

República de Colombia



Libertad y Orden

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA

RESOLUCION NÚMERO 4 1333

(28 NOV 2017)

Por la cual se resuelve la solicitud de modificación de la Fecha de Puesta en Operación del proyecto de conexión de la Subestación La Enea 230 kV al circuito San Felipe – La Esmeralda 230 kV, objeto de la Convocatoria Pública UPME-05-2016.

EL MINISTRO DE MINAS Y ENERGÍA

En uso de las facultades legales, en especial la contenida en el artículo 5 del Decreto 0381 de 2012, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16 de la Resolución MME 18 0924 del 15 de agosto de 2003 y

CONSIDERANDO:

Que la Unidad de Planeación Minero-Energética UPME, el 10 de marzo de 2016 dio inicio a la Convocatoria Pública UPME 05-2016 con el objeto de seleccionar un inversionista y un interventor para el diseño, adquisición de los suministros, construcción, operación y mantenimiento del Proyecto de conexión de la Subestación La Enea 230 kV al circuito San Felipe – La Esmeralda 230 kV, en adelante "conexión de la Subestación La Enea", incluido en el "Plan de Expansión de Referencia Generación – Transmisión 2014-2028" y adoptado mediante Resolución del Ministerio de Minas y Energía 40029 de enero 9 de 2015.

Que el día 21 de julio de 2016 la UPME seleccionó formalmente como adjudicatario de la Convocatoria UPME 05-2016 a la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A E.S.P – CHEC.

Que mediante Resolución 132 del 16 de septiembre de 2016, la CREG oficializó los Ingresos Anuales Esperados a la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A E.S.P – CHEC, por la ejecución del mencionado proyecto.

Que de acuerdo con los documentos de Selección del inversionista – DSI, la fecha de puesta en operación (FPO) del proyecto es el 30 de noviembre de 2017.

1. ARGUMENTOS DEL PETICIONARIO

La Central Hidroeléctrica de Caldas S.A E.S.P – CHEC, mediante escrito con radicado 2017 056269 del 29 de agosto de 2017, solicita al Ministerio de Minas y Energía prórroga a la Fecha Oficial de Puesta en Operación – FPO del proyecto Conexión de la Subestación La Enea, en un total de cincuenta y un días (51) calendario contados a partir del 1 de diciembre de 2017.

La petición se fundamenta en:

30

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelve la solicitud de modificación de la Fecha de Puesta en Operación del proyecto de conexión de la Subestación La Enea 230 kV al circuito San Felipe – La Esmeralda 230 kV, objeto de la Convocatoria Pública UPME-05-2016".

- i) Los DSI iniciales de la convocatoria UPME 05-2016 establecía como fecha de "Presentación de Propuestas (Apertura sobre No 1) en el proceso de selección del Inversionista" el 19 de mayo de 2016 y como fecha oficial de puesta en operación el 30 de noviembre de 2017 (numeral 2.2 de los DSI).
- ii) Mediante la Adenda No 1 publicada para esta convocatoria, la fecha de presentación de propuestas en el proceso de selección del inversionista, fue modificada para el 24 de mayo de 2016 y como "Fecha límite para apertura del sobre No 2 en el proceso de selección del Inversionista" el 01 de junio de 2016, manteniéndose la Fecha Oficial de Puesta en Operación el 30 de noviembre de 2017.
- iii) El 24 de mayo, CHEC presentó su propuesta técnica y económica, la cual se planeó con base en las fechas indicadas por la UPME en los DSI y en la Adenda No 1.
- iv) La audiencia de adjudicación fue suspendida por decisión unilateral de la UPME el día 24 de mayo de 2016, reanudándose nuevamente el 21 de julio de 2016, fecha en la cual se dio la apertura al Sobre No 2, lo que representó la postergación del proceso de adjudicación en 51 días calendario.

2. CONCEPTO DEL INTERVENTOR

No hay concepto de interventor porque los hechos analizados, según solicitud de CHEC, son anteriores a la oficialización de los ingresos mediante resolución de CREG y la interventoría solo inicia actividades oficialmente y firma su contrato con la fiducia solo después que la CREG expide dicha resolución. Adicionalmente, en el concepto de la UPME se indica que se trata de una modificación a la fecha de entrada en operación establecida en el Plan de Expansión y que la solicitud de CHEC no se enmarca en los parámetros del art. 16 de la Resolución MME 180924 de 2003.

3. CONCEPTO DE LA UPME

La UPME, mediante comunicación 2017070206 del 23 de octubre de 2017, se pronunció respecto de la solicitud de prórroga de la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A E.S.P- CHEC - de la siguiente manera:

"De acuerdo con el cronograma, hito 16, numeral 4, establecido en los Documentos de Selección del Inversionista – DSI de la convocatoria, el 24 de mayo de 2016 la UPME dio inicio a la audiencia de presentación de Propuestas, en la cual los proponentes CHEC, TDN S.A.S, Interconexión Eléctrica S.A E.S.P. y Consorcio Campos de la Enea (integrado por Eléctricas de Medellín Ingeniería y Servicios S.A.S e Ingenierías Aliadas S.A.S) presentaron sus sobres No 1 y 2.

Según lo previsto en el numeral 7.1 de los DSI, la audiencia se suspendió para que el comité Evaluador realizará la verificación de cumplimiento de los Sobres No 1.

Posteriormente, el mismo día (24 de mayo de 2016) en horas de la tarde, se reanuda la audiencia y el Comité Evaluador señaló que no tenía los elementos de juicio suficientes para emitir un concepto sobre la conformidad de la Propuesta de TDN S.A.S particularmente en lo relacionado con la normatividad que regula la integración vertical entre las empresas de transmisión nacional y regional, por lo que recomendaron consultar a las autoridades competentes. En consecuencia en el marco de lo dispuesto en el artículo 13 de la Resolución MME 180924 de 2003, se suspendió la Audiencia con el fin de dar traslado de las consultas pertinentes.

El 27 de mayo de 2016, la UPME elevó consulta a la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC mediante radicado UPME 20161530022291. El 13 de junio de 2016 la SIC trasladó la consulta a la CREG según radicado SIC-16-143112-1-0 y el 15 de junio de 2016 emitió su concepto mediante radicado SIC-16-143112-2-0 (UPME 20161110029132). Posteriormente, el 28 de junio de 2016, la CREG dio respuesta mediante radicado UPME 20161110031822.

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelve la solicitud de modificación de la Fecha de Puesta en Operación del proyecto de conexión de la Subestación La Enea 230 kV al circuito San Felipe – La Esmeralda 230 kV, objeto de la Convocatoria Pública UPME-05-2016".

Luego de recibir las respuestas a las consultas realizadas y finalizar los análisis y la evaluación de sobres No 1, el 18 de julio de 2016 la UPME emitió la Circular No 1 en la cual convocó la reanudación de la Audiencia para el 21 de julio de 2016, día en que se leyeron los resultados de la evaluación y se seleccionó como Adjudicatario a la CHEC.

De esta manera se considera que, si bien los hechos descritos por CHEC en su solicitud son coherentes con lo ocurrido, la referencia inicial (1 de junio de 2016) para el conteo del tiempo solicitado no es la correcta, es decir:

- *El artículo 13 de la Resolución MME No 180924 del 2003 otorga a la UPME la facultad de suspender y/o posponer la audiencia de selección cuando así lo considere necesario, recurso al cual acudió la UPME ante la solicitud que se presentó en la evaluación.*
- *No se suspendió para corregir fallas subsanables de alguno de los Proponentes, por lo que no se puede tomar como referencia inicial la fecha máxima de apertura del sobre No 2 prevista en el cronograma de la convocatoria (hito 17), tal como se establece en los numerales 7.1.2 y 7.1.3 de los DSI.*

En conclusión, según los hechos, la UPME considera procedente modificar la fecha de puesta en operación del proyecto Enea 230 kV (30 de noviembre de 2017), definida en el Plan de Expansión de Referencia Generación Transmisión 2014-2028, el cual fue adoptado mediante Resolución MME 40029 del 9 de enero de 2015, en 25 días calendario que se explican así:

- *3 días calendario desde el 25 de mayo de 2017 (día siguiente a la suspensión de la audiencia) hasta el 27 de mayo de 2016 (día en que se realiza la consulta a la SIC), tiempo que tomó la elaboración de la solicitud del concepto.*
- *22 días calendario desde el 29 de junio de 2016 (día siguiente a que se recibieran los conceptos de la SIC y la CREG) hasta el 20 de julio de 2016 (día anterior a la reanudación de la audiencia), tiempo utilizado para analizar los conceptos y finalizar la evaluación de los sobres No 1.*

Finalmente, se aclara que se trata de una modificación a la fecha establecida en el Plan de Expansión y que la solicitud de CHEC no se enmarca en los parámetros del artículo 16 de la Resolución MME 180924 de 2003".

4. ANÁLISIS MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

La Resolución MME 18 0924 del 15 de agosto de 2003 del Ministerio de Minas y Energía, 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 dispone:

"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 originados en hechos fuera del control del inversionista seleccionado y de su debida diligencia, los cuales deben ser sustentados y comprobados debidamente." (Subrayado fuera del texto original).

El artículo 3 de la Resolución CREG 093 de 2007 que modificó el numeral IV del literal b) del artículo 4 de la Resolución CREG 022 de 2001, 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 período 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, originados en hechos fuera del control del Proponente Seleccionado y de su debida diligencia, la CREG

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelve la solicitud de modificación de la Fecha de Puesta en Operación del proyecto de conexión de la Subestación La Enea 230 kV al circuito San Felipe – La Esmeralda 230 kV, objeto de la Convocatoria Pública UPME-05-2016".

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" (subrayado fuera del texto original)

Las mismas previsiones se encuentran en los Documentos de Selección del Inversionista de la Convocatoria UPME 05-2016, así:

"9. Prórrogas en la Fecha Oficial de Puesta en Operación del Proyecto"

Si el Proyecto sufre atrasos por fuerza mayor, por alteración del orden público, o por demoras en la expedición de la licencia ambiental, originadas en hechos fuera del control del Transmisor y de su debida diligencia, el Transmisor podrá solicitar al MME prorrogar la Fecha Oficial de Puesta en Operación del Proyecto, en los términos de la Resolución MME 18 0924 de 2003 y de la Resolución CREG 022 de 2001 y las resoluciones que la modifiquen. De acogerse la solicitud, el MME fijará mediante resolución la nueva Fecha de Puesta Oficial en Operación del Proyecto. Dentro de los 10 Días siguientes a la expedición de la resolución por parte del MME, el Transmisor entregará a la UPME y al Interventor las actualizaciones correspondientes al cronograma detallado, la ruta crítica y la curva de ejecución del Proyecto."

Una vez analizada la solicitud de la CHEC, así como el concepto del Interventor del proyecto y de la UPME, se procede a evaluar si los eventos señalados configuran demoras atribuibles a fuerza mayor acaecidas durante el proceso de Convocatoria UPME, ajenas al control y la debida diligencia de la Empresa.

Para ello se esbozarán los requisitos traídos por el artículo 64 del Código Civil Colombiano y desarrollados jurisprudencialmente para entender qué es la Fuerza Mayor y cuáles son los requisitos para su procedencia.

Así reza 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, etc." (Negritas y subrayado fuera de texto)

Es decir que el texto del artículo 64 del Código Civil, señala como elementos constitutivos para la configuración de la llamada fuerza mayor, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Ahora bien, resulta imperante entender el significado de cada uno de estos para determinar si es posible acceder a la solicitud de la CHEC. Para ello se mencionará lo señalado por 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:

a) 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".*

b) 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

JO

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelve la solicitud de modificación de la Fecha de Puesta en Operación del proyecto de conexión de la Subestación La Enea 230 kV al circuito San Felipe – La Esmeralda 230 kV, objeto de la Convocatoria Pública UPME-05-2016".

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 no pudo- evitar, ni eludir sus efectos (...).

c) 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"**.

Ahora bien, ya con los elementos claros se procederá a analizar la procedencia o no dentro de los hechos ocurridos, advirtiendo desde ya que la coexistencia de los TRES (03) elementos integradores, conllevará al reconocimiento de los días de atraso, por lo que la evidente ausencia de uno de los TRES (03) implicará que no le sea reconocido plazo alguno.

El argumento de la CHEC radica en considerar que la actuación de la UPME al modificar la fecha para la presentación de propuestas, así como al suspender la audiencia de adjudicación y reanudarla posteriormente, se constituyeron en un evento imprevisible e irresistible para la Empresa, por cuanto no estaba sujeta al control de la CHEC.

El Ministerio encuentra, con base en lo mencionado por la CHEC, que la UPME prorrogó la fecha para la presentación de propuestas, modificando la fecha inicialmente establecida (del 19 de mayo de 2016 al 24 de mayo del mismo año), así como suspendió ese 24 de mayo, la audiencia de apertura de sobres contentivos de la propuesta, la cual fue reanudada el día 21 de julio de 2016.

Lo cierto es que este trámite de presentación de ofertas y apertura de sobres, culmina con la adjudicación del proyecto al inversionista elegido, por lo que corresponde al efecto referenciar la siguiente previsión de los Documentos de Selección del Inversionista:

"6.7. Efectos de la presentación de documentos de la Propuesta y carácter vinculante de los Documentos de Selección del Inversionista

La presentación de los documentos incluidos en el Sobre No. 1 y en el Sobre No. 2, a la UPME, solo podrá hacerse si se tiene pleno conocimiento:

i) De las Leyes Aplicables y de la demás regulación que resulte aplicable, tanto a la actividad de Transmisión Nacional, como a quienes la desarrollan en la República de Colombia, y

ii) De todos y cada uno de los procedimientos, obligaciones, condiciones y reglas aplicables a esa actividad y a esas Personas en la República de Colombia, sin excepción, en el entendido que todas las mencionadas leyes, regulaciones, reglas y procedimientos tienen carácter vinculante.

Se entenderá que quienes presenten los mencionados sobres a la UPME declaran, por el solo hecho de su presentación, que conocen las leyes, normas y procedimientos a los que se refiere este numeral, y que

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelve la solicitud de modificación de la Fecha de Puesta en Operación del proyecto de conexión de la Subestación La Enea 230 kV al circuito San Felipe – La Esmeralda 230 kV, objeto de la Convocatoria Pública UPME-05-2016".

se comprometen a aceptarlos y a someterse incondicionalmente y en todo momento a ellos." (subrayado fuera del texto original)

Así, es claro que la CHEC, al presentar su propuesta, reconoció que conocía la normativa aplicable a la actividad de transmisión, entre la que se encuentra la relacionada con el trámite de convocatoria de la UPME, es decir la Resolución 18 0924 de 2004 expedida por el Ministerio de Minas y Energía, que en el Parágrafo 1° del artículo 13, dispone:

"El Ministerio de Minas y Energía o la entidad que éste delegue podrá suspender y/o postergar la audiencia de selección cuando así lo considere necesario". (negrilla fuera del texto original)

La labor de adelantar "las gestiones administrativas necesarias para la selección, mediante convocatorias públicas, de inversionistas que acometan en los términos del artículo 85 de la Ley 143 de 1994 los proyectos aprobados en el Plan de Expansión de Transmisión del Sistema Interconectado Nacional...", le fue delegada a la UPME por parte del Ministerio de Minas y Energía mediante Resolución 18 1315 de 2003.

Por tanto, si bien el cronograma de selección del inversionista contempló inicialmente el día 12 de mayo de 2016 como fecha para presentación de propuestas, la decisión de desplazar tal fecha para el día 24 de mayo de 2016, en sí misma no produce impacto alguno al cronograma de construcción del proyecto, por cuanto dicha modificación se produce con anterioridad a la formulación de la propuesta.

Adicionalmente, el procedimiento diseñado para la adjudicación, constituye una circunstancia plasmada con claridad en los Documentos de Selección del Inversionista de la Convocatoria UPME 05-2016, entendiéndose por ello conocido por la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A E.S.P – CHEC., quien por el hecho de la presentación de su propuesta aceptaba someterse incondicionalmente a su cumplimiento; lo que no permite constituir el elemento de la imprevisibilidad y en ese sentido, no resulta viable desde el punto de vista jurídico reconocer la implementación de dicho procedimiento como un evento de fuerza mayor que otorgue la posibilidad de ampliar el plazo de ejecución del proyecto.

Se evidencia por demás, con la posterior expedición de la Resolución 132 del 16 de septiembre de 2016 mediante la cual se oficializan los ingresos anuales esperados para Central Hidroeléctrica de Caldas S.A E.S.P – CHEC, entre cuyos antecedentes se encuentra tanto el cronograma de construcción del proyecto como la garantía que ampara su cumplimiento, que no hubo ninguna objeción o aclaración por parte de la adjudicataria frente a dicho acto administrativo, que surgiera de la necesidad de modificar el cronograma de obras presentado con la oferta por la ocurrencia de algún evento de fuerza mayor derivado del procedimiento de adjudicación surtido.

Así las cosas, se encuentra que con la presentación de la propuesta la adjudicataria aceptaba incondicionalmente someterse al esquema y procedimiento de selección previsto en los respectivos Documentos de Selección del Inversionista, así como en la normativa que regula la misma, donde el cronograma de construcción allegado con la oferta y la subsecuente póliza de cumplimiento, permitieron determinar los ingresos anuales esperados para la sociedad adjudicataria a partir del 1° de octubre de 2018; y en ese sentido, los obligados elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad aparecen como no configurados, por lo que se hace improcedente conceder los cincuenta y un **(51) días de prórroga aquí solicitados.**

Finalmente con base en el artículo 16 de la Resolución MME 18 0924 del 15 de agosto de 2003 del Ministerio de Minas y Energía, no puede pronunciarse frente a

50.

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelve la solicitud de modificación de la Fecha de Puesta en Operación del proyecto de conexión de la Subestación La Enea 230 kV al circuito San Felipe – La Esmeralda 230 kV, objeto de la Convocatoria Pública UPME-05-2016".

modificaciones previas a la expedición de la Resolución mediante la cual se oficializan los ingresos anuales esperados para la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A E.S.P – CHEC.

En el marco de todo lo expuesto,

RESUELVE

Artículo 1o. No modificar la Fecha de Puesta en Operación del Proyecto denominado "Conexión de la Subestación La Enea 230 kV al circuito San Felipe – La Esmeralda 230 kV", objeto de la Convocatoria Pública UPME 05-2016, según lo consignado en la parte motiva del presente acto administrativo, por lo que la Fecha de Puesta en Operación del proyecto continúa siendo el 30 de noviembre de 2017.

Artículo 2o. Comunicar la presente resolución a la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG, a la Unidad de Planeación Minero Energética – UPME, así como al Operador del Sistema Interconectado – XM, para su conocimiento.

Artículo 3o. Notificar la presente resolución al Representante Legal de la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. ESP – CHEC S.A. ESP., advirtiéndole que contra la misma procede el recurso de reposición, el cual debe interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación, según lo establecido por los artículos 74, 76 y 77 de la Ley 1437 de 2011

Artículo 4o. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D. C.,

2 8 NOV 2017



GERMÁN ARCE ZAPATA
Ministro de Minas y Energía

Proyectó: Diana Paola Pinto – Belfredi Prieto/Abogados Oficina Asesora Jurídica
Revisó: Belfredi Prieto Osorno/Coordinador Grupo Energía OAJ
Aprobó: Juan Manuel Andrade Morantes / Jefe Oficina Asesora Jurídica

