



República de Colombia



Libertad y Orden

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

RESOLUCION 4 0986

(27 SEP 2018)

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 4 0737 del 12 de julio de 2018, que modificó la Fecha de Puesta en Operación del proyecto denominado "*Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas*", objeto de la Convocatoria Pública UPME 05-2015

LA MINISTRA DE MINAS Y ENERGÍA

En uso de las facultades legales, en especial las contenidas en el numeral 1 del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, y

CONSIDERANDO:

Que en atención a solicitud efectuada por Desarrollo Eléctrico Suria S.A.S. E.S.P. – DELSUR S.A.S. E.S.P., el Ministerio de Minas y Energía mediante Resolución No. 4 0737 del 12 de julio de 2018, modificó la Fecha de Puesta en Operación – FPO del Proyecto denominado "*Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas*" objeto de la Convocatoria Publica UPME 05-2015, en un término de CUARENTA Y UN (41) días calendario, contados a partir del 16 de julio de 2018, fijando como nueva fecha oficial de puesta en operación el día 26 de agosto de 2018.

Que se ha presentado recurso de reposición en contra de la Resolución No. 4 0737 del 12 de julio de 2018, para lo cual debe expedirse el presente acto administrativo adoptando la decisión de fondo que corresponda.

I. CONSIDERACIONES DE DELSUR S.A.S. E.S.P.

Mediante escrito radicado en este Ministerio bajo el No. 2018057004 del 30 de julio de 2018, el Representante Legal de DELSUR S.A.S. E.S.P. presentó Recurso de Reposición en contra de la Resolución 4 0737 del 12 de julio de 2018, solicitando el otorgamiento de 61 días adicionales a los ya reconocidos, con el fin de obtener el aplazamiento en el tiempo de la FPO del proyecto.

Señala DELSUR que el día 30 de septiembre de 2015 le fue adjudicado el proyecto y que el día 10 de febrero de 2016 se publicó en el Diario Oficial 49.782 la Resolución CREG 224 de 2015, por medio de la cual se oficializaron los Ingresos Anuales Esperados – IAE para el citado proyecto de construcción de la Subestación Palenque 230 kV, lo que representa un lapso de 133 días y que frente al promedio en que tarda la CREG para expedir las resoluciones de oficialización de IAE, encontró que éste es de 76 días, por lo que reitera su solicitud de reconocimiento de 61 días adicionales que corresponden a la diferencia entre los 133 transcurridos, menos el promedio mencionado.

II. ANÁLISIS DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

L/10



"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 4 0737 del 12 de julio de 2018, por medio de la cual se modificó la Fecha de Puesta en Operación del proyecto denominado "Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas", objeto de la Convocatoria Pública UPME 05-2015"

En la oportunidad legal se interpuso el Recurso de Reposición en contra de la Resolución No. 4 0737 del 12 de julio de 2018, dentro del cual DELSUR S.A.S. E.S.P. manifestó que debido a las demoras por parte de la CREG en la expedición del acto administrativo que oficializa los Ingresos Anuales Esperados se evidenció un impacto negativo en su calendario de ejecución.

Para sustentar el recurso impetrado, DELSUR S.A.S. E.S.P. reafirmó que conforme los tiempos promedio que demora en surtir la CREG el acto administrativo que oficializa los IAE, existe un hecho imprevisible e irresistible por la demora y falta de diligencia en cabeza del regulador y por tal motivo, solicita sesenta y un (61) días calendario adicionales a los cuarenta y un (41) días otorgados.

Por lo anterior, es preciso aclarar la importancia del acto administrativo que oficializa los ingresos anuales esperados, habida cuenta que conforme los Documentos de Selección del Inversionista, la empresa no puede entrar en trabajos de desarrollo y construcción del proyecto hasta tanto no se tenga el mencionado acto, tal y como se señala en el inciso segundo del numeral 3 que dispone:

"Una vez expedida la Resolución de la Comisión de Regulación de Energía y Gas que oficialice el Ingreso Anual Esperado, el Inversionista deberá construir el Proyecto, interconectándose al Sistema de Transmisión Nacional, todo de acuerdo con las especificaciones técnicas requeridas para el desarrollo del Proyecto, incluidas las del Anexo No. 1, el Plan de Calidad y cronograma presentados como parte integrante de su Propuesta para la presente Convocatoria Pública."

Obsérvese entonces que la obligación de ejecución del proyecto inicia a partir de la oficialización del IAE por parte de la CREG, sin perjuicio de la obtención previa de la Licencia Ambiental, actuación aquella que permite, además, que la interventoría pueda firmar contrato con la fiducia, momento a partir del cual el interventor tiene la facultad de iniciar el seguimiento al proyecto. Lo anterior, en razón a que el formulario número 8 de los DSI, adopta como obligatoria la minuta del contrato de interventoría plasmada en el Anexo No. 4 y que dispone:

"CLÁUSULA 35. - DOCUMENTOS ANEXOS AL CONTRATO

Los siguientes documentos formarán parte del Contrato:

(...)

e) La Propuesta del Adjudicatario con base en la cual fue expedida por la CREG la Resolución XX de XX, que le oficializó el ingreso anual esperado.

f) La Resolución XX de XX expedida por la CREG oficializando el ingreso anual esperado del Adjudicatario."

Así las cosas, el contrato del interventor sólo puede perfeccionarse con la presentación de los documentos exigidos, entre los cuales se requiere contar con la resolución de oficialización del IAE al inversionista.

Ahora bien, los efectos de la Resolución que oficializó el Ingreso Anual Esperado a DELSUR, surtían a partir de la publicación de la misma en el Diario Oficial, lo cual aconteció el 10 de febrero de 2016, pero no resulta posible aceptar que el plazo para oficializar el IAE cuente a partir de la adjudicación del proyecto a DELSUR, pues la empresa se encontraba obligada a entregar a la UPME: i) Constitución de la E.S.P., ii) expedición de la Póliza o Garantía de Cumplimiento aprobada por el ASIC, iii) suscripción del Contrato de Fiducia, y iv) acreditación de la entrega de los recursos



"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 4 0737 del 12 de julio de 2018, por medio de la cual se modificó la Fecha de Puesta en Operación del proyecto denominado "Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas", objeto de la Convocatoria Pública UPME 05-2015"

para pagar la interventoría, al patrimonio autónomo de la Fiduciaria. Esto con el fin que la UPME, posteriormente solicitara a la CREG la oficialización del IAE.

Una vez el inversionista efectuó la entrega de los documentos mencionados, la UPME envió a la CREG concepto sobre el cumplimiento de los mismos para la aprobación del IAE el día 9 de noviembre de 2015, tal como consta en la Resolución CREG 224 de 2015. Es a partir de entonces cuando empieza a correr la responsabilidad de la CREG para la expedición de la resolución que oficializa el IAE.

En este sentido, ante la ausencia normativa que existe respecto a los términos para la expedición del acto administrativo que oficializa los Ingresos Anuales Esperados y a la necesidad de realizar el análisis respectivo, se hará el estudio bajo la luz de lo establecido en la Ley 1437 de 2011 modificada por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, y no conforme al promedio que el inversionista alega.

Así las cosas, en el artículo 14 de la citada ley se señala:

"Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

PARÁGRAFO. *Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto"*

Conforme lo anterior, la CREG como fecha máxima, debió emitir la Resolución que oficializa los ingresos anuales esperados el día 23 de diciembre del 2015, sin embargo como se observa en el Diario Oficial, la autoridad superó tal fecha por cuanto el Acto Administrativo del IAE pese a ser expedida el día 11 de diciembre de 2015, solo se publicó hasta el 10 de febrero del 2016.

Se tiene entonces una demora de cuarenta y nueve (49) días calendario, contados a partir del 24 de diciembre de 2015 (teniendo en cuenta que la fecha máxima en que debió expedir el acto administrativo era el 23 de diciembre de 2015) van hasta el 10 de febrero de 2016 (fecha en que se publicó el acto administrativo), lo que se constituye en un evento de fuerza mayor al salir tal actuación de la órbita de competencia del inversionista, no siendo posible imputarle responsabilidad alguna por esta demora que a todas luces le es imprevisible e irresistible.

Así, procede entonces indicar los requisitos señalados por el artículo 64 del Código Civil Colombiano, los cuales han sido desarrollados jurisprudencialmente, para con



"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 4 0737 del 12 de julio de 2018, por medio de la cual se modificó la Fecha de Puesta en Operación del proyecto denominado "Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas", objeto de la Convocatoria Pública UPME 05-2015"

esto expresar de manera clara qué es la Fuerza Mayor y cuáles son los requisitos para su procedencia, a fin de determinar si sobre los argumentos esgrimidos por DELSUR S.A.S. E.S.P. en relación con la demora en la expedición y aplicación de la Resolución que oficializa los ingresos anuales esperados, se tipifica tal figura jurídica.

Prescribe el artículo 64 del Código Civil:

"Artículo 64. Fuerza Mayor o Caso Fortuito. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público...." (Negrillas y subrayado fuera de texto)

Encontramos entonces que para que se constituya hecho de fuerza mayor, deben estar presentes los elementos de imprevisibilidad y de irresistibilidad. Ahora bien, resulta necesario comprender el significado de cada uno de estos para con ello determinar si en efecto existen tales elementos en lo acaecido con la demora de la CREG.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia del 23 de junio del año 2000 en la cual además de citar los dos (02) elementos ya señalados propone un nuevo elemento integrador, indicó:

i. Imprevisibilidad

(...) "tres criterios sustantivos han sido esbozados por ella, en orden a establecer cuando un hecho, in concreto, puede considerarse imprevisible, en la medida en que es indispensable examinar cada situación de manera específica e individual, a fin de obviar todo tipo de generalización:

- 1) El referente a su normalidad y frecuencia;
- 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y
- 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo".

ii. Irresistibilidad

(...) "en el lenguaje jurídico" debe entenderse por tal, "aquel estado predicable del sujeto respectivo que entraña la imposibilidad objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos" (...) En tal virtud, este presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente, la persona no pueda -o pudo- evitar, ni eludir sus efectos (...).

iii. Concomitancia

(...) "estos dos requisitos: la imprevisibilidad y la irresistibilidad, deben estar presentes coetánea o concomitantemente, para la concreción de este instituto jurídico exonerativo de responsabilidad, tal y como ha sido señalado en reiterada jurisprudencia de la Corporación (Sentencias del 26 de julio de 1995 expediente 4785; 19 de julio de 1996 expediente 4469; 9 de octubre de 1998 expediente 4895, entre otras), de forma que si se verifica uno de ellos, pero no los dos, no será posible concederle eficacia alguna, ya que esta es bipolar".

Se realiza entonces el correspondiente análisis y con ello se establece la real existencia de los tres (03) elementos integradores para proceder al reconocimiento de los días de atraso.



"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 4 0737 del 12 de julio de 2018, por medio de la cual se modificó la Fecha de Puesta en Operación del proyecto denominado "Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas", objeto de la Convocatoria Pública UPME 05-2015"

Análisis del Ministerio por la Presunta Fuerza Mayor por demoras en la expedición del Acto Administrativo del IAE	
Elemento a analizar	Aplicación al caso en concreto
Imprevisibilidad	Según lo señalado por el artículo 14 del CPACA, modificado por el Artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, el Acto Administrativo que oficializa el Ingreso Anual Esperado, deberá surtirse dentro de un término legal de 30 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud por parte de la UPME, por lo que no resultaba previsible para DELSUR S.A.S. E.S.P. que la CREG superara el tiempo previsto para el trámite que debe incluir la capacidad de dar fuerza al mismo, lo que ocurría con su publicación.
Irresistibilidad	Se evidenció que en razón a la demora generada por la CREG, DELSUR S.A.S. E.S.P. quedó condicionada a la expedición del Acto Administrativo que oficializa los ingresos anuales esperados, toda vez que hasta tanto no esté ejecutoriada la resolución no puede iniciar con la construcción del proyecto, tal como se indica en los DSI.
Concomitancia	Dado que se comprobó la existencia de los dos elementos antes señalados, se concluye que este tercer y último requisito también se cumple.

Así las cosas, se encuentra probada la existencia de los tres elementos requeridos, por lo cual resulta viable a este despacho considerar que se encuentra configurada la fuerza mayor y en consecuencia, deberá proceder al reconocimiento de **cuarenta y nueve (49) días** calendario por la demora acaecida en la expedición de la resolución de oficialización del IAE, entre el 24 de diciembre de 2015 y el 10 de febrero de 2016.

Con fundamento en lo expuesto,

RESUELVE

Artículo 1. Reponer el artículo 1° de la Resolución MME 4 0737 del 12 de julio de 2018 y en su lugar modificar la Fecha de Puesta en Operación del Proyecto denominado "Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas", objeto de la Convocatoria Palenque UPME 05-2015, según lo consignado en la parte motiva del presente Acto Administrativo, en un término de **cuarenta y nueve (49) días calendario**, contados a partir del 27 de agosto de 2018. En consecuencia, la nueva Fecha oficial de Puesta de Operación del proyecto es el día **14 de octubre de 2018**.

Artículo 2. La Empresa Desarrollo Eléctrico Suria S.A.S. E.S.P. - DELSUR S.A.S. E.S.P., deberá actualizar la garantía única de cumplimiento por un periodo igual al tiempo desplazado, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Resolución MME 18 0924 del 15 de agosto de 2003.

Artículo 3. Comunicar la presente resolución a la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG, así como a la Unidad de Planeación Minero Energética - UPME y al Operador del Sistema Interconectado Nacional - XM, para su conocimiento.

Artículo 4. Notificar la presente resolución al Representante Legal de la Empresa Desarrollo Eléctrico Suria S.A.S. E.S.P. - DELSUR S.A.S. E.S.P., advirtiéndole que



"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 4 0737 del 12 de julio de 2018, por medio de la cual se modificó la Fecha de Puesta en Operación del proyecto denominado "Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas", objeto de la Convocatoria Pública UPME 05-2015"

contra la misma no procede recurso alguno, según lo establecido por la Ley 1437 de 2011.

Para ello se enviará citación para notificación personal a los correos electrónicos gerencia@delsur.com.co y Gabriel.houghton@edemsa.com.co

Artículo 5. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D. C., 27 SEP 2018

MARÍA FERNANDA SUÁREZ LONDOÑO
Ministra de Minas y Energía

Proyectó: María Alejandra Fonseca Niño/ OAJ
Revisó: Belfredi Prieto Osorno/Coordinador Grupo Energía OAJ
Aprobó: Laura Victoria Bechara Arciniegas/Jefe OAJ **LV3**