



República de Colombia



Libertad y Orden

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

RESOLUCIÓN NÚMERO **4 0 3 7 4**

(**1 0 DIC 2020**)

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 4 0204 del 17 de julio de 2020, que modificó la fecha de puesta en operación del proyecto "*Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas*", objeto de la convocatoria pública UPME 05-2015

EL MINISTRO DE MINAS Y ENERGÍA

En uso de sus facultades legales, en especial la contenida en el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, y

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución 4 0204 del 17 de julio de 2020, el Ministerio de Minas y Energía resolvió la solicitud de modificación de fecha de puesta en operación – FPO - del proyecto denominado "*Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas*", objeto de la convocatoria pública UPME 05-2015, presentada por la empresa Desarrollo Eléctrico Suria S.A.S. E.S.P. – DELSUR -, decidiendo negar la solicitud de aplazamiento y en consecuencia, confirmando como FPO del proyecto el 19 de marzo de 2019.

Que a través de correo remitido a gerencia@delsur.com.co el día 21 de julio de 2020, se notificó personalmente al representante legal de DELSUR el contenido de la Resolución 4 0204 de 2020.

Que el día 4 de agosto de 2020 mediante correo electrónico remitido a menenergia@minenergia.gov.co y notijudiciales@minenergia.gov.co, DELSUR presentó recurso de reposición en contra de la Resolución 4 0204 del 17 de julio de 2020, encontrándose dentro del término de ley para hacerlo.

Que teniendo en cuenta lo anterior se debe proceder a expedir el presente acto administrativo para resolver el recurso de reposición y adoptar la decisión de fondo que corresponda.

1. ARGUMENTOS DE LA EMPRESA DESARROLLO ELÉCTRICO SURIA S.A.S. E.S.P

Luego de efectuar un recuento de los antecedentes que conllevaron a las solicitudes de modificación de la FPO del proyecto y de las decisiones adoptadas por el Ministerio de Minas y Energía, DELSUR sustentó su recurso de reposición contra la Resolución 4 0204 de 2020 en los siguientes argumentos:

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 4 0204 del 17 de julio de 2020, que modificó la fecha de puesta en operación del proyecto "Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas", objeto de la convocatoria pública UPME 05-2015"

1.1. De las facultades de la interventoría respecto de la solicitud de concepto por parte de MME sobre solicitudes de fecha de puesta en operación de los proyectos UPME.

DELSUR citó el contenido del anexo 3 de la Convocatoria UPME 05-2015, en lo relacionado con las obligaciones de la UPME una vez firmado el contrato de interventoría, señalando que la UPME está en el deber de solicitar al interventor el concepto sobre las solicitudes de aplazamiento de la FPO y conceptuar al respecto al MME.

El inversionista mencionó igualmente que el alcance de los trabajos de la interventoría, de acuerdo con el contenido del contrato, es desarrollar sus actividades aplicando normas de carácter técnico, ambiental y de seguridad social. Frente a las obligaciones del interventor, DELSUR puso de presente que es deber de dicha interventoría, presentar a la UPME el informe, recomendaciones y análisis en los eventos en que se presente una solicitud de prórroga y que, en virtud del alcance mismo del contrato de interventoría, debe ser pronunciamiento exclusivamente técnico.

Con base en lo anterior, DELSUR afirmó que no es posible para este Ministerio, adoptar posturas, pronunciamientos o recomendaciones de orden jurídico que haya efectuado el interventor, al no ser esta obligación del contrato de interventoría por lo que resultaría por fuera de su competencia. El inversionista afirmó que el análisis jurídico corresponde al Ministerio de Minas y Energía.

1.2. La fecha de expedición de la licencia ambiental no es un determinante para la ocurrencia de eventos de fuerza mayor

DELSUR afirmó que este Ministerio ha establecido bajo una nueva política e interpretación normativa, un carácter excluyente entre las causales de prórroga de la FPO de los proyectos.

El inversionista señaló que este despacho ha considerado como imposible el reconocimiento de tiempo por fuerza mayor configurada con anterioridad a la expedición de la licencia ambiental desconociendo lo que en esencia por el querer de la regulación en lo plasmado en el artículo 16 de la Resolución MME 18 0924 de 2003 y artículo 4 de la Resolución CREG 093 de 2007.

Se afirmó en el escrito de recurso que la invitación realizada por la UPME obliga al inversionista a desarrollar labores de gestión predial de manera simultánea con el trámite de licenciamiento ambiental, con el objetivo de cumplir con la FPO del proyecto. Así mismo se señala que podría resultar imposible la ejecución de todos los proyectos del sector, por cuanto la FPO inicial de estos no se encuentran alineadas a la realidad del licenciamiento ambiental.

Mencionó el inversionista igualmente, que el predio denominado Lote N° 2, al contrario de lo indicado por este Ministerio, no fue de libre elección por cuanto de las alternativas posiblemente viables para ubicación de la subestación, finalmente solo el predio mencionado era el que cumplía con las condiciones mínimas de uso de suelo y topográficas.

De igual forma se indicó que la ESSA, propietaria de uno de los predios donde los DSI manifestaban la posible ubicación de la subestación, estaba imposibilitada para proveer el espacio requerido, que, según el inversionista, garantizaba los elementos propios de la convocatoria.



Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 4 0204 del 17 de julio de 2020, que modificó la fecha de puesta en operación del proyecto "Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas", objeto de la convocatoria pública UPME 05-2015"

Finalmente, DELSUR menciona que lo regular entre los inversionistas es el desarrollo de forma paralela de actividades de gestión predial, así como de licenciamiento ambiental, pues de lo contrario, no sería viable cumplir con la entrada del proyecto en la fecha estipulada en los DSI.

1.3. La suspensión del folio de matrícula inmobiliaria es injustificada y constituye un evento de fuerza mayor

DELSUR indicó que, en relación con el asunto, no es propiamente el cierre del folio de matrícula inmobiliaria del predio matriz lo que configuró una fuerza mayor, sino sí la suspensión de los predios de este segregados, lo que generó la imposibilidad del registro de la compraventa entre el municipio de Bucaramanga y el tercero adjudicatario del inmueble.

Mencionó el Inversionista que teniendo en cuenta lo resuelto por la Superintendencia de Notariado y Registro al confirmar la Resolución No. 000250 de 2017 proferida por el registrador de instrumentos públicos de Bucaramanga, al considerar que se había actuado conforme a la norma registral, da aún mayor cuenta de la imprevisibilidad del recurso promovido por Promioriente S.A. E.S.P. que originó la actuación administrativa registral que tuvo como efecto el cierre del folio de matrícula.

DELSUR indica que la previsibilidad no puede entenderse como todo lo que puede suceder sin importar lo extraordinario o no que pueda resultar, máxime si son actuaciones de terceros que escapan al control y diligencia del inversionista.

2. ANÁLISIS DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

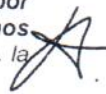
2.1 Consideraciones preliminares

La Resolución MME 18 0924 del 15 de agosto de 2003, por la cual se establece y desarrolla el mecanismo de las convocatorias públicas para la ejecución de los proyectos definidos en el Plan de Expansión del Sistema Interconectado Nacional, en su artículo 16 señala:

Artículo 16. Modificación de la fecha de puesta en operación del proyecto.
La fecha de puesta en operación del proyecto será la prevista en los Documentos de Selección y podrá ser modificada, mediante autorización del Ministerio de Minas y Energía, durante el período que transcurra desde que se oficializan los Ingresos Esperados del Inversionista seleccionado por parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, hasta la fecha oficial establecida en los Documentos de Selección, siempre y cuando ocurran atrasos por fuerza mayor acreditada con pruebas provenientes de la autoridad nacional competente, o por demoras en la expedición de la licencia ambiental originadas en hechos fuera del control del inversionista seleccionado y de su debida diligencia, los cuales deben ser sustentados y comprobados debidamente. (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Así mismo, el artículo 3 de la Resolución CREG 093 de 2007, que modifica el numeral IV del literal b) del artículo 4 de la Resolución CREG 022 de 2001, vigente al momento de los hechos en los que se basa el recurso, establece:

IV. La fecha de puesta en operación del proyecto es la establecida en los Documentos de Selección. Si esta fecha es modificada por el Ministerio de Minas y Energía durante el periodo que transcurre desde el momento en que se oficializan los Ingresos Anuales Esperados del Proponente seleccionado hasta la fecha oficial establecida en los mencionados Documentos, cuando ocurran atrasos por fuerza mayor, por alteración del orden público acreditada, o por demoras en la expedición de la licencia ambiental, originadas en hechos fuera del control del Proponente Seleccionado y de su debida diligencia, la





Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 4 0204 del 17 de julio de 2020, que modificó la fecha de puesta en operación del proyecto "Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas", objeto de la convocatoria pública UPME 05-2015"

CREG decidirá mediante Resolución sobre la modificación de esta fecha. En este caso se sigue aplicando la norma establecida en el presente Numeral, y no se desplazará en el tiempo el flujo de Ingresos aprobado por la CREG. (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

2.2 Análisis del recurso

Considera este despacho que es necesario reiterar que, con base en las Resolución 4 0767 de 2019 y 4 1135 de 2020, 4 0204 de 2020, este ministerio ya ha estudiado y resuelto los dos asuntos materia hoy del recurso que se resuelve mediante el presente acto administrativo.

DELSUR manifestó en el recurso presentado en contra de lo resuelto en la Resolución 4 0204 de 2020, que este ministerio no puede establecer como excluyentes las dos causales de prórroga de la FPO y que el cierre del folio de matrícula del lote denominado Lote N° 2 constituye un evento de fuerza mayor que generó una afectación al cronograma del proyecto.

Así mismo, mencionó el inversionista que este despacho no puede considerar y basar sus decisiones, en los análisis jurídicos que sobre la solicitud de modificación pueda efectuar el interventor, por cuanto este con base en los DSI como en el contrato de interventoría, debe sujetar su concepto en aspectos meramente técnicos. Pese a estar mencionado dentro del recurso, el Inversionista no señaló que este asunto justifique la reposición de la decisión adoptada en Resolución 4 0204 de 2020. Sin embargo, es necesario indicar que, en consideración de este despacho, las decisiones adoptadas por este Ministerio no se han basado en el análisis jurídico del concepto de interventoría.

Al respecto, resulta necesario manifestar que el concepto que emite el interventor no obliga a este despacho a tomar decisiones en lineamiento con lo que la interventoría disponga en su análisis. Este Ministerio considera oportuno e importante el análisis técnico que la interventoría pueda hacer, entre otras, porque es este el conocedor directo del avance del proyecto en aspectos técnicos, y quien puede ilustrar de manera más certera los hechos que han ocurrido durante el desarrollo del proyecto y la incidencia que estos han tenido en la ejecución del cronograma del proyecto. Teniendo en cuenta lo mencionado en el concepto de interventoría, así como el que emite la UPME, este Ministerio efectúa el correspondiente análisis jurídico y con base en ellos establece la procedencia o no de una prórroga de la FPO de un proyecto.

2.2.1 La fecha de expedición de la licencia ambiental no es un determinante para la ocurrencia de eventos de fuerza mayor

Tal como se señaló en la Resolución 4 1135 de 2020, no puede tenerse como cierta la afirmación hecha por el inversionista al indicar que este Ministerio ha establecido, por fuera de la regulación, un carácter excluyente entre las causales de prórroga de la FPO de los proyectos.

Debe reiterarse que tal afirmación o consideración no ha sido establecida por este despacho en resoluciones anteriores de este proyecto o de otros. Si bien se ha señalado que el otorgamiento de la licencia ambiental es un hito importante durante el desarrollo del proyecto y que es con posterioridad a esto que se pueden iniciar obras, no se ha afirmado que sí y solo sí al obtener licencia ambiental es que deba reconocerse prórrogas en la FPO del proyecto, tanto así, que en la Resolución 4 1135 de 2020, este Ministerio concedió días por hechos anteriores al otorgamiento de la licencia ambiental.

Este Ministerio al efectuar el análisis de las solicitudes presentadas por los inversionistas, procede a establecer la posible existencia de la fuerza mayor.

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 4 0204 del 17 de julio de 2020, que modificó la fecha de puesta en operación del proyecto "Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas", objeto de la convocatoria pública UPME 05-2015"

posteriormente la afectación de esta sobre la ruta crítica del proyecto, resaltando aquí que los conceptos de interventoría y UPME tenidos en cuenta para la expedición de la resolución recurrida, así como para la expedición de la Resolución 4 0767 de 2019, señalan que ante la inexistencia de licencia ambiental, no había lugar a establecer el impacto real sobre el cronograma del proyecto.

Tal como se mencionó en Resolución 4 1135 de 2020, la concurrencia que este Ministerio exige para la eventual prórroga de la FPO de los proyectos es en aplicación del artículo 16 de la Resolución 18 0924 de 2003 del Ministerio de Minas y Energía que señala que además de la ocurrencia de hechos que constituyen fuerza mayor, estos deben generar un atraso en el proyecto.

En la argumentación presentada en su recurso de reposición, DELSUR insiste en que la gestión predial es una actuación que se puede adelantar de manera paralela al trámite ambiental, lo cual es cierto. Sin embargo, considera esta oficina que los hechos consecuencia de las decisiones del Inversionista, no pueden ser asumidos por el proyecto prorrogándose su FPO por cuanto son riesgos inherentes que el inversionista optó por asumir al momento de presentar su oferta en la convocatoria efectuada por la UPME.

Se indicó en el recurso que contrario a lo afirmado por este Ministerio, DELSUR se vio obligado a ubicar la subestación en el Lote N° 2 por cuanto era este el que podría garantizar el cumplimiento de los elementos propios de la convocatoria. No obstante, no puede dejarse de lado que DELSUR señaló que la ESSA no accedió a disponer de un predio de mayor extensión, y por esto debió ser rechazado el inmueble ofrecido por la ESSA durante el desarrollo de la convocatoria.

Frente a lo anterior, resulta paradójico que hoy el Inversionista considere que el no cumplimiento de aspectos técnicos del predio ofrecido por la ESSA lo haya llevado a elegir la alternativa del Lote N° 2 y por esto se vio perjudicada su gestión predial, pero no lo haya analizado así al momento del desarrollo de la convocatoria e incluso haya decidido presentar oferta. Al respecto la UPME señaló en concepto emitido para la emisión de la Resolución 4 0767 de 2019:

(...) las condiciones eran conocidas antes de la adjudicación, que con la publicación de los DSI se puso en conocimiento el ofrecimiento del lote de la ESSA y que dichas posibilidades debieron ser evaluadas antes de formular la propuesta, teniendo en cuenta las responsabilidades del inversionista. Por tanto, la UPME concluye que DELSUR debía hacer uso de las opciones en el radio establecido, que la opción de la ESSA se pudo verificar en la visita con los proponentes y que se podrían considerar soluciones de ingeniería según el espacio disponible de dicho predio.

Vemos cómo, de acuerdo a lo señalado por la UPME, el inversionista tuvo la oportunidad de evaluar las condiciones de los posibles predios para ubicación de la subestación; y con base en ello, evaluar la conveniencia de presentar o no oferta para la ejecución del proyecto.

No considera esta oficina que sea un argumento relevante para la modificación de prórroga de FPO, que lo regular en el desarrollo de proyectos del sector sea la concomitancia de actividades propias de gestión predial y del trámite de licenciamiento ambiental, por cuanto la FPO establecida en los DSI no se puede cumplir al no encontrarse alineada a la realidad de los trámites de licenciamiento ambiental.

Los DSI establecen la FPO con base en lo señalado en el plan de expansión correspondiente que resulta de la necesidad del sistema. Por su parte, fue el inversionista quien, con conocimiento tanto de esta fecha como de la realidad propia



Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 4 0204 del 17 de julio de 2020, que modificó la fecha de puesta en operación del proyecto "Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas", objeto de la convocatoria pública UPME 05-2015"

que vive la ejecución de los proyectos, y bajo su autonomía empresarial, presentó oferta en la convocatoria UPME 05-2015, y al ser adjudicatario del proyecto, se obligó a desarrollarlo teniendo en cuenta lo estipulado en el artículo 85 de la Ley 143 de 1994, que señala que esta en cabeza de los inversionista todos los riesgos propios de los proyectos.

Por lo anterior y al considerar que DELSUR ha reiterado el argumento por el cual hoy recurre sin adicionar fundamentos fácticos o probatorios que permitan considerar una decisión en contrario a la adoptada en la resolución recurrida, este despacho considera que no hay lugar a reponer por este asunto la Resolución 4 0204 de 2020.

2.2.2 La suspensión del folio de matrícula inmobiliaria no constituye un evento de fuerza mayor

Tal y como se explicó en la Resolución 4 0767 de 2019 y en la Resolución 4 1135 de 2020, DELSUR, como ejecutor del proyecto estaba en el deber de adelantar la gestión predial y todas las actividades relacionadas, entre las cuales se encuentra el estudio de títulos de los posibles predios de ubicación de la subestación.

Puede considerarse que de los DSI se requiera el desarrollo paralelo de actividades dentro de la gestión predial como del trámite de licenciamiento ambiental, eso no ha sido desconocido por este Ministerio. No obstante, lo que sí es cierto es que para que pueda entrar a otorgarse días como prórrogas en la FPO, los eventuales retrasos deben haber afectado el cronograma del proyecto.

Por lo anterior, tal como ha señalado en las últimas resoluciones que resuelven asuntos relacionados con solicitud de prórrogas de la FPO del proyecto, y con independencia de si el hecho de fuerza mayor es por el cierre del folio de matrícula o la imposibilidad del registro de la compraventa suscrito entre el municipio de Bucaramanga y el tercero adjudicatario del predio denominado Lote N° 2, esto derivó en definitiva por la elección del mencionado predio como ubicación para la subestación, decisión que finalmente fue competencia exclusiva del inversionista.

Si bien el inversionista indicó que la venta del inmueble por parte del municipio de Bucaramanga se dio con posterioridad a la adjudicación del proyecto, de lo manifestado por el inversionista y los documentos que se han allegado como pruebas en las diferentes solicitudes de prórroga, el Concejo Municipal de Bucaramanga en el mes de mayo de 2015, autorizó al alcalde a enajenar diferentes inmuebles dentro de los cuales se señaló un inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria del inmueble de mayor extensión del cual fueron desagrados diferentes predios entre esos aquel denominado como Lote N° 2.

Esto lo que deja entrever es que al efectuarse un estudio acucioso sobre los posibles predios para la ubicación de la subestación, se podría prever los inconvenientes que podrían derivarse de una venta de un inmueble que no había sido autorizada de manera precisa por el Concejo Municipal, por lo cual la venta podría estar viciada y fue de hecho, este el fundamento para que el municipio se negara durante tanto tiempo a suscribir la escritura pública correspondiente y solo lo hiciera por orden judicial.

Lo anterior cobra importancia si se tiene en cuenta que el cierre del folio de matrícula se dio con posterioridad a la enajenación del inmueble y fue esto lo que impidió finalmente el registro oportuno de escritura pública, hecho este que no hubiese afectado el proyecto si DELSUR en su debida diligencia establece el alto riesgo que podría existir en la gestión predial de un inmueble cuyo historial inmobiliario y realidad de la época, presentaba particularidades que podían desencadenar líos jurídicos con posterioridad, como en efecto ocurrió. Se reitera que el Inversionista tal como lo afirmó

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 4 0204 del 17 de julio de 2020, que modificó la fecha de puesta en operación del proyecto "Subestación Palenque 230 kV y Líneas de Transmisión Asociadas", objeto de la convocatoria pública UPME 05-2015"

la UPME en concepto ya citado, pudo haber optado por el predio referido por ESSA y desarrollar nuevas ingenierías que permitan el cumplimiento de los DSI en dicho predio. Vale traer a colación lo indicado por la UPME

"Así mismo, la UPME recordó que DELSUR consideró un diseño particular de la subestación, así como las salidas de líneas de forma aérea, no obstante, los DSI no presentan limitación en este aspecto, por lo que debió considerar opciones sin sujetarse a un diseño, haciendo uso de las posibilidades que le permitieran cumplir con las exigencias técnicas y del radio establecido."

Finalmente, considera este despacho que el inversionista no introdujo en el recurso nuevos elementos con las cuales se pudiese decidir en contrario. Por el contrario, se evidencia que DELSUR es reiterativo en argumentos ya analizados en resoluciones anteriores, tanto así que tanto interventor como UPME al momento de conceptuar para la expedición de la resolución hoy recurrida, solicitaron remitirse al concepto rendido para la solicitud de prórroga atendida mediante Resolución 4 0767 de 2019.

Por lo anteriormente expuesto,

RESUELVE

Artículo 1°. No reponer y en su lugar confirmar en todas sus partes la Resolución MME 4 0204 del 17 de julio de 2020. En consecuencia, reiterar que 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, continúa siendo el día 19 de marzo de 2019, según lo dispuesto en la parte motiva del presente acto administrativo

Artículo 2°. 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 - XM, para su conocimiento.

Artículo 3°. Notificar la presente resolución al Representante Legal de la empresa DESARROLLO ELECTRICO SURIA S.A.S E.S.P – DELSUR, advirtiéndole que contra la misma no procede recurso alguno, según lo establecido por la Ley 1437 de 2011.

Para ello se enviará citación para notificación personal al correo electrónico notificacionesjudiciales@delsur.com.co

Artículo 4°. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D. C.,

10 DIC 2020



DIEGO MESA PUYO
Ministro de Minas y Energía

Proyectó: Laura Camila Sepúlveda Martín / Abogada OAJ
Revisó: Paola Galeano Echeverri / Coordinadora Grupo Energía OAJ
Aprobó: Lucas Arboleda Henao / Jefe OAJ