del gasoducto de Promigas por el evento ocurrido durante los días 21 y 22 de octubre de 2001, es una salida forzada, que, conforme con lo pactado en el contrato, no se contabiliza dentro del número total de arranques anuales asociados con la salida de unidades por efecto de mantenimientos o con salidas forzadas. Tampoco puede contabilizarse como un arranque adicional a cargo de Corelca y en consecuencia esta no está obligada a pagarlo, como lo declarará el tribunal.

El concepto del Ministerio Público.

En relación con las manifestaciones contenidas en el concepto rendido por el señor agente del Ministerio Público en el presente proceso en cuanto a las pretensiones de alcance técnico que vienen de analizarse, habida cuenta de que las decisiones que habrá de proferir el tribunal al respecto coinciden, en cuanto al resultado, con la posición del Ministerio Público, el tribunal se abstendrá de profundizar en el análisis puntual de las mismas.

CAPÍTULO IV

Liquidación de la condena

1. Ajustes por cambios en ley en materia tributaria.

De conformidad con el resultado los análisis específicos en relación con las pretensiones de la demanda y con las excepciones que frente a las mismas formuló la parte convocada, procede el tribunal a liquidar las condenas correspondientes a las pretensiones que han de prosperar, que son las relacionadas con los ajustes al cargo por capacidad como consecuencia de cambios en ley en materia tributaria, a efectos de lo cual cabe precisar que, de conformidad con lo estipulado en la cláusula 8.1. del contrato, Tebsa debe facturar a Corelca, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, los cargos (por capacidad, por energía o por arranques, separadamente) causados durante el mes anterior, **“más cualquier otra suma que Corelca le adeude”**. De otra parte, el último párrafo del numeral 7.5.1 y el numeral 7.5.2. de la cláusula 7. disponen que, de presentarse un cambio en ley o un cambio en los datos de referencia, habrá lugar a un ajuste equitativo o a un cambio equitativo al cargo por capacidad y/o al cargo de energía. Finalmente, respecto del pago, la cláusula 8.2.1. señala que “Tebsa facturará a Corelca en USD y Corelca efectuará los pagos en pesos, convirtiendo la suma facturada en dólares a pesos utilizando la tasa representativa del mercado existente a la fecha de pago”. De todo lo anterior se sigue que Tebsa debe facturar a Corelca los referidos “ajustes” o “cambios” en los cargos por capacidad o de energía en dólares.

Por otro aspecto, Tebsa solicita en sus pretensiones que se condene a Corelca a pagarle el valor total facturado de los ajustes en el cargo por capacidad por cambios en ley referentes a impuestos realizados desde enero de 1999 hasta la fecha del laudo; sin embargo, el tribunal encuentra que en el curso del presente proceso únicamente se acreditó la causación y cuantificación de los ajustes al cargo por capacidad por cambios en ley en materia de Impuestos ocurridos hasta el 30 de septiembre de 2002⁽⁴⁶⁾, por lo que el tribunal accederá, respecto de las pretensiones condenatorias, a lo pedido y probado hasta esta última fecha, sin perjuicio por supuesto de la obligatoriedad del pago de los ajustes por cambios en ley ocurridos con posterioridad a dicha fecha de corte y los que en el futuro se causen hasta la finalización del contrato, conforme lo dispuesto por el tribunal.

Partiendo de lo anterior, y teniendo en cuenta las pruebas que obran en el expediente que acreditan la ocurrencia de los cambios en ley en materia tributaria, los cálculos contenidos en el dictamen pericial financiero rendido en el proceso por el doctor Moisés Rubinstein, se condenará a Corelca a pagar a Tebsa, por concepto de ajustes al cargo por capacidad por cambios en ley correspondientes al período transcurrido desde la iniciación del contrato PPA y hasta el 30 de septiembre de 2002, las siguientes sumas de dinero:

1. Cinco millones cincuenta mil sesenta y siete dólares de los Estados Unidos de América (US\$5,050,066), por concepto de los ajustes en el cargo por capacidad por cambios en ley respecto de impuesto sobre la renta y complementarios causados entre 1995 y septiembre de 2002.
2. Trescientos setenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y nueve con ochenta y dos dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 378,469,82) por concepto de los ajustes en el cargo por capacidad por cambios en ley respecto de impuesto de industria, comercio y avisos causados entre 1995 y septiembre de 2002.

3. Un millón trescientos ocho mil cuatrocientos diecinueve con sesenta y seis dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 1,308,419,66) por concepto de los ajustes en el cargo por capacidad por cambios en ley respecto de contribución a las transacciones financieras y gravamen a los movimientos financieros causados entre 1995 y septiembre de 2002.

4. Un millón doscientos ochenta y un mil trescientos cuarenta y ocho dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 1,281,348) por concepto de los ajustes en el cargo por capacidad por cambios en ley respecto del impuesto para preservar la seguridad democrática causado entre 1995 y septiembre de 2002.

5. Ochenta y tres mil ochocientos sesenta y un dólares de los Estados Unidos de América (USD\$83,861), por concepto de los ajustes en el cargo por capacidad por cambios en ley respecto del impuesto al alumbrado público causado entre 1995 y septiembre de 2002.

2. Intereses de mora.

La cláusula 8.2.2 del PPA dispone que “Corelca pagará las facturas a más tardar 60 días calendario después de recibir una factura en sus oficinas”.

Por su parte, la cláusula 8.2.3 establece que si Corelca no realiza los pagos dentro del plazo fijado, pagará, a partir del vencimiento del mismo, intereses de mora a la “tasa de mora —Colombia” o a la “tasa de mora— US”, según se definen en el contrato.

Corelca se opone a que se reconozcan intereses de mora en favor de Tebsa, sobre las sumas en que aquella llegare a ser condenada, pues afirma, con respaldo en las cláusulas VIII y XVI del contrato PPA que para el presente caso no existe la obligación de pagar tales intereses.

La mencionada cláusula VIII sobre facturación y forma de pago le otorga a Corelca, en el numeral 8.2.4, la facultad de formular glosas a las facturas que le presente la convocante. Puntualiza a este respecto, que “los montos glosados que no sean aclarados en este plazo (10 días a partir de la formulación de la glosa) serán resueltos según el procedimiento contenido en la cláusula XVI...” Y agrega: “una vez resuelta la glosa, se procederá de la siguiente manera:

(1) Si la glosa hecha por Corelca es injustificada, el pago de la suma glosada deberá producirse dentro del plazo inicial de la factura que originó la glosa”.

Con fundamento en las disposiciones reseñadas, Corelca afirma que después de proferido el laudo —mediante el cual se resuelvan las glosas que formuló a las facturas de la convocante— tendrá un término de 60 días para hacer los pagos correspondientes y solo desde la expiración de este término comenzarán a causarse los intereses moratorios.

Esta argumentación lleva a Corelca a concluir que “no se halla en mora de pagar las facturas de Tebsa objeto de las pretensiones, dado que aún no se ha resuelto si sus glosas son justificadas o no lo son y, además, no han transcurrido los términos a que se refieren los numerales (1) y (2) del numeral 8.2.4 de la cláusula VIII”.

Para resolver esta diferencia el tribunal debe establecer el recto sentido y el alcance del numeral 8.2.4(2), según el cual, si a la postre se concluye que la glosa hecha por la convocada es injustificada, el pago de la suma en disputa deberá efectuarlo “dentro del plazo inicial de la factura que originó la glosa”. Se sabe que el plazo es de 60 días, pero no hay coincidencia de criterios en cuanto a su punto de partida. Para Corelca, comienza a contar desde la expedición del laudo que ponga fin a las controversias, pues es a través de este medio que se determina si una glosa era pertinente o no.

El texto de la estipulación en comento no manifiesta que el lapso de 60 días comience su recorrido desde el laudo, como podría haberlo precisado, sino que el pago deberá efectuarse “dentro del plazo inicial de la factura”, lo que para el tribunal significa que el término para el pago es el mismo que hubiera tenido la convocada en el caso de que no hubiera glosado la factura. En otras palabras, debe entenderse que el plazo para el pago se tendrá por expirado 60 días calendario después de que Corelca recibió la factura en sus oficinas (cláusula 8.2.2).

Esta solución, a juicio del tribunal, consulta tanto la lógica, como la equidad. La lógica, por cuanto la interpretación judicial debe desestimular los litigios artificiales y evitar convertir en buen negocio la mayor duración de los procesos. Esto se dice dado que si el deudor, no obstante perder el pleito pudiera escapar del pago de intereses de mora, después de prolongados debates extrajudiciales y judiciales, ello se convertiría en una invitación implícita a no pagar y mantener la polémica tanto cuanto fuere posible, pues casi sería un imperativo para la consecución del mayor lucro posible abstenerse de cumplir las obligaciones pactadas, si pudieren satisfacerse años después y sin el reconocimiento de réditos en favor del acreedor.

También la interpretación prohijada por el tribunal atiende los postulados de la equidad, pues resarce adecuadamente al acreedor que durante años se ha visto privado de los recursos que le son adeudados. La otra solución beneficiaría al deudor incumplido y estimularía el retardo y la deslealtad.

Para ilustrar esta materia no sobra traer a colación ciertos comentarios del derecho comparado, aplicados en nuestro medio por la justicia arbitral, en relación con la condena al pago de intereses a la parte vencida durante el tiempo de duración del proceso, no obstante que solo a partir de la sentencia, se puede hablar de una obligación líquida y exigible a cargo del deudor condenado.

Tales comentarios son del siguiente tenor⁽⁴⁷⁾:

“... el tribunal debe precisar que la jurisprudencia transcrita acoge la máxima “ *in illiquidis mora non fit* ”, toda vez que se exige como presupuesto de la mora, que la deuda sea líquida, siendo entendido que no existe liquidez cuando para conocer la cuantía de la obligación se precisa adelantar un proceso⁽⁴⁸⁾.

La doctrina del derecho comparado estima, no obstante, que la estricta aplicación de la aludida máxima, “produce algún tipo de desazón”, por varias razones, entre ellas, porque “la regla jurisprudencial de acuerdo con la cual hay iliquidez siempre que es necesario un juicio para zanjar la cuestión, aparte de no decir más que una obviedad, favorece innecesariamente la litigiosidad, porque es manifiesto que muchos deudores harán necesarios los litigios”⁽⁴⁹⁾.

Se observa, en todo caso, una tendencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España a hacer más flexible la aplicación de la máxima mencionada, según se desprende de lo precisado en la siguiente sentencia: “en torno al alcance de la regla *in illiquidis non fit mora* ha de tenerse en cuenta que, junto a la consideración de la condena al abono de intereses producidos por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago, que da lugar a la mora, cabe también concebir que, si se pretende conceder al acreedor, a quien se debe una cantidad, una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que en su día se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos —frutos civiles o intereses—, no parece justo que los produzcan a favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor.

“En aquellos supuestos, como el del caso, en el que puede fácilmente colegirse en la litis la existencia de una deuda a favor del actor y en contra del demandado, no parece injusto que se entienda que la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se abonen los intereses de tal suma, aún cuando fuese menor de la por el reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial”⁽⁵⁰⁾.

A más de las reflexiones anteriores, ha de tenerse en cuenta que los contratantes pactaron un término preciso para el pago de las facturas, cuyo incumplimiento habría de colocar automáticamente en mora al deudor. En efecto, de acuerdo con la cláusula 8.2.3, las partes dispusieron que, a la expiración del lapso de sesenta días calendario desde la entrega a Corelca de las facturas, la convocada quedaría constituida en mora, y por tanto, obligada a pagar intereses de mora desde esa fecha, la cual ha de calificarse como la culminación de un plazo determinable, según las estipulaciones contenidas en los numerales 8.2.2 y 8.2.3 del PPA. Se trata de la constitución en mora prevista en la regla 1ª del artículo 1608 del Código Civil, la cual opera “cuando (el deudor) no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado”.

Así las cosas, no habiendo prosperado las glosas formuladas en su oportunidad por Corelca para abstenerse de pagar las facturas presentadas por Tebsa en las que se efectuaron los ajustes por cambios en ley en materia tributaria, de conformidad con lo que se resuelve en este laudo, los intereses de mora deberán liquidarse, respecto de cada factura, a partir del vencimiento del término de 60 días calendario contado desde la entrega a Corelca de la misma.

Debiéndose los intereses de mora a partir de esta (C.C., arts. 1.615 y 1.617 y L. 65/90, art. 65), el tribunal habrá de condenar a Corelca a pagarlos, a la tasa estipulada por las partes, desde la expiración del lapso de 60 días que originalmente tenía para pagar las obligaciones a su cargo.

A este efecto, acorde con las cláusulas 8.2.2 y 8.2.3 del contrato PPA, en concordancia armónica con las cláusulas del mismo a las que atrás se hizo alusión, ha de entenderse que los intereses de mora sobre los ajustes por cambios en ley, estando estos denominados en dólares, han de facturarse por Tebsa a Corelca en la misma moneda, aplicando al efecto la “tasa de mora-US” definida en el contrato. Corelca por su parte deberá cancelarlos en moneda legal colombiana, convirtiendo la suma liquidada en dólares a pesos utilizando la tasa representativa del mercado existente a la fecha de pago.

En el anterior orden de ideas, el tribunal acogerá los cálculos de los intereses de mora a la “tasa de mora USD” realizados por el perito financiero en su dictamen rendido en este proceso, actualizados a 30 de octubre de 2004 según la siguiente tabla, suministrada por el perito financiero mediante escrito que se adjunta como anexo al presente laudo:

Libor hasta octubre 30 de 2004

1. Intereses de mora sobre los ajustes en el cargo por capacidad correspondientes a cambios en ley en materia de impuesto de renta y complementarios:

Conforme a lo señalado en el dictamen financiero (pagina 45), el cálculo de los intereses de mora al 30 de noviembre 2003 arrojaba un valor de US\$ 348.751.80. Para hacer la actualización de intereses hasta octubre 30.04, se multiplica el valor del saldo por pagar por el efecto de intereses causados desde el 1º de diciembre de 2003 hasta el 30 de octubre de 2004 según la tabla anterior, así:

$US\$5.050.067.00 \times 3.9948\% = US\$201.740.07$ (intereses período dic. 1º/03-oct 30/04)

El resultado anterior adicionado a los intereses calculados hasta 30 de noviembre de 2003 arroja un total de quinientos cincuenta mil cuatrocientos noventa y un dólares con ochenta y siete centavos (US\$ 550.491.87).

2. Intereses de mora sobre los ajustes en el cargo por capacidad correspondientes a cambios en ley en materia de impuesto de industria, comercio y avisos:

Conforme a lo señalado en el dictamen financiero (pág. 45), el cálculo de los intereses de mora al 30 de noviembre 2003 arrojaba un valor de US\$ 76.820,48. Para hacer la actualización de intereses hasta octubre 30.04, se multiplica el valor del saldo por pagar por el efecto de intereses causados desde el 1º de diciembre de 2003 hasta el 30 de octubre de 2004 según la tabla anterior, así:

$US\$378.469,82 \times 3.9948\% = US\$15.119,11$ (intereses período dic. 1º/03-oct. 30/04)

El resultado anterior adicionado a los intereses calculados hasta 30 de noviembre de 2003 arroja un total de noventa y un mil novecientos treinta y nueve dólares con cincuenta y nueve centavos (US\$ 91.939,59).

3. Intereses de mora sobre los ajustes en el cargo por capacidad correspondientes a cambios en ley en materia de contribución a las transacciones financieras y gravamen a los movimientos financieros:

Conforme a lo señalado en el dictamen financiero (pág. 46), el cálculo de los intereses de mora al 30 de noviembre 2003 arrojaba un valor de US\$ 188.266,55. Para hacer la actualización de intereses hasta octubre 30.04, se multiplica el valor del saldo por pagar por el efecto de intereses causados desde el 1º de diciembre de 2003 hasta el 30 de octubre de 2004 según la tabla anterior, así:

$US\$1'308.419,66 \times 3.9948\% = US\$ 52.268,75$ (intereses período dic. 1º/03-oct. 30/04)

El resultado anterior adicionado a los intereses calculados hasta 30 de noviembre de 2003 arroja un total de doscientos cuarenta mil quinientos treinta y cinco dólares con treinta centavos (US\$240.535,30).

4. Intereses de mora sobre los ajustes en el cargo por capacidad correspondientes a cambios en ley en materia de impuesto para preservar la seguridad democrática:

Conforme a lo señalado en el dictamen financiero (pág. 47), el cálculo de los intereses de mora al 30 de noviembre 2003 arrojaba un valor de US\$ 38.086,06. Para hacer la actualización de intereses hasta octubre 30/04, se multiplica el valor del saldo por pagar por el efecto de intereses causados desde el 1º de diciembre de 2003 hasta el 30 de octubre de 2004 según la tabla anterior, así:

$US\$1'281.348 \times 3.9948\% = US\$51.187,29$ (intereses período dic. 1º/03-oct. 30/04)

El resultado anterior adicionado a los intereses calculados hasta 30 de noviembre de 2003 arroja un total de ochenta y nueve mil doscientos setenta y tres dólares con treinta y cinco centavos (US\$ 89.273,35).

5. Intereses de mora sobre los ajustes en el cargo por capacidad correspondientes a cambios en ley en materia de impuesto al alumbrado público:

Conforme a lo señalado en el dictamen financiero (pág. 47), el cálculo de los intereses de mora al 30 de noviembre 2003 arrojaba un valor de US\$4.726,96. Para hacer la actualización de intereses hasta octubre 30.04, se multiplica el valor del saldo por pagar por el efecto de intereses causados desde el 1º de diciembre de 2003 hasta el 30 de octubre de 2004 según la tabla anterior, así:

$US\$83.861 \times 3.9948\% = US\$3.350,08$ (intereses período dic. 1º/03-oct. 30/04)

El resultado anterior adicionado a los intereses calculados hasta 30 de noviembre de 2003 arroja un total de ocho mil setenta y siete dólares con cuatro centavos (US\$8.077,04).

CAPÍTULO V

Costas y agencias en derecho

Para efectos de la liquidación de costas y agencias en derecho, el tribunal tiene en cuenta lo siguiente:

1. Costas:

Mediante auto 1 proferido en la audiencia de instalación del tribunal el 10 de abril de 2003 se establecieron los honorarios y gastos del proceso, en relación con la demanda presentada por Tebsa S.A. ESP contra Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica S.A. ESP – Corelca, fijándose los honorarios de los árbitros y del secretario; los gastos de funcionamiento y administración del centro de arbitraje y los gastos de protocolización, registro y otros en la suma de \$720'000.000, suma esta que fue cubierta en su totalidad por Tebsa, toda vez que Corelca no depositó la suma a su cargo dentro del término establecido por el tribunal.

En el curso del proceso se practicaron tres dictámenes periciales, cuyo costo fue asumido por las partes de la siguiente manera:

El tribunal decretó como honorarios por el peritazgo técnico, a favor del perito Alberto Olarte Aguirre la suma de \$10'800.000; como honorarios por el peritazgo contable-tributario, a favor del perito Egon Adolfo Santiago, la suma de \$20'000.000; y como honorarios por el peritazgo financiero, a favor del perito Moisés Rubinstein Lerner, la suma de \$17'500.000, sumas pagaderas por partes iguales entre Tebsa y Corelca.

En desarrollo de la etapa probatoria se decretó la traducción al español de documentos en inglés, por la cual se pagó honorarios a favor de la traductora oficial, Pilar Gamboa, por un valor de \$ 5.173.600, los cuales fueron cancelados en su totalidad por Tebsa.

En total, los honorarios de los árbitros y el secretario, los gastos de funcionamiento y administración del centro de arbitraje, los gastos de protocolización, registro y otros, honorarios de peritos y honorarios de la traductora ascendieron a \$773'473.600, de los cuales Tebsa sufragó \$749'323.600 y Corelca \$24'150.000.

De conformidad con el numeral 6° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, “En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”. Ahora bien, en consideración a que las decisiones que habrá de adoptar el tribunal en la parte resolutive favorecen parcialmente a Tebsa, desde el punto de vista de las consideraciones jurídicas y de las consecuencias económicas, el tribunal condenará a cada una de las partes al cincuenta por ciento (50%) de las costas totales del proceso, que ascienden a la suma de \$773'473.600, por lo que habiendo Tebsa ya sufragado \$749'323.600, le corresponde pagar a Corelca la suma de \$362'586.800 a favor de la primera.

En consecuencia, Corelca deberá pagar a Tebsa la suma de trescientos sesenta y dos millones quinientos ochenta y seis mil ochocientos pesos (\$362'586.800) por concepto de costas del presente proceso arbitral.

En relación con los pagos para la partida denominada “otros gastos”, una vez se liquiden los gastos efectivamente incurridos, los saldos se reembolsarán o se requerirán en una mitad a cada una de las partes.

Una vez hecho el pago por parte de Corelca, las partes deberán proveer lo necesario para el ajuste entre ellas de las retenciones practicadas a los beneficiarios, en la proporción que cada una finalmente ha de asumir.

2. Agencias en derecho:

Por las mismas razones expuestas en cuanto a las costas, el tribunal considera que no hay lugar a condena en agencias en derecho.

3. Intereses moratorios a cargo de Corelca por el no pago de los honorarios de los árbitros y del secretario; los gastos de funcionamiento y administración del centro de arbitraje y los gastos de protocolización, registro y otros.

Mediante auto de 10 de abril de 2003 se fijaron las sumas que las partes debían sufragar en proporciones iguales por concepto de honorarios de los árbitros y del secretario; gastos de funcionamiento y administración del centro de arbitraje y gastos de protocolización, registro y otros.

De conformidad con el artículo 22 del Decreto 2279 de 1989, la anterior suma debía ser cancelada dentro de los diez días siguientes, sin embargo Corelca no consignó la parte a su cargo, siendo así que Tebsa, en ejercicio del derecho que le otorga la misma disposición, procedió a su pago.

En este orden de ideas se impone dar aplicación al inciso tercero del artículo 22 del Decreto 2279 de 1989 (Modificado por el art. 105 de la L. 23/91), según el cual:

“De no mediar ejecución, las expensas por gastos y honorarios pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para liquidar costas. A cargo de la parte cumplida se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que efectivamente cancela la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo. El tribunal podrá en el laudo ordenar compensaciones”.

Así las cosas, Tebsa tiene derecho a que se reconozca en su favor la sanción moratoria sobre los rubros “Honorarios de los árbitros y del secretario; gastos de funcionamiento y administración del centro de arbitraje y gastos de protocolización, registro y otros” contemplada en la norma transcrita. Dicha sanción equivale a los intereses moratorios a la tasa más alta autorizada, liquidados desde el día siguiente al vencimiento del plazo de los diez días que se tenían para consignar, es decir del veinticinco (25) de abril de 2003, hasta la fecha del pago total de la suma principal.

CAPÍTULO VI

Parte resolutive

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

el tribunal de arbitramento,

RESUELVE:

Primero. Por las consideraciones expuestas en la parte motiva, no proceden las objeciones por error grave formuladas por las partes frente a los dictámenes periciales rendidos en este proceso.

Segundo. Por las consideraciones expuestas en la parte motiva, no procede ninguna de las excepciones formuladas por Corelca frente a las pretensiones A, B y C de la demanda de Tebsa.

Tercero. En relación con las pretensiones de la demanda de Tebsa, el tribunal dispone:

A. Se declara que Corelca ha incumplido el contrato PPA, por no haber dado cumplimiento a la obligación a su cargo contemplada en el numeral 7.5 de la cláusula VII y el anexo L del contrato PPA y el acta suscrita en Nueva York, Estados Unidos de América, por Tebsa y Corelca, relativos a cambios en ley y cambios en los datos de referencia en asuntos tributarios.

B. Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a Corelca a pagar a Tebsa el valor total de los ajustes en el cargo por capacidad que Tebsa ha realizado desde enero de mil novecientos noventa y nueve (1999) hasta el 30 de septiembre de dos mil dos (2002), en su facturación por dicho cargo, por los siguientes valores y conceptos, que a 30 de septiembre de 2002 sumaban:

1. Cinco millones cincuenta mil sesenta y siete dólares de los Estados Unidos de América (US\$5,050,066), por concepto de los pagos realizados a título de impuesto sobre la renta y complementarios.
2. Trescientos setenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y nueve con ochenta y dos dólares de los Estados Unidos de América (USD\$378,469,82) por concepto de impuesto de industria, comercio y avisos.
3. Un millón trescientos ocho mil cuatrocientos diecinueve con sesenta y seis dólares de los Estados Unidos de América (USD\$1,308,419,66) por concepto de contribución a las transacciones financieras y gravamen a los movimientos financieros.
4. Un millón doscientos ochenta y un mil trescientos cuarenta y ocho dólares de los Estados Unidos de América (US\$1,281,348) por concepto del impuesto para preservar la seguridad democrática.
5. Ochenta y tres mil ochocientos sesenta y un dólares de los Estados Unidos de América (USD\$83,861), por concepto del impuesto al alumbrado público.

C. Como consecuencia del incumplimiento por parte de Corelca de las obligaciones referidas en las pretensiones A y B, se declara civilmente responsable a Corelca de los perjuicios ocasionados a Tebsa, y se le condena a la indemnización de perjuicios correspondiente, consistente en el pago de los intereses moratorios de las sumas no pagadas que se señalaron en la pretensión B, liquidados a la tasa de mora – USD pactada en el contrato PPA, desde la fecha del incumplimiento por parte de Corelca de la obligación referida en la pretensión A hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo. Al efecto, téngase en cuenta la liquidación realizada por el tribunal con apoyo en el perito financiero que obra en el capítulo IV, numeral 2º de la parte motiva.

D. Por las razones enunciadas en la parte motiva de este laudo, se rechaza la pretensión D de la demanda de Tebsa; en consecuencia, NO se declara que Corelca haya incumplido el contrato PPA por no haber dado cumplimiento a la obligación a su cargo contemplada en el numeral 7.1.2 de la cláusula VII del contrato PPA, relativa al cargo por capacidad después de la fecha de terminación de la construcción.

E. Por las razones enunciadas en la parte motiva de este laudo, se rechaza la pretensión E de la demanda de Tebsa; en consecuencia, NO se declara que Tebsa puede declarar una capacidad disponible de la planta nueva durante cada hora del día en el período húmedo superior a 750 MW.

F. Por las razones enunciadas en la parte motiva de este laudo, se rechaza la pretensión F de la demanda de Tebsa; en consecuencia, NO se declara que para efectos del cálculo de la capacidad disponible, Corelca no puede realizar

los acotamientos a 750 MW que efectivamente resulten hora a hora.

G. Como consecuencia de las decisiones adoptadas respecto de las pretensiones D, E y F, NO se condena a Corelca al pago a Tebsa de la suma correspondiente al descuento efectuado por Corelca hasta el 30 de septiembre de 2002 en la facturación del cargo por capacidad, por concepto de glosas por capacidad disponible.

H. Como consecuencia del rechazo a la declamatoria de incumplimiento por parte de Corelca de la obligación referida en la pretensión D anterior, NO se declara civilmente responsable a Corelca de los perjuicios ocasionados a Tebsa, y en consecuencia, tampoco se le condena a la indemnización de perjuicios.

I. Como consecuencia de lo resuelto en relación con las pretensiones D y E, y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo, NO se declara que Corelca no puede realizar unilateralmente descuentos sobre las facturas por concepto de cargo por capacidad presentadas por Tebsa, cuando Corelca realice glosas por capacidad disponible, con base en lo estipulado en el numeral 7.1.2 de la cláusula VII del contrato PPA.

J. Por las razones enunciadas en la parte motiva de este laudo, se rechaza la pretensión J de la demanda de Tebsa; en consecuencia, NO se declara que Corelca haya incumplido el contrato PPA por no haber dado cumplimiento a la obligación a su cargo contemplada en el numeral 12.2 de la cláusula XII del contrato PPA, relativa a aplicación de multas y penalizaciones impuestas por terceros.

K. Por las razones enunciadas en la parte motiva de este laudo, se rechaza la pretensión J de la demanda de Tebsa; en consecuencia, NO se declara que Corelca esté obligada a asumir bajo su responsabilidad el pago total de las multas y penalizaciones impuestas por el administrador del sistema de intercambios comerciales, por concepto de penalizaciones por desviaciones.

L. Como consecuencia de lo resuelto en relación con pretensiones J y K, se rechaza la pretensión L de la demanda de Tebsa y en consecuencia NO se condena a Corelca al pago a Tebsa de la suma señalada en la pretensión L.

M. Como consecuencia de lo resuelto en relación con la pretensión J, se rechaza la pretensión M. Y en consecuencia NO se declare civilmente responsable a Corelca de los perjuicios ocasionados a Tebsa, ni se le condena por tanto a su indemnización.

N. Como consecuencia de lo resuelto en relación con las pretensiones J y K, y por las razones enunciadas en la parte motiva de este laudo, NO se declara que Corelca no pueda realizar unilateralmente descuentos sobre las facturas del cargo por energía presentadas por Tebsa, como consecuencia de las penalizaciones por concepto de desviaciones que le sean impuestas a Corelca por el administrador del sistema de intercambios comerciales.

O. Por las razones enunciadas en la parte motiva de este laudo, se rechaza la pretensión O de la demanda de Tebsa y en consecuencia NO se declara que Corelca haya incumplido el contrato PPA por no haber dado cumplimiento al numeral 6.2 de la cláusula VI y al anexo A del contrato PPA, relativos al suministro y entrega del combustible.

P. Como consecuencia de lo resuelto en relación con la pretensión O, se rechaza la pretensión P de la demanda de Tebsa y en consecuencia NO se obligará a Corelca a reconocerle a Tebsa los cargos por arranques necesarios para el reestablecimiento de las unidades, por la indisponibilidad de gas ocurrida en octubre de 2001.

Q. Como consecuencia de lo resuelto en relación con las pretensiones O y P, se rechaza la pretensión Q de la demanda de Corelca y en consecuencia NO se condena a Corelca a pagar a Tebsa la suma correspondiente al descuento y glosa efectuado por Corelca a la factura 0389 de fecha 7 de noviembre de 2001, por concepto de cargos por arranques.

R. Como consecuencia de lo resuelto en relación con la pretensión O, se rechaza la pretensión R de la demanda de Tebsa y en consecuencia NO se declara civilmente responsable a Corelca ni se le condena a la indemnización de perjuicios.

S. En los términos expresados en la sección III.3 numeral 3° del capítulo III de la parte motiva del presente laudo, el tribunal ha interpretado el numeral 7.2.1 de la cláusula VII, en lo que hace relación con la exclusión de

responsabilidad de Corelca de no pagar ni contabilizar dentro del número de arranques anuales totales, aquellos asociados con la salida de las unidades por efecto salidas forzadas; y se ha determinado cuál de las partes del PPA debe asumir los arranques en tal evento.

T. Se declara que Corelca está obligada a pagar a Tebsa, hasta la terminación del contrato PPA, mediante ajustes en el cargo por capacidad y en la forma prevista en el numeral 7.5 de la cláusula VII y en el anexo L del contrato PPA y en el acta suscrita entre las partes en la ciudad de Nueva York, todos los impuestos que: (1) se creen, impongan o modifiquen a cargo de Tebsa con posterioridad al 26 de noviembre de 1993, (2) afecten el costo de construir y/u operar la planta, y (3) no hayan sido previstos dentro de los supuestos que se detallan en los datos de referencia, incluyendo, pero sin limitarse a, el valor total del impuesto sobre la renta y complementarios y sus retenciones en la fuente, el impuesto de industria y comercio, el gravamen a los movimientos financieros, el impuesto para preservar la seguridad democrática y el impuesto de alumbrado público.

U. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo, se rechaza la pretensión U de la demanda de Tebsa y en consecuencia NO se condena a Corelca al pago de todas las costas causadas durante el proceso.

Cuarto. Decláranse improcedentes todas las excepciones interpuestas por la parte convocada frente a las pretensiones A, B y C de la demanda. En cuanto a las excepciones formuladas frente a las demás pretensiones, habida cuenta de la improperidad de estas el tribunal se abstiene de pronunciarse puntualmente sobre aquellas.

Quinto. De conformidad con lo expuesto en el capítulo V de la parte motiva del presente laudo, el tribunal se abstiene de condenar en costas a las partes en el presente proceso, las cuales habrán de ser asumidas por partes iguales por cada una de ellas; en consecuencia, Corelca deberá pagar a Tebsa la suma de trescientos sesenta y dos millones quinientos ochenta y seis mil ochocientos pesos (\$ 362'586.800) por concepto de reembolso de las costas asumidas en exceso por esta parte en el presente proceso arbitral. Esta suma deberá serle pagadas a Tebsa dentro de los seis (6) días siguientes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Sexto. En relación con los pagos para la partida denominada “otros gastos”, una vez se liquiden los gastos efectivamente incurridos, los saldos se reembolsarán o se requerirán en por partes iguales a las dos partes.

Séptimo. Una vez hecho el pago a que se refiere el artículo quinto anterior por parte de Corelca, las partes deberán proveer lo necesario para el ajuste entre ellas de las retenciones practicadas a los beneficiarios de los respectivos pagos, en la proporción que cada una finalmente ha de asumir.

Octavo. Corelca deberá pagar a favor de Tebsa por concepto de intereses de mora sobre los rubros “Honorarios de los árbitros y del secretario; gastos de funcionamiento y administración del centro de arbitraje y gastos de protocolización, registro y otros”, a la tasa más alta autorizada por la ley, equivalente a una vez y media el interés bancario corriente, liquidados desde el día siguiente al vencimiento del plazo de los diez días que se tenían para consignar, es decir del veinticinco (25) de abril de 2003, hasta la fecha del pago total.

Noveno. Protocolícese el expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá.

Notifíquese.

El laudo fue notificado en audiencia a los señores apoderados de las partes, a quienes por secretaría les fue entregada copia auténtica.

Jorge Suescún Melo, Presidente—Nohora Palomo, árbitro—Paul Cahn—Speyer, árbitro.

Luis De Brigard, Secretario.
