



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 104 DE 2011

(19 AGO. 2011)

Por la cual se decide la actuación administrativa iniciada con fundamento en el informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica Porce IV, elaborado por SEDIC S.A.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de las atribuciones legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 y 143 de 1994, y en desarrollo de los Decretos 1524, 2253 de 1994, 2696 de 2004, y

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

Mediante la Resolución CREG 071 de 2006, la CREG adoptó el esquema del cargo por confiabilidad.

En la Resolución CREG 071 de 2006, se estableció la regulación de la entrada en operación de las plantas generadoras de energía eléctrica, complementándose con lo dispuesto por la Resolución CREG 061 del 2007, en lo referente a las garantías que debían ser otorgadas para respaldar la ejecución de los proyectos de generación de energía eléctrica.

En el artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006, modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007, se estableció el procedimiento a seguir en el caso de un incumplimiento grave e insalvable en la entrada en operación del proyecto de generación, así como las consecuencias del mismo, dicho artículo establece:

"(...) Artículo 9. Modificado por el Artículo 13 de la Resolución CREG-061 de 2007. Efectos del incumplimiento del cronograma de construcción o de repotenciación, o de la puesta en operación de la planta. El incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el cronograma de construcción o con la puesta en operación de la planta o unidad de generación producirá los siguientes efectos:

Al cel

[Firma]

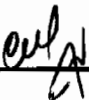
Por la cual se decide la actuación administrativa iniciada con fundamento en el informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica Porce IV, elaborado por SEDIC S.A.

1. *La no presentación del cronograma de construcción o de repotenciación de la planta o unidad de generación en el plazo estipulado en el numeral 2.2 del Anexo 2 de esta resolución, o de la curva S del proyecto, dará lugar a la descalificación del agente para participar en la respectiva Subasta.*
2. *El retraso en el cronograma de construcción o repotenciación de la planta o unidad de generación frente a la Curva S que no constituya incumplimiento grave e insalvable, dará lugar al ajuste de la garantía de conformidad con los procedimientos que se definan en el Reglamento de Garantías para el Cargo por Confiabilidad de que trata el Artículo 78 de esta resolución.*
3. *El incumplimiento grave e insalvable de la puesta en operación de la planta o unidad de generación, dará lugar a:*
 - a) *La ejecución de la garantía.*
 - b) *La pérdida para el generador de la asignación de la Obligación de Energía Firme y la remuneración asociada a ella.*
4. *Cuando la fecha de puesta en operación de la planta, determinada por el auditor, sea posterior a la fecha de inicio del Período de Vigencia de la Obligación y no constituya incumplimiento grave e insalvable, el agente deberá garantizar el cumplimiento de su Obligación de Energía Firme a través de un Contrato de Respaldo, vigente desde la fecha de inicio del Período de Vigencia de la Obligación y hasta la nueva fecha de puesta en operación de la planta. La omisión en la obligación de garantizar la Obligación de Energía Firme a través de un Contrato de Respaldo dará lugar a que el incumplimiento se considere grave e insalvable con las consecuencias previstas en el numeral 3 de este artículo.*

Parágrafo. *En el caso del incumplimiento grave e insalvable que se determina cuando el informe del auditor indica que la puesta en operación de la planta o unidad de generación tendrá un atraso mayor a un año, contado a partir de la fecha de inicio del Periodo de Vigencia de la Obligación, la CREG, con el propósito de establecer plenamente la existencia del incumplimiento, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de los afectados, agotará el trámite previsto en los Artículos 106 y ss. de la Ley 142 de 1994 y, en lo no previsto en ellos, aplicará las normas de la parte primera del Código Contencioso Administrativo que sean compatibles. En firme la decisión definitiva sobre la actuación y determinada la existencia del incumplimiento, se comunicará la decisión al ASIC y éste adoptará las medidas correspondientes de acuerdo con la Resolución CREG 071 de 2006 y las nomas que la modifiquen, adicionen o sustituyan (...)."*

En el año 2008, durante la subasta de plantas GPPS, se asignó la Obligación de Energía en firme para Empresas Públicas de Medellín S.A E.S.P, en adelante EPM, la cual se comprometió a construir el proyecto hidroeléctrico Porce IV, según lo pactado en dicha subasta.

Por lo anterior, EPM se sujetó a la regulación aplicable (entre ella la Resolución CREG 071 de 2006 modificada por la Resolución CREG 061 del 2007), la cual establece la obligación de la entrega del cronograma de construcción del proyecto así como la Curva S, de tal forma que el proyecto entrara en operación antes de diciembre del 2015.



Por la cual se decide la actuación administrativa iniciada con fundamento en el informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica Porce IV, elaborado por SEDIC S.A.

2. COMPETENCIA.

El parágrafo del artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006 (modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007), establece:

"(...) la CREG, con el propósito de establecer plenamente la existencia del incumplimiento, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de los afectados, agotará el trámite previsto en los Artículos 106 y ss. de la Ley 142 de 1994 y, en lo no previsto en ellos, aplicará las normas de la parte primera del Código Contencioso Administrativo que sean compatibles (...)"

Por lo anterior, resulta clara la competencia de esta entidad, sustentada en mandatos positivos en firme, claros y expresos, que la facultan para entrar a resolver el asunto de la referencia.

3. INICIO DE LA ACTUACIÓN.

Mediante comunicación E-2011-004936, la CREG recibió el informe adicional de auditoría de verificación del cronograma de construcción y Curva S del proyecto de generación hidroeléctrico Porce IV, elaborado por SEDIC S.A (auditor del proyecto).

En dicho informe el auditor, en el capítulo 8 de comentarios y observaciones, concluye lo siguiente:

"(...) El Agente Generador - Empresas Públicas de Medellín S.A E.S.P., ha suministrado a XM S.A E.S.P. y este a su vez a la firma Auditora SEDIC S.A, información referente al avance del Proyecto reflejados en la Curva S, con corte a 25 de abril de 2011, a fin de que la Auditoria pudiera realizar este informe Adicional

La información recibida de parte del Agente Generador, nos permite establecer que a la fecha de corte de este informe adicional no existen contratos activos para la ejecución de las obras de infraestructura, de las obras principales y de fabricación de los equipos principales, así como tampoco para la asesoría e interventoría durante las obras de construcción del proyecto.

El Agente Generador también ha indicado que el proyecto hidroeléctrico Porce IV presenta múltiples asuntos críticos que hoy hacen inviable su construcción.

El Agente Generador al 25 de abril de 2011 no ha informado sobre medidas que permitan mitigar el atraso que presentaría el proyecto hidroeléctrico Porce IV bajo las condiciones de suspensión indefinida del mismo.

Asumiendo que para el 01 de mayo de 2011 el Agente Generador entregue la orden de inicio para los contratos actualmente suspendidos, y a su vez de inicio en esta misma fecha a todas las actividades del programa de construcción de las obras, y que además no se van a presentar inconvenientes que deriven en incumplimientos por parte de los constructores al programa de ruta crítica de las obras, la conclusión es que al comparar bajo estos supuestos el desarrollo del proyecto con el cronograma registrado ante la CREG, se estaría en una situación de atraso en la entrada en operación de las unidades de generación del orden de 576 días calendario para el cumplimiento de la Obligación de Energía Firme

cul

34

Por la cual se decide la actuación administrativa iniciada con fundamento en el informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica Porce IV, elaborado por SEDIC S.A.

registrada ante la CREG, lo que lleva a la Auditoria a concluir que el proyecto hidroeléctrico Porce IV presenta a la fecha una situación de incumplimiento grave e insalvable (...)” (negrilla fuera del original).

Este informe es enviado y recibido en la CREG, bajo el Radicado CREG E-2011-004936 del 20 de mayo del 2011. Con fundamento en este informe y en cumplimiento de la regulación aplicable, mediante auto del 30 de mayo del 2011, se dio origen a la actuación administrativa de la referencia.

Dicha actuación fue notificada mediante estado del 1 de junio del 2011, y enviada carta de información mediante comunicación S-2011-002723, al señor representante legal de Empresas Públicas de Medellín S.A E.S.P.

En el auto en cita, se ordenó a EPM realizar la publicación en un periódico de amplia circulación nacional, de un extracto de información sobre la actuación administrativa, el cual fue elaborado por la CREG y enviado a EPM.

Mediante comunicación con el radicado CREG E-2011-005945, del 17 de junio del 2011, se recibió en la CREG un extracto de publicación realizado por EPM, en la cual se cumplía la publicación del extracto remitido a la empresa. Dicha publicación se realizó el 15 de junio del 2011 en el periódico EL ESPECTADOR, en la sección negocios, página 11.

La información sobre la publicación fue complementada con la comunicación del 22 de junio del 2011, bajo el radicado CREG E-2011-006049, en la cual se envió a la actuación de la referencia una copia más grande del aviso publicado.

Por lo anterior, en la presente actuación se realizó la publicidad necesaria y adecuada, para que terceros interesados pudieran hacerse parte en la actuación administrativa.

Se destaca que ningún tercero se hizo parte en esta actuación administrativa.

4. TRÁMITE DURANTE LA ACTUACIÓN.

Iniciada la actuación, procedió la CREG a poner a disposición de EPM el informe de auditoría de verificación del cronograma de construcción y curva S del proyecto de generación Porce IV, elaborado por SEDIC S.A., lo cual se realizó mediante auto del 7 de julio del 2011, otorgándosele a la empresa un término de 3 días para solicitar complementaciones o aclaraciones, si así lo consideraba.

Dicho auto fue notificado mediante estado del 8 de julio del 2011, e informado mediante comunicación S-2011-003288 de la misma fecha.

En comunicación dirigida a este expediente, con el radicado CREG E-2011-006723, recibida el 14 de julio de 2011, EPM manifestó:

“(...) EPM considera que la conclusión del Auditor tiene un claro sustento en lo expresado en los capítulos 6, 7 y 8 del informe, en los cuales se relacionan los datos y análisis técnicos sobre los contratos y el avance de la obra del proyecto.

cul

24

Por la cual se decide la actuación administrativa iniciada con fundamento en el informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica Porce IV, elaborado por SEDIC S.A.

En el capítulo 6, en el que el Auditor especifica el resumen de los contratos de ingeniería y administración, obras de infraestructura vial y explanaciones para campamentos, obras para la construcción de la línea, subestación y campamentos, obras principales y equipos electromecánicos; el análisis es correcto teniendo en cuenta la difícil problemática social y de orden público que atraviesa la zona del Proyecto Hidroeléctrico Porce IV, la Junta Directiva de EPM, en su sesión del 7 de diciembre de 2010, tomó la decisión de suspenderlo de manera indefinida, teniendo en cuenta múltiples asuntos críticos que hoy hacen inviable su construcción, lo que conlleva la decisión de suspender y (o) terminar estos contratos.

Frente a lo tratado en el capítulo 7, EPM está de acuerdo con lo expresado por el Auditor debido a que como consecuencia de la terminación y (o) suspensión de los diferentes contratos por las razones explicadas en el párrafo anterior, se genera la afectación descrita en el estado de avance de los frentes de obra y el cálculo de la curva S analizados en dicho capítulo.

Y en lo que respecta al capítulo 8, EPM estima ajustadas a la realidad las premisas asumidas y la conclusión en el tiempo de atraso de la entrada en operación de las unidades de generación, ya que por la suspensión de los contratos, y después de calcular los tiempos requeridos para terminar con las obras, efectivamente se entra en una situación de atraso de más de 576 días, que conlleva a que no sea posible cumplir con la obligación de entrada en operación del proyecto el 1° de diciembre de 2015 (...).

Se debe destacar que EPM revisó el expediente el 14 de julio del año en curso, según se demuestra en la constancia de acceso a la información del expediente (radicado CREG I-2011-002522).

En auto del 29 de julio del 2011, la CREG solicitó a EPM manifestar su interés para que las comunicaciones anteriores a esta actuación, referentes al proyecto hidroeléctrico de generación Porce IV (enviadas por la propia EPM), con los radicados CREG E-2010-012362, E-2011-000206 y E-2011-001370, fueran o no consideradas en la actuación administrativa de la referencia, otorgándosele un plazo de 3 días para realizar dicha manifestación.

Dicho auto fue notificado mediante estado del 1 de agosto del 2011 y enviada comunicación sobre el asunto, mediante carta con el radicado CREG S-2011-003532 del 29 de julio del presente año.

Vencido dicho término, la empresa EPM no manifestó interés alguno sobre la materia, desechando el espacio procesal asignado para su respuesta, guardando silencio sobre la información solicitada.

5. CONSIDERACIÓN DEL CASO.

EPM se comprometió a construir el proyecto hidroeléctrico Porce IV, según lo pactado en el proceso de subasta de plantas GPPS para la asignación de Obligación de Energía en Firme del año 2008.

A cu

Por la cual se decide la actuación administrativa iniciada con fundamento en el informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica Porce IV, elaborado por SEDIC S.A.

Por lo anterior, EPM se sujetó a la regulación aplicable la cual establece la obligación de la entrega del cronograma de construcción y la Curva S, de tal forma que el proyecto entrara en operación antes de diciembre del 2015, otorgando garantía bancaria para respaldar el cumplimiento de lo pactado, es decir; EPM conocía el presente procedimiento, la garantía que debía otorgar, la definición de incumplimiento grave e insalvable dada en la regulación y los efectos del mismo¹.

Se debe destacar que es la propia regulación, la encargada de definir el incumplimiento, cuando esta establece que el incumplimiento grave e insalvable se determinara cuando: *"el informe del auditor indica que la puesta en operación de la planta o unidad de generación tendrá un atraso mayor a un año, contado a partir de la fecha de inicio del Periodo de Vigencia de la Obligación"*²

En el informe adicional de auditoria para la verificación de la Curva S y del cronograma y puesta en operación del proyecto hidroeléctrica Porce IV, el cual se realiza según la información reportada por el generador "EPM" a XM S.A E.S.P, el cual la remite a auditor según lo ordenado por la regulación, el interventor concluyó que el proyecto tiene una situación de atraso en la puesta en operación del orden de 576 días calendario, por lo cual para el auditor (SEDIC S.A.) se presenta una situación de incumplimiento grave e insalvable, en la construcción del proyecto de generación Porce IV.

Como bien se dijo con anterioridad, dicho informe fue trasladado a EPM, la cual mediante comunicación con el radicado CREG E-2011-006723, aceptó las conclusiones del informe, absteniéndose de proponer aclaración o complementación alguna.

Mediante auto del 29 de julio del 2011, la CREG solicitó a EPM manifestar su interés para que las comunicaciones enviadas a la Comisión, con los radicados CREG E-2010-012362, E-2011-000206 y E-2011-001370, anteriores a esta actuación administrativa, fueran o no consideradas en la presente decisión, otorgándosele un plazo de 3 días para realizar dicha manifestación.

Dicha plazo transcurrió sin que la CREG recibiera manifestación o comunicación sobre el asunto, por lo cual dichas comunicaciones no serán tenidas en cuenta en esta decisión.

Recordemos que corresponde al administrado ejercer según su criterio y buen juicio su derecho a la defensa, no le es aceptable a la administración pública suplir la voluntad solicitada al administrado o entrar a asumir que la misma seria en un sentido u otro, lo cierto es que dada la oportunidad y esta no

¹ Especial referencia se hace a la Resolución CREG 071 del 2006 y a la Resolución CREG 061 de 2007.

² Artículo 9 de la Resolución CREG 071 del 2006. Modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007.

A. C. C.

J. J.

Por la cual se decide la actuación administrativa iniciada con fundamento en el informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica Porce IV, elaborado por SEDIC S.A.

ejercida por el interesado, la CREG no puede suplirla y asumir que la misma sería positiva o negativa, por lo cual como consecuencia de esto, la administración pública ha garantizado las oportunidades para el correcto devenir de la actuación, incluyéndose la posibilidad para el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico le debe al interesado.

Durante esta actuación se concedieron diferentes oportunidades para el ejercicio del derecho a la defensa, desde el traslado del informe de auditoría hasta la solicitud de manifestación del consentimiento de EPM, para considerar ciertas comunicaciones relacionadas con el tema del proyecto hidroeléctrico de Porce IV.

Vale la pena reseñar el hecho que la CREG, no recibió petición alguna por parte de EPM durante el curso de esta actuación para la práctica de pruebas o respuesta a la solicitud de la CREG para considerar ciertas peticiones anteriores pero relevantes para el tema de la presente actuación.

Por lo anterior, resulta claro que la inacción de EPM no determina una vulneración por parte de la CREG en el otorgamiento y reconocimiento de oportunidades para el ejercicio de la contradicción y del derecho de defensa, claras prerrogativas fundamentales que han sido resguardadas en la presente actuación administrativa.

De tal suerte que si el auditor ha concluido en la existencia de un incumplimiento grave e insalvable y se otorgó el espacio procesal de defensa para EPM, el cual se ejerció respaldando las conclusiones del Auditor, debe aceptarse las conclusiones del informe.

En consideración de lo anterior, la CREG encuentra que se han configurado los supuestos determinados en el artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006 (modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007), para determinar el incumplimiento grave e insalvable de EPM, en lo referente al proyecto de generación hidroeléctrico Porce IV, toda vez que el informe de auditoría, aceptado por EPM, concluye que existe un atraso mayor a un año, contado a partir de la fecha de inicio del periodo de vigencia de la obligación.

Teniendo en cuenta lo anterior, y dado que la presente Resolución aplica la metodología contenida en la Resolución CREG 071 de 2006, modificada por la Resolución CREG 061 de 2007, y dado que el presente acto administrativo es de carácter particular, este no requiere ser remitido a la SIC para los efectos establecidos en el Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, reglamentado por el Decreto 2897 de 2010.

En Sesión No. 495 del 19 de agosto de 2011, la Comisión de Regulación de Energía y Gas analizó la presente actuación administrativa y



Por la cual se decide la actuación administrativa iniciada con fundamento en el informe adicional de verificación de la curva S y del cronograma del proyecto y puesta en operación de la planta hidroeléctrica Porce IV, elaborado por SEDIC S.A.

RESUELVE:

Artículo 1. Declarar que se han configurado los supuestos determinados en el artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006 (modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007), y por lo tanto la existencia de un incumplimiento grave e insalvable por parte de Empresas Públicas de Medellín S.A E.S.P, en lo referente al proyecto de generación hidroeléctrico Porce IV, toda vez que el informe de auditoría, aceptado por EPM, concluye que existe un atraso mayor a un año, contado a partir de la fecha de inicio del periodo de vigencia de la obligación.

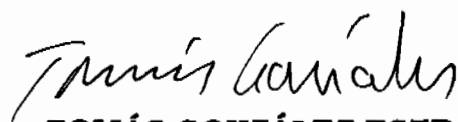
Artículo 2. Establecer como efecto del incumplimiento grave e insalvable las consecuencias previstas en el artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006 (modificado por el artículo 13 de la Resolución CREG 061 de 2007), esto es la ejecución de las garantías del proyecto Porce IV, y la pérdida de la asignación de la obligación de energía en firme y de la remuneración asociada a ella, si hubiere lugar esta.

Artículo 3. En firme la presente decisión, esta deberá ser comunicada al ASIC, para que este adopte las medidas correspondientes de acuerdo a lo determinado por la Resolución 071 de 2006, y las demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

Artículo 4. La presente Resolución deberá notificarse personalmente al representante legal de Empresas Pública de Medellín S.A E.S.P. y publicarse en el *Diario Oficial*. Contra las disposiciones contenidas en esta Resolución procede el Recurso de Reposición, el cual podrá interponerse ante la Dirección Ejecutiva de la CREG dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá a los 19 AGO. 2011


TOMÁS GONZÁLEZ ESTRADA
Viceministro de Minas y Energía
Delegado del Ministro de Minas y
Energía
Presidente


JAVIER AUGUSTO DÍAZ VELASCO
Director Ejecutivo