



ASUNRTO: MEDIDAS CAUTELARES ANTICIPADAS.
CONVOCANTE: EOLOS ENERGÍA S.A.S. E. S. P.
CONVOCADA: AIR-E S.A.S. E.S.P..
RADICACIÓN: 080013153004202400080-00.

BARRANQUILLA, VEINTE (20) DE MARZO DE DOS MIL VEINTICUATRO (2024)

Se presenta por parte de EOLOS ENERGÍA S.A.S. E. S. P., solicitud de medidas cautelares anticipadas, previas a la constitución del Tribunal Arbitral Internacional promovido por la misma EOLOS ENERGÍA S.A.S. E. S. P., para impedir un daño inminente e irremediable derivado del actuar contrario a la ley y al Contrato, por parte de AIR - E S.A.S. E.S.P.

La petición se fundamenta: “... en los artículos 71 y 90 de la Ley 1563 de 2012 y el artículo 590 (c) del C.G.P y demás disposiciones concordantes o complementarias,...” y se solicita: “... decretar las siguientes medidas cautelares innominadas o similares:

1. *Primera medida cautelar: ORDENAR la suspensión inmediata de la obligación de suministrar energía que le incumbe a la Convocante de conformidad con el Contrato y su correspondiente contraprestación a cargo de la Convocada, desde la fecha de la respectiva providencia que decreta la medida cautelar y hasta la fecha de entrada en operación comercial del Proyecto.*

2. *Segunda medida cautelar: En subsidio de la primera medida cautelar anterior, ORDENAR la suspensión inmediata de la obligación de suministrar energía que le incumbe a la Convocante de conformidad con el Contrato y su correspondiente contraprestación a cargo de la Convocada, desde la fecha de la respectiva providencia que decreta la medida cautelar y hasta que el Tribunal de Arbitraje Internacional convocado por la Convocante en el mes de diciembre de 2023 para resolver las controversias con la Convocada, suscitadas con ocasión de dicho Contrato, profiera un laudo o se pronuncie sobre el decreto de las medidas*

Se afirma por parte del solicitante que AIR-E S.A.S. E.S.P., en su actuar en el desarrollo del contrato que les vincula, no se ajusta ni a la laye ni al contrato, dando cuenta de las razones por las cuales justifica esta petición.

La solicitante EOLOS ENERGÍA S.A.S. E. S. P. manifiesta ser adjudicataria del proyecto generador de energía eléctrica BHETA, que a partir de la Subasta, la Convocante, es decir la misma EOLOS ENERGÍA S.A.S. E.S.P., y su Proyecto Beta resultaron adjudicatarios de sendos Contratos con ciertos comercializadores y, particularmente, con la Convocada, es decir AIR-E S.A.S. E.S.P.-

Se dice que:

“... el Contrato, al igual que los demás contratos de suministro de energía a largo plazo adjudicados en la Subasta, fue celebrado el día 9 de diciembre de 2019. Este contrato fue parcialmente cedido a la Convocada mediante Otrosí No. 1 del 10 de marzo de 2020 .”

En virtud del Contrato, EOLOS ENERGÍA S.A.S. E.S.P se obligó a suministrar a favor de la Convocada la Cantidad de Energía durante el Período de Suministro, obligándose la Convocada a pagar el Precio por dicha Cantidad de Energía, bajo la modalidad de Pague lo Contratado.

“...la obligación de entregar la Cantidad de Energía del Contrato sería exigible a partir de las 00:00 horas del 1 de enero de 2022, aunque la Fecha de Entrada en Operación Comercial, fijada en función de la fecha máxima anunciada de disponibilidad de los Activos de Conexión, estaba proyectada para el 31 de diciembre de 2023”

Afirma la solicitante que “... en los términos previstos en el Contrato, desde el 1 de enero de 2022, la Convocante ha cumplido puntualmente con su obligación de entregar la Cantidad de Energía.”

Y dice enseguida:

“Dado que el Proyecto no ha entrado en operación comercial como resultado de la no disponibilidad de los Activos de Conexión en la fecha inicialmente anunciada y por otras razones fuera de su control, para suministrar la Cantidad de Energía, la Convocante ha tenido que adquirirla en la Bolsa de Energía o mediante contratos bilaterales que ha celebrado con diferentes comercializadores

En lo que hace al precio del suministro de la energía a la convocada, se especifica por la solicitante de la medida:

“De otro lado, en cuanto al costo que supondría adquirir la Cantidad de Energía de otros comercializadores, en la Bolsa de Energía o mediante contratos bilaterales, la Convocante asumió, con base en el comportamiento histórico de los precios de la energía, que el precio promedio ponderado sería de COP \$95,65 kWh.”

...

“De conformidad con la Subasta⁴⁵, el Precio de energía aplicable al Contrato es de COP \$93.98/kWh + CERE⁴⁶. Lo mismo se indica en el Anexo 2 del referido Contrato⁴⁷. En total, el Precio de energía bajo el Contrato ha sido aproximadamente COP \$212/kWh.”

“Como se mencionó atrás, la oferta de la Convocante fue elaborada bajo el supuesto, soportado en datos históricos, donde el precio ponderado al momento de la asignación era de COP \$96,65/kWh.”

“Sin embargo, la energía comprada por parte de la Convocante en el MEM para cumplir con el Contrato ha tenido un precio promedio de COP \$303,22/kWh durante el año 2022⁴⁹ y, para el año 2023, ascendió a COP \$400,88/kWh⁵⁰. Esto implica un costo superior al 150% del Precio del Contrato durante el año 2022 y superior al 200% de dicho Precio durante el año 2023.”

Y concluye sobre esto el solicitante:

“Sin embargo, en contravía de dicha conmutatividad, en la situación actual, la Convocante se está viendo obligada a entregar la Cantidad de Energía objeto del Contrato adquiriéndola en el MEM a un precio ostensiblemente superior al costo de producción estimado para la energía generada por el Proyecto, por un periodo que, igualmente, excede en mucho el que había sido inicialmente estimado con base en la información suministrada por el MME y la UPME para efectos de confeccionar su oferta en el curso de la Subasta.”

“Pero más allá de lo anterior, el propósito mismo de la Subasta y del Contrato, que consistía en permitir la inversión y financiación del Proyecto Beta, se ha tornado inviable, como resultado de la falta de disponibilidad de los Activos de Conexión al SIN para los

proyectos eólicos, los cuales eran presupuesto esencial de la matriz energética complementaria...”

El solicitante explica las razones de ese desequilibrio en el precio, entre otras razones, las circunstancias externas que le han impedido la entrada en operación de su proyecto de generación de energía.

Explica también el solicitante, el estado de desequilibrio contractual, la afectación de la viabilidad del proyecto y las diversas consecuencias adversas que se presentarían. -

El solicitante da cuenta de la intervención gubernamental para paliar el estado de desequilibrio contractual y evitar las consecuencias negativas:

“El 16 de mayo de 2023, el MME expidió la Circular 40012, mediante la cual reconoce expresamente la situación de desequilibrio de los contratos de suministro de energía a largo plazo derivados de las subastas de renovables y exhorta a las respectivas partes contratantes a ajustarlos para hacer viables los proyectos FNCER correspondientes, en los siguientes términos:

“Mediante la presente Circular se exhorta a las partes de los Contratos de Suministro de Energía Media Anual a Largo Plazo con ocasión de las SUBASTAS CLPE NO. 02-2019 y 02-2021 (en adelante Los Contratos) a revisar y, de ser el caso, formular una propuesta de renegociación de las condiciones del contrato, bajo las siguientes consideraciones:

...

2. Revisión del Contrato por Circunstancias Extraordinarias. Las circunstancias alegadas por los generadores, a juicio de este Ministerio, de ser verificadas, podrían ser consideradas como circunstancias extraordinarias que en principio ameritarían, i) de las partes contratantes, la revisión de las condiciones contractuales, con la finalidad de reequilibrar las cargas entre los mismos y, ii) por parte del Estado, su acción para garantizar la seguridad y confiabilidad del sistema eléctrico nacional.

3. Renegociación de los Contratos. En vista del desequilibrio que plantean los generadores, se exhorta a las partes contractuales a renegociar las condiciones, mediante medidas de carácter transitorio y mientras dure la circunstancia, tales como la suspensión temporal de la obligación de suministro de energía hasta que entre en operación el proyecto de generación o cualquier otra alternativa que sea conducente a alivianar el desequilibrio (...).”

En referencia al mismo asunto, cita el solicitante la Resolución 40044 de 2024 Ministerio de Minas y Energía:

“Artículo 3. Libertad en la modificación de los contratos de suministro de energía media anual a largo plazo. Adiciónese al artículo 13 de la Resolución 40590 de 2019 del Ministerio de Minas y Energía, modificado por artículo 40 de la Resolución 40141 de 2021, el siguiente párrafo transitorio: “Párrafo Transitorio: En los Contratos de Suministro de Energía Media Anual a Largo Plazo suscritos con ocasión de las Subastas CLPE No. 02-2019 y 03- 2021, **las partes podrán libremente y de común acuerdo negociar la suspensión de la obligación de suministro energía** y modificar las condiciones del contrato. En el evento de modificar la vigencia del contrato las partes no podrán reducirlo más allá del término inicialmente establecido, pero sí podrán extenderlo por un término no mayor a diez (10) años. Así mismo las partes podrán suscribir contratos coligados a los contratos referidos y ejecutar cesiones de contratos. La negociación de la suspensión o modificación a la que se refiere este

artículo no requerirá autorización del Ministerio de Minas y Energía.” (Resaltes por parte del solicitante al transcribir la norma)

El solicitante nos presenta la solución adoptada con otros contratantes y la conducta de la convocada AIR-E S.A.S. E.S.P:

“Cabe destacar que, a la fecha, la Convocante ya ha logrado acuerdos para la suspensión de la obligación de entrega de la Cantidad de Energía con un número importante de sus contrapartes contractuales en los contratos de suministro de energía relativos al Proyecto. Este arreglo también fue propuesto a la Convocada, tanto antes como después de la Convocatoria, sin que fuera posible un acuerdo. El hecho de que tales acuerdos hayan sido firmados por un número importante de los vendedores es evidencia contundente de la apariencia de buen derecho de los reclamos formulados por la Convocante, pues no de otra forma se entiende que empresas de reconocida trayectoria en el sector energético - públicas y privadas- hubieran celebrado tales modificaciones a los contratos de suministro”

“Lo anterior también evidencia el carácter abusivo e infundado de la conducta de la Convocada al negarse a aceptar la suspensión de la obligación de entrega de la energía y a diferir dicha entrega hacia el futuro. Conviene anotar que la jurisprudencia nacional ha señalado que ante circunstancias especiales que afecten la ejecución de un contrato, por ser imprevisibles, irresistibles y externas a las partes, surge un deber de renegociación propio de la buena fe. A juicio del Consejo de Estado, las partes deben tratar de acordar unas nuevas condiciones que faciliten la ejecución del contrato y el incumplimiento de esta obligación de medio, es decir, de tratar de agotar ese intento de arreglo directo, habilita el reclamo de perjuicios ante el juez del contrato, en caso de que se causen.”

CONSIDERACIONES.

Somos competentes para pronunciarnos frente a esta solicitud acorde a lo establecido en el artículo 68 de la Ley 1563 de 2012. Las medidas cautelares previas o coetáneas a solicitud de arbitraje internacional proceden según lo disponen los artículos 71 y 90 de la misma ley.

El artículo 90 de la Ley 1563 de 2012 prescribe:

ARTÍCULO 90. MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL. Con anterioridad a la iniciación del trámite arbitral o en el curso del mismo, e independientemente que el proceso se adelante en Colombia o en el exterior, cualquiera de las partes podrá acudir a la autoridad judicial para que decrete medidas cautelares. La autoridad judicial ejercerá dicha competencia de conformidad con su propia ley procesal y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional. (Resaltes del juzgado)

De su parte el inciso 2º., del literal c), numeral 1º., del artículo 590 del C. G del P., preceptúa:

ARTÍCULO 590. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS. En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

. 1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.
(Resalte del Juzgado)

El solicitante de la medida nos pone de presente las dificultades que han surgido luego de la celebración del contrato, y como las mismas han impactado la conmutatividad al punto de poner en riesgo el proyecto de generación de energía eólica, que es la base sobre la cual se cimentó el contrato.

Es claro que, de acuerdo a lo expuesto por el solicitante, existe un estado de desequilibrio contractual que afecta sus intereses, y aún los de terceros, en palabras del solicitante.-

Sin embargo, no se aprecia cual sería la conducta contraria al negocio contractual por parte de AIR-E S.A.S. E.S.P.-

El solicitante no invoca norma alguna, ni en los pliegos de la licitación, ni en los contratos que obliguen a la convocada a realizar la conducta que se pretende, es decir suspender el contrato ante las circunstancias alegadas.

Se invoca que mediante la Circular 40012 de 16 de mayo de 2023, del Ministerio de Minas y Energía, este ente gubernamental exhorta a las partes de los Contratos de Suministro de Energía Media Anual a Largo Plazo con ocasión de las SUBASTAS CLPE NO. 02-2019 y 02-2021, a revisar los contratos, a renegociarlos y adoptar medidas de carácter transitorio y mientras dure la circunstancia, tales como la suspensión temporal de la obligación de suministro de energía hasta que entre en operación el proyecto de generación.

Esa circular, como bien se expresa, es una exhortación a las partes, y no una norma de carácter imperativo que impacte los contratos al punto de establecer la obligación de los contratantes de suspenderlos.

La suspensión dependerá de la voluntad de las partes, como lo hicieron otros contratantes según afirma el solicitante; sin embargo, ni la circular ni la conducta de otros contratantes resultan vinculantes para el convocado para determinar su conducta contractual al punto de obligarle a la suspensión del contrato.

Que los contratantes están sujetos al principio de la autonomía de la voluntad, se deja ver del texto de la Resolución 40044 de 2024 Ministerio de Minas y Energía, cuando en su artículo 3º., arriba transcrito, deja a las partes la posibilidad de modificar los contratos de suministro de energía de que se trata, con una expresión que no deja lugar a dudas, resaltada por el mismo solicitante:

“Artículo 3. Libertad en la modificación de los contratos de suministro de energía media anual a largo plazo. ...

En los Contratos de Suministro de Energía Media Anual a Largo Plazo suscritos con ocasión de las Subastas CLPE No. 02-2019 y 03- 2021, las partes podrán libremente y de común acuerdo negociar la suspensión de la obligación de suministro energía y modificar las condiciones del contrato...” (Realce en rojo del despacho)

Se dice por el solicitante que *la jurisprudencia nacional ha señalado que ante circunstancias especiales que afecten la ejecución de un contrato, por ser imprevisibles,*

irresistibles y externas a las partes, surge un deber de renegociación propio de la buena fe, afirmando seguidamente que, A juicio del Consejo de Estado, las partes deben tratar de acordar unas nuevas condiciones que faciliten la ejecución del contrato y el incumplimiento de esta obligación de medio, es decir, de tratar de agotar ese intento de arreglo directo, habilita el reclamo de perjuicios ante el juez del contrato, en caso de que se causen.”

El deber de renegociación no implica necesariamente la suspensión del contrato; eEl memorialista no presenta esa conclusión, como tampoco nos cita jurisprudencia en concreto en tal sentido.

En lo que hace a pronunciamiento del Consejo de Estado, debe recordarse que el asunto no es de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, pues no interviene entidad estatal como parte en el contrato de que se trata, siendo jurisprudencia vinculante para este despacho sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil o del Tribunal Superior de Barranquilla Sala Civil-Familia.

Lo anterior nos lleva a que no se cumplen las condiciones para el decreto de las medidas pedidas, en especial lo dispuesto en el segundo inciso del literal c) del numeral 1º., artículo 590 del C. G del P., pues no se evidencia la existencia de amenaza o vulneración de derechos por parte AIR-E S.A.S. E.S.P., que justifiquen suspender el contrato.

Por lo anterior el Juzgado,

R E S U E L V E

1º) NEGAR la solicitud de medidas cautelares elevada por EOLOS ENERGÍA S.A.S. E. S. P.-

2º) TENER al doctor LUIS FELIPE BOTERO ARISTIZÁBAL, como apoderado de EOLOS ENERGÍA S.A.S. E. S. P.-

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Firmado Por:

Javier Velasquez

Juez Circuito

Juzgado De Circuito

Civil 004

Barranquilla - Atlantico

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6739d939fd96bcce1b9afd41ff3e4c36d377d8e586234004afe7feed7b179d2e**

Documento generado en 20/03/2024 10:44:33 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>