



Ministerio de Minas y Energía

**COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS**

**RESOLUCIÓN N°. 084 DE 2014**

( )

12 JUN. 2014

Por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 024 de 2014 "Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL, proyecto desarrollado por POLIOBRAS S.A. ESP".

**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 y 2253 de 1994, y

**CONSIDERANDO:**

Que mediante la Resolución 024 de 2014, en sesión de 7 de marzo de 2014, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, decidió:

**"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 se encuentra probado un incumplimiento grave e insalvable por parte de Poliobras S.A ESP, en lo referente al proyecto de generación termoeléctrico Termocol, toda vez que el incumplimiento de la garantía de las Obligaciones de Venta adquiridas en la subasta de reconfiguración de 2012 de que trata la Resolución CREG 051 de 2012 hace que se pierdan los beneficios dispuestos en el artículo 8 de esta Resolución, y aunado al informe de auditoría de Lee Infante Ingenieros consultores que concluye que existe un atraso de por lo menos 180 días contados a partir de diciembre de 2013, existe un incumplimiento grave e insalvable de más de 1 año contado a partir de la fecha de inicio del período de vigencia de la obligación, es decir diciembre de 2012.

**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 Termocol, la pérdida de la asignación de la obligación de energía en firme y de la remuneración asociada a ella, si hubiere lugar esta.

CGC>

Por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 024 de 2014 "Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL, proyecto desarrollado por POLIOBRAS S.A. ESP".

**Artículo 3.** *En firme la presente decisión, ésta deberá ser comunicada al ASIC, para que en caso que no lo hubiere hecho, éste 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.** *Notificar personalmente la presente Resolución al representante legal del Grupo Poliobras S.A ESP, advirtiéndole que contra la misma 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."*

Que el Grupo Poliobras SA. ESP fue notificado por medio de aviso enviado el lunes 14 de abril de 2014, de conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo;

Que el Representante Legal del Grupo Poliobras S.A ESP, estando dentro del término legal, el 24 de abril de 2014 por medio de correo electrónico presentó recurso de reposición contra la Resolución CREG 024 de 2014;

Que en dicho recurso de reposición se observan tanto argumentos de carácter sustancial como procesal frente al contenido de la Resolución;

La Comisión de Regulación de Energía y Gas procede a resolver el recurso de reposición:

#### **1. Consideración previa de la Comisión - Causales de pérdida de las Obligaciones de Energía Firme -**

Antes de entrar a analizar detalladamente las razones en que se funda el recurrente para impugnar el acto administrativo por el cual se decidió la actuación administrativa adelantada, respecto al incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL por parte de POLIOBRAS S.A E.S.P, es importante mencionar las causales por las cuales se pierden las Obligaciones de Energía Firme según la Regulación emanada de la CREG.

De conformidad con las Resoluciones CREG 071 de 2006 y 061 de 2007, las Obligaciones de Energía Firme y la remuneración asociada a ella, se perderán por alguna de las siguientes causas:

- a) *"La omisión en la obligación de garantizar la Obligación de Energía Firme a través de un contrato con uno o algunos de los anillos de seguridad dará lugar a que el incumplimiento se considere grave e insalvable con las consecuencias previstas en el numeral 3 de este artículo".* Numeral, 4 artículo 9, Resolución 071 de 2006.

Sobre el particular, se observa que esta situación se consolidó en Junio de 2013 cuando el grupo Poliobras S.A E.S.P incumplió con la obligación de otorgar las garantías a que había lugar. Por lo anterior, la Compañía de Expertos del Mercado XM S.A ESP, facultada por el artículo 36 de la Resolución 061 de 2007 y en aplicación de la regulación vigente, declaró la

PPD  
EE

CC

EP

Por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 024 de 2014 "Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL, proyecto desarrollado por POLIOBRAS S.A. ESP".

pérdida de las Obligaciones de Energía Firme para el proyecto en cuestión el 5 de junio de 2013.

Si bien es cierto esta decisión fue suspendida por orden del Juez de Tutela 50 Civil Municipal de Bogotá, es importante mencionar que dicho fallo fue revocado con posterioridad por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá.

b) *"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"*. Parágrafo artículo 9 Resolución 071 de 2006.

Al respecto, resulta importante mencionar que la situación fáctica a que se refiere b) literal en cuestión, fue objeto de estudio en la Resolución 024 de 2014 ahora recurrida.

c) *"El Agente Generador o la Persona Jurídica Interesada no acredita ante la CREG el ajuste o reposición de las garantías conforme a lo establecido en el presente Reglamento"*. Artículo 13 numeral 4 del anexo de la Resolución 061 de 2007.

Por esta causal, XM S.A ESP el 10 de julio de 2013, dio por terminada las Obligaciones de Energía Firme aplicando las consecuencias establecidas en el numeral 3 de la Resolución 071 de 2006, pues concluyó que el Grupo Poliobras S.A ESP no mantuvo vigentes las garantías para amparar la construcción y puesta en operación de la obra, de las que trata el artículo 12 y el numeral 4 del artículo 13 del anexo de la Resolución 061 de 2007.

No obstante, vale la pena aclarar que cuando la CREG entró a revisar si se había configurado un incumplimiento grave e insalvable según el artículo 9 parágrafo de la Resolución 071 de 2006, el Grupo Poliobras ya había perdido las Obligaciones de Energía Firme y las remuneraciones asociadas a ella derivadas de las subasta de 2008 para la construcción de la planta Térmica Termocol, por las razones anteriormente expuestas.

## **2. Aspectos Sustanciales esgrimidos por el Recurrente**

Dentro de los aspectos sustanciales alegados por el representante legal del Grupo Poliobras S.A ESP, se encuentran los siguientes:

1. Pérdida de asignación de la obligación de energía firme correspondiente al período comprendido entre el 1 de diciembre de 2013 al 30 de noviembre de 2031.

*OPC>*

Por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 024 de 2014 "Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL, proyecto desarrollado por POLIOBRAS S.A. ESP".

2. Imposibilidad para el agente Generador de cumplir con las garantías que respaldan las OEF de Venta conforme a las disposiciones de la Resolución 051 de 2012.
3. Correlatividad entre la subasta de reconfiguración de venta y las Obligaciones de Energía Firme.
4. Subsidiariedad de las Obligaciones Emanadas de la Subasta de reconfiguración de venta.
5. Inexistencia de atraso superior a un año en la puesta en operación de la planta o unidad de generación del proyecto Termocol.
6. Quebrantamiento por parte de la CREG de las normas en que se fundamenta la Resolución 024 de 2014.
7. Entidad competente para declarar la pérdida de las Obligaciones de Energía Firme.

**2.1 Pérdida de asignación de la obligación de energía firme correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2013 al 30 de noviembre de 2031.**

En primer lugar, se aclara que este título se toma literalmente del recurso de reposición, sin embargo, el periodo original de las obligaciones de energía firme conforme a la subasta 2008, es de diciembre de 2012 a noviembre de 2032

Manifiesta el recurrente que el 5 de junio de 2013 mediante oficio 004221, XM S.A ESP ejecutó la garantía de que trata el numeral 3 del artículo 9 de la Resolución 071 de 2006, ocasionando a su vez la pérdida de la asignación de las obligaciones de energía firme, tal y como lo dispone la precitada norma regulatoria.

Vale la pena aclarar que la fecha real de la pérdida de las Obligaciones de Energía Firme por los incumplimientos por parte del Grupo Poliobras S.A ESP previstos en la Regulación fue informado por parte de XM S.A el 10 de julio de 2013 por las razones establecidas en el artículo 12 y el numeral 4 artículo del 13 del anexo de la Resolución 061 de 2007.

Lo anterior, en razón a que la declaratoria de pérdida de Obligaciones de Energía Firme de 5 de junio de 2013, tuvo que ser interrumpida por decisión de Juez de Tutela 50 Civil Municipal de Bogotá. Decisión que fue revocada por el Juez 37 Civil del Circuito el 26 de julio de 2013.

De manera que la pérdida de las Obligaciones de Energía Firme por los incumplimientos previstos en la Regulación por parte del Grupo Poliobras S.A ESP fue informada por parte de XM S.A ESP el 10 de julio de 2013 y no el 5 de junio de 2013 como lo manifiesta el Representante Legal del Grupo Poliobras SA ESP.

**2.2 Imposibilidad para el agente Generador de cumplir con las garantías que respaldan las OEF de venta conforme a las disposiciones de la Resolución 051 de 2012.**

MM  
GS

CPC>

Por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 024 de 2014 "Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL, proyecto desarrollado por POLIOBRAS S.A. ESP".

Manifiesta el recurrente que se encontraba imposibilitado para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de las OEF de Venta de que trata la Resolución 051 de 2012, toda vez que con la declaración de pérdida de Obligaciones de Energía Firme efectuada por XM S.A ESP, cesó el deber de Poliobras S.A E.S.P de continuar realizando el pago de las OEF de Venta.

En primer lugar es importante señalar que la conclusión propuesta por el recurrente no se encuentra contemplada en la citada Resolución CREG 051 de 2012. Es decir, que la pérdida de las Obligaciones de Energía Firme por alguna de las causales establecidas en la regulación, no genera como consecuencia el cese de las OEF de venta de que trata la Resolución 051 de 2012.

Sobre el particular se recuerda que la participación del Grupo Poliobras S.A ESP en la subasta de reconfiguración de 2012 se hace por la voluntad de dicho Grupo, comprometiéndose a aceptar las normas que la rigen, dentro de las cuales no existe ninguna causal de exoneración de las obligaciones derivadas de la subasta de reconfiguración por la pérdida de las Obligaciones de Energía Firme.

En segundo lugar, la declaratoria de pérdida de las Obligaciones de Energía Firme por parte de XM S.A ESP como consecuencia de la no renovación de la garantía de obra de que trata el artículo 12 y el numeral 4 del artículo 13 del anexo de la Resolución 061 de 2007, se dio el 10 de julio de 2013 fecha posterior al incumplimiento de la renovación de las OEF de venta, 19 de junio de 2013.

Tal y como lo señaló el 30 de julio de 2013 Cecilia Maya, Gerente de Administración del Mercado de XM S.A ESP, el Grupo Poliobras S.A ESP dejó de cumplir el 19 de junio de 2013 con las garantías de las OEF de Venta correspondientes al mes de julio, fecha anterior a la declaratoria de pérdida de las Obligaciones de Energía Firme por parte de XM S.A ESP, es decir 10 de julio de 2013.

Por lo anterior, no es admisible la teoría del incumplimiento de las OEF de Venta por la pérdida de las Obligaciones de Energía Firme, toda vez que esta es posterior al incumplimiento de las OEF de Venta de que trata la Resolución 051 de 2012.

### **2.3 Correlatividad entre la subasta de reconfiguración de venta y las Obligaciones de Energía Firme.**

Se reitera el argumento anterior, en el sentido de que la pérdida de las Obligaciones de Energía Firme declarada por XM S.A ESP como consecuencia de la no renovación de la garantía de obra de que trata el artículo 12 y el numeral 4, artículo 13, del anexo de la Resolución 061 de 2006, fue el 10 de julio de 2013, por lo tanto es posterior a la fecha de incumplimiento de las garantías de la OEF de Venta por parte del Grupo Poliobras S.A ESP, 19 de junio de 2013.

En consecuencia, no puede ser de recibo este argumento.

*cpc>*

Por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 024 de 2014 "Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL, proyecto desarrollado por POLIOBRAS S.A. ESP".

**2.4 Subsidiariedad de las Obligaciones Emanadas de la Subasta de reconfiguración de venta.**

Este argumento esgrimido por el recurrente no está contemplado en ninguna parte de los artículos de la Resolución 051 de 2012, además se reitera que la fecha de incumplimiento de las garantías de las OEF de venta es previo a la declaratoria de pérdida de las Obligaciones de Energía Firme por parte de XM S.A ESP.

**2.5 Inexistencia de atraso superior a un año en la puesta en operación de la planta o unidad de generación del proyecto Termocol.**

Se reitera lo señalado en la Resolución 024 de 2014, en el sentido de que solicitada información a XM S.A ESP sobre si el Grupo Poliobras venía cumpliendo con las garantías que respaldan las obligaciones de OEF de venta conforme a la Resolución 051 de 2012, aquella empresa manifestó que el Grupo Poliobras S.A ESP dejó de cumplir el 19 de junio 2013 con el pago de las garantías correspondientes al mes de julio. Afirmación que fue ratificada tanto por Luis Alejandro Camargo, Gerente General de XM S.A ESP así como por Cecilia Maya Gerente Financiera y de Administración del Mercado de XM S.A ESP, en la diligencia de práctica de testimonio realizada el 22 de octubre de 2013, tal y como consta en las grabaciones que obran en el expediente.

Conforme al numeral ii) del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 2012, el incumplimiento en la entrega de la garantía del Generador que compra la OEF de Venta, hará que quede sin efecto el aplazamiento de la entrada en vigencia de la obligación.

Así las cosas, el Grupo Poliobras S.A ESP al no cumplir con la garantía de la OEF de Venta de que trata la Resolución CREG 051 de 2012 perdió la prerrogativa de aplazamiento de la entrada en vigencia de la obligación, por lo que la fecha en que debía haber entrado en operación comercial la planta Termocol conforme a la obligación adquirida por el Grupo Poliobras S.A ESP al participar en la subasta y ganar la asignación de OEF, debe contabilizarse desde diciembre 1 de 2012, es decir, se retoma la fecha de origen para el entrada del proyecto.

Aunado a lo anterior, en el informe número 5 del auditor Álvaro Infante Zapata certificó un retraso de por lo menos 180 días en la construcción del proyecto, a partir de la nueva fecha de entrada del proyecto, es decir diciembre 1 de 2013. Sin embargo, al haber sido incumplidas las obligaciones derivadas de la subasta de reconfiguración, como era la constitución oportuna de las garantías de las OEF de venta, la prerrogativa del aplazamiento en la entrada en vigencia del proyecto se perdió, quedando incumplidos el Grupo Poliobras desde la fecha inicial de la entrada del proyecto, esto es desde 1 de diciembre de 2012.

Por lo tanto, existe un incumplimiento de más de 1 año por parte del Grupo Poliobras en la puesta en marcha del Proyecto Termocol, el cual surge del incumplimiento de las Garantías OEF de Venta y del atraso de 180 días en la

MM/BS

CPC

89

Por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 024 de 2014 "Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL, proyecto desarrollado por POLIOBRAS S.A. ESP".

entrega del proyecto certificados por el auditor, contados a partir de diciembre de 2013.

**2.6 Quebrantamiento por parte de la CREG de las normas en que se fundamenta la Resolución 024 de 2014.**

Argumenta el recurrente que la CREG carece de competencia para haber iniciado el procedimiento para determinar la existencia de un incumplimiento grave e insalvable en la construcción de la Planta Termocol, el cual fue determinado en la Resolución objeto del presente recurso; así mismo, manifiesta que la CREG se está excediendo en el ejercicio de sus funciones.

En primer lugar, se transcriben las funciones de la CREG establecidas en el párrafo del artículo 9 de la Resolución 071 de 2006, lo cual evidencia que la CREG respetó el principio de legalidad del servidor público, para el ejercicio de sus funciones.

**"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 normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan."

En segundo lugar, es importante mencionar que el servidor responde también por omisión en el ejercicio de sus funciones. Es la propia Constitución Política la que señala lo siguiente:

**"ARTICULO 6.** Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

La CREG, mediante oficio 005907-1 de 29 de julio de 2013 fue informada por parte de XM S.A ESP, que el Grupo Poliobras S.A ESP el 19 de junio de 2013 dejó de presentar las garantías correspondientes a las OEF de Venta que fueron adquiridas por Poliobras en la Subasta de reconfiguración de que trata la Resolución 051 de 2012. Es decir, fue informado que con su incumplimiento, Poliobras S.A ESP perdió la prerrogativa de aplazamiento de la entrada en funcionamiento del proyecto que le otorgó la subasta de reconfiguración como lo establece el Artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 2012, por lo tanto se encontraba incumplido desde el 1 de diciembre de 2012.

*MM* *BS* *CPC*

*BS*

Por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 024 de 2014 "Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL, proyecto desarrollado por POLIOBRAS S.A. ESP".

Por tanto, la CREG sin exceder sus competencias, conoció de un hecho irregular, el cual no podría dejar pasar por alto, porque esto sí hubiera constituido omisión en sus funciones, al desconocer el incumplimiento de las obligaciones de un agente respecto a sus compromisos según la regulación.

Es decir, cuando la CREG entró a establecer si se configuraron los supuestos que trata la regulación para determinar la existencia de un incumplimiento grave e insalvable conforme al parágrafo del artículo 9 de la Resolución 071 de 2006, el Grupo Poliobras S.A ESP ya se encontraba incumplido en la entrega oportuna del proyecto, es decir desde 1 de diciembre de 2012. Lo único que hace la CREG es declarar un incumplimiento grave e insalvable ya existente.

Por ello, no puede desligarse del análisis el incumplimiento del Grupo Poliobras S.A ESP en presentar las garantías correspondientes a las OEF de Venta, lo que por disposición de la regulación automáticamente hace que pierda la prerrogativa de aplazamiento de entrada en vigencia de la obra.

La CREG no está suponiendo atrasos inexistentes en la entrega de la obra ni le está endilgando al Grupo Poliobras S.A ESP hechos ajenos a la realidad. Desde el 19 de junio de 2013, fecha en que Poliobras S.A ESP deja de presentar oportunamente las garantías de la OEF de Venta a las que se refiere la Resolución 051 de 2012, automáticamente, pierde la prerrogativa de aplazamiento de la entrada en vigencia de la obra, la cual se le concedió en razón a la subasta de reconfiguración y en ese sentido su incumplimiento se cuenta desde diciembre de 2012.

Cuando el auditor del proyecto Álvaro Infante Zapata en su informe número 5 de mayo de 2013 certificó un atraso de por lo menos 180 días contados a partir de la fecha que como consecuencia de la subasta de reconfiguración del año 2012, se obtuvo, es decir diciembre de 2013, tiene que entenderse dentro de una interpretación sistemática de las Obligaciones de Energía Firme. Estas son adquiridas en el año 2008 para la vigencia diciembre 2012- noviembre 2032, pero en el año 2012 se hace uso de la subasta de reconfiguración, permitiéndole al Grupo Poliobras S.A ESP tener un aplazamiento en la entrada en la vigencia de la obra, bajo los requisitos que cumpliera con las obligaciones que se derivaron de dicha subasta de reconfiguración, es decir el otorgamiento oportuno de sus garantías.

Así las cosas, la CREG no puede desconocer el hecho evidente informado por XM S.A ESP sobre el incumplimiento de Poliobras S.A ESP respecto de las obligaciones derivadas de la subasta de reconfiguración.

Cuando la CREG entra a conocer el procedimiento resuelto en la Resolución 024 de 2014, el año de atraso en la ejecución del proyecto ya existía. Al haber perdido la prerrogativa de aplazamiento de la entrada en vigencia del proyecto, Poliobras S.A ESP se encontraba en situación de atraso desde diciembre de 2012, por lo que los 180 días de atraso certificados por el auditor en su informe de auditoría, no pueden entenderse desligados del retraso evidente de 1 año por parte de Poliobras S.A ESP, al haber perdido la prerrogativa de

*MM* *BB* *CPC*

*Say*

Por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 024 de 2014 "Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL, proyecto desarrollado por POLIOBRAS S.A. ESP".

aplazamiento de entrada del proyecto que le concedía la subasta de reconfiguración.

La CREG, no está sumando de manera abusiva términos para constituir el año de atraso en la entrega de la obra del proyecto Termocol, como lo alega el Representante Legal de Poliobras S.A ESP, al contrario, en ejercicio de sus funciones ha declarado un incumplimiento grave e insalvable, conforme a la información que tiene en su acervo probatorio, el informe número 5 del auditor y la pérdida automática de la prerrogativa que le otorgó la subasta de reconfiguración al Grupo Poliobras S.A ESP en el aplazamiento en la entrada en vigencia del proyecto, ante el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la subasta de reconfiguración, como es otorgar oportunamente las garantías de las OEF de Venta derivadas de esta.

## **2.7 Entidad competente para declarar la pérdida de las Obligaciones de Energía Firme.**

Tal y como se manifestó con anterioridad, la regulación de la CREG permite que las Obligaciones de Energía Firme se pierdan por causas distintas y según sea el caso, podrá adelantarse por entidades diferentes:

XM S.A ESP como Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales-ASIC-, según la regulación de la CREG, está facultado para ejecutar las garantías asociadas al incumplimiento de las Obligaciones de Energía Firme y las remuneraciones asociadas a ella, tal y como lo dispone, la Resolución CREG 061 de 2007 así:

***"Artículo 36. Procedimiento de ejecución de las garantías. En caso de constituirse uno de los incumplimientos indicados en el presente Reglamento, XM S.A. E.S.P., en calidad de Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales -ASIC-, o quien haga sus veces, antes del vencimiento de la vigencia de las garantías procederá a hacerlas efectivas, enviando el aviso de incumplimiento al Garante respectivo. En la misma fecha enviará una comunicación al Agente Generador o a la Persona Jurídica Interesada informando la fecha a partir de la cual se verificó el incumplimiento y, por ende, se perdió la asignación de Obligación de Energía Firme, en los casos en que haya lugar a ello de acuerdo con lo establecido en la regulación vigente."***

En este sentido, la pérdida de las Obligaciones de Energía Firme, tuvo origen en la anterior facultad de XM S.A ESP conforme a la Regulación. Así las cosas, la comunicación de 5 de junio de 2013 por parte de XM S.A ESP, donde se informa de la pérdida de las Obligaciones de Energía Firme, obedeció a que se configuraron los supuestos establecidos en el numeral 4 del artículo 9 de la Resolución 071 de 2006 así:

***"La omisión en la obligación de garantizar la Obligación de Energía Firme a través de un contrato con uno o algunos de los anillos de seguridad dará lugar a que el incumplimiento se considere grave e insalvable con las consecuencias previstas en el numeral 3 de este artículo. No 4 artículo 9."***

*BB*

*MM*

*CC*

Por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 024 de 2014 "Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL, proyecto desarrollado por POLIOBRAS S.A. ESP".

La decisión de 5 de junio de 2013, tuvo que ser interrumpida por orden del Juez de Tutela 50 Civil Municipal de Bogotá.

De otra parte, en uso de la facultad anterior, XM encontró que Poliobras S.A ESP no renovó oportunamente la garantía de obra de que trata el artículo 12 y el numeral 4 del artículo 13 del anexo de la Resolución 061 de 2007 y en ese sentido el 10 de julio de 2013 declaró la pérdida de las Obligaciones de Energía Firme.

En el caso que le atañe a la CREG, aunque como bien lo señala el recurrente, Poliobras S.A ESP ya había perdido las Obligaciones de Energía Firme por actuación de XM S.A ESP el 10 de julio de 2013, y por causas diferentes a las analizadas por la CREG, se decidió entrar a establecer si se configuraron los supuestos que trae la regulación para determinar la existencia de un incumplimiento grave e insalvable del que trata el párrafo del artículo 9 de la Resolución 071 de 2006.

Aunque la CREG mediante Resolución 024 de 2014 llega a la misma conclusión a la que llegó en su oportunidad XM S.A ESP, el origen de las actuaciones se da por causas regulatorias distintas.

Es falso como lo afirma el recurrente que se estén perdiendo dos veces las mismas Obligaciones de Energía Firme. Las Obligaciones de Energía Firme se perdieron el 10 de julio de 2013 por las razones que en su oportunidad le expuso XM S.A al Grupo Poliobras.

La CREG mediante Resolución 024 de 2014 al encontrar que hubo un incumplimiento grave e insalvable, llega a la misma conclusión que XM S.A ESP, aunque por causas distintas.

### **3. Aspectos Procesales esgrimidos por el Recurrente**

En el recurso de reposición, el Representante Legal del Grupo Poliobras S.A ESP, alega reiteradas violaciones al debido proceso durante la actuación administrativa 2013-0061 que concluyó con la Resolución 024 de 2014. Entre sus argumentos se encuentran los siguientes:

1. Citaciones a los testigos
2. Inclusión de asuntos nuevos de investigación que no fueron incluidos en los cargos contenidos en el auto que dio inicio a la actuación administrativa 2013-0061.
3. Negación de pruebas de manera arbitraria.
4. Retiro de las apoderadas de Poliobras de las instalaciones de la CREG el día 22 de octubre de 2013.
5. Violación del derecho que le asiste legalmente al Grupo Poliobras dentro de la presente actuación para que las pruebas se practiquen ante el funcionario que designe la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

*gpc>*

Por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 024 de 2014 "Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL, proyecto desarrollado por POLIOBRAS S.A. ESP".

En primer lugar, es preciso resaltar que la actuación administrativa 2013-0061 se realizó dentro del debido proceso y bajo los principios de audiencia y contradicción pero en todo caso, sin olvidar el mandato constitucional de la celeridad administrativa, que obliga a las autoridades administrativas a garantizarla en los procesos administrativos, protegiéndola de conductas que atenten contra este principio y la lealtad procesal.

### 3.1 Citaciones a los testigos

Manifiesta el Representante Legal del Grupo Poliobras S.A ESP que se violó lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 142 de 1994, es decir que los testigos tienen que ser citados con 10 días de anticipación a la práctica de la prueba.

Es preciso resaltar las veces en que fueron citados los testigos solicitados por el Grupo Poliobras S.A ESP:

- Mediante auto de 15 de agosto de 2013 se citaron a los señores Ramón Augusto Vásquez y Nixon Forero Gómez para que rindieran testimonio el 21 de agosto de 2013 a las 8: 30 am, audiencia que tuvo que ser declarada fallida por inasistencia de los citados como consta en el folio 90 del expediente.
- Mediante auto de 6 de septiembre de 2013, se vuelven a citar para el 11 de septiembre de 2013 para rendir testimonio. Audiencia que no pudo ser realizada por excusa presentada tanto por Augusto Vásquez y Nixon Forero.
- Mediante auto de 20 de septiembre de 2013, se citaron por tercera y última vez a los testigos del Grupo Poliobras S.A ESP para que rindieran su testimonio el 2 de octubre de 2013.

Nótese que no se puede alegar falta de garantías y debido proceso cuando en tres oportunidades los testigos del Grupo Poliobras S.A ESP fueron citados para rendir su testimonio, sin que éstos asistieran.

Para la audiencia de 2 de octubre de 2013, asisten los testigos y por medio de apoderada, solicitan nulidad de todo lo actuado por la vulneración de la norma con anterioridad citada. Se practican los testimonios de Forero y Vásquez, pero por razones de tiempo la audiencia es suspendida y citada en estrados para el 22 de octubre de 2013, la cual estaba dentro de los 10 días de anticipación alegados por la defensa, saneándose así las causas que dieron origen a la nulidad.

Como en la audiencia de 2 de octubre de 2013, con anuencia de la apoderada del Grupo Poliobras S.A ESP se citaron para la práctica de testimonios el 22 de octubre de 2013, los testigos del Grupo Poliobras S.A ESP no se presentaron a la audiencia de 22 de octubre de 2013 y en ese sentido se declara desierta la práctica de los testimonios de Nixon Forero y Augusto Zapata.

De lo anterior es claro, que la administración dio 5 oportunidades para que los testigos del Grupo Poliobras S.A ESP rindieran sus testimonios, sin que estos

cpc >

Por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 024 de 2014 "Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL, proyecto desarrollado por POLIOBRAS S.A. ESP".

hubieran atendido la citación. Además, fue concedida una nulidad parcial citándose nuevamente los testigos notificados en estrado sin que se presentaran.

Ante esta dilación injustificada de los términos procesales y falta de lealtad procesal por parte de la defensa del Grupo Poliobras S.A ESP, la Administración como garante de los principios del desarrollo de la función administrativa, como es la celeridad, se encontraba en el deber constitucional de darle curso al procedimiento.

Al respecto, ha dispuesto la H. Corte Constitucional en sentencia T-320 de 1993, lo siguiente:

*"Por disposición del artículo 29 de la Constitución toda persona tiene derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. Por su parte, el artículo 228 superior afirma que los términos deben ser observados con diligencia, tanto por los funcionarios judiciales como por las partes involucradas. En esa medida, si bien para que la dilación que se presente en el proceso vulnere el debido proceso debe ser injustificada, teniendo en cuenta que existe la obligación de observancia diligente de los términos se puede afirmar que no cualquier argumento puede considerarse como justificación, sino la dificultad que se haya presentado en el proceso debe ser realmente impeditiva de la labor judicial."*

### **3.2 Inclusión de asuntos nuevos de investigación que no fueron incluidos en los cargos contenido en el auto de inicio a la actuación administrativa 2013-0061.**

Manifiesta el Representante Legal del Grupo Poliobras S.A ESP, que la CREG en medio del procedimiento le cambió los cargos y que el 17 de octubre de 2013, le formuló un nuevo cargo.

En primer lugar, es preciso aclarar que desde el auto de julio 11 de 2013 con el que se inicia la actuación administrativa, hasta el auto de 1 de noviembre de 2013, con el que se cierra la etapa probatoria, nunca se formuló un solo cargo al Grupo Poliobras S.A ESP, toda vez que como se mencionó en el auto de 17 de octubre de 2013 la naturaleza del procedimiento administrativo de 2013-0061 no es sancionatorio si no declarativo.

En el citado auto de 17 de octubre de 2013, en el que según el Representante Legal del Grupo Poliobras S.A ESP, se le están cambiando los cargos, se resalta que dicho auto está resolviendo una nulidad interpuesta por la apoderada del Grupo Poliobras S.A ESP. Mal podría haber cambiado cargos la Dirección Ejecutiva de la CREG, cuando nunca los formuló. En el mencionado auto de trámite, simplemente se está saneando parcialmente una nulidad solicitada por la apoderada del Grupo Poliobras S.A ESP.

### **3.3 Negación de pruebas de manera arbitraria**

Menciona el Representante Legal del Grupo Poliobras S.A ESP, que las pruebas en auto de 15 de julio de 2013 le fueron negadas arbitrariamente.

*SG*

*CPC*

Por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 024 de 2014 "Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL, proyecto desarrollado por POLIOBRAS S.A. ESP".

Se recuerda que la administración solo debe declarar las pruebas, que considere que por su contenido sirvan para los fines propuestos. Si no lo son así, se declaran improcedentes o inidóneos.

Las razones por las cuales no se aceptaron las pruebas solicitadas, están claramente expuestas en el auto de 15 de agosto de 2013.

### **3.4 Retiro de las apoderadas de Poliobras S.A ESP de las instalaciones de la CREG el día 22 de octubre de 2013.**

Manifiesta el Representante Legal del Grupo Poliobras S.A ESP, que el hecho que a una de las apoderadas del Grupo Poliobras S.A ESP no se le permitió el ingreso a la audiencia del 22 de octubre de 2013, se le está violando el derecho a una defensa técnica.

Se recuerda que a la audiencia de 22 de octubre de 2013 ingresaron las abogadas Marcela Monroy y María Fernanda Cuello, garantía que Poliobras S.A ESP contaba con la defensa técnica de no solo una si no dos abogadas. Dichas abogadas decidieron por su propia voluntad retirarse de la audiencia por lo que la práctica de los testimonios de los testigos de XM S.A ESP, se practicó sin la presencia de las apoderadas de Poliobras S.A ESP.

No entiende la administración, cómo se puede estar violando una defensa técnica, cuando las apoderadas de una de las partes deciden retirarse de la audiencia por su propia voluntad.

Las decisiones erróneas de los apoderados, no pueden ser endilgadas a la administración; además, Poliobras S.A ESP contaba en la audiencia con dos abogadas que lo representaban, el hecho que las apoderadas hayan decidido retirarse por su voluntad, implica que renunciaron al derecho a la defensa técnica en esa audiencia que la administración les estaba garantizando.

Sobre la presunta exigencia a las apoderadas de Poliobras S.A ESP del abandono de las instalaciones de la CREG, es un hecho que no se encuentra probado.

### **3.5 Violación del derecho que le asiste legalmente al Grupo Poliobras dentro de la presente actuación para que las pruebas se practiquen ante el funcionario que designe la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.**

Manifiesta el Representante Legal del Grupo Poliobras S.A ESP, que el Director Ejecutivo, impidió la participación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la práctica de las pruebas, lo cual carece de validez.

Informa el recurrente que el grupo Poliobras S.A ESP radicó una solicitud ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de designar a una persona para que en virtud del artículo 109 de la Ley 142 de 1994 practicara las pruebas dentro del procedimiento 2013-0061, por cuanto Poliobras S.A ESP consideraba que no se habían practicado en debida forma. Solo hasta el 26 de

*OPC*

Por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 024 de 2014 "Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL, proyecto desarrollado por POLIOBRAS S.A. ESP".

noviembre de 2013, mediante oficio 20131300778891 la CREG conoce de manera oficial por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que desde el 22 de octubre de 2014 esta entidad ofreció respuesta positiva a la petición de Poliobras S.A ESP, argumentando lo siguiente:

*"En virtud de lo expuesto, se ofrece respuesta positiva al peticionario y se le informa que esta Superintendencia, procederá en el menor tiempo posible a efectuar el trámite necesario para proceder a expedir el acto administrativo en el cual se realizará la designación de la persona que en los términos del artículo 109 de la Ley 142 de 1994, participará dentro de la actuación administrativa 2013-0061 que se adelanta por parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG- contra el Grupo Poliobras S.A E.S.P, en orden a declarar el incumplimiento grave e insalvable del contratista en desarrollo del proyecto TERMOCOL."*

Se resalta que la comunicación anteriormente mencionada, sólo la conoció la CREG de manera oficial por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el 26 de noviembre de 2013 como se puede observar a folio 399 del expediente, fecha posterior al cierre de la etapa probatoria el 1 de noviembre de 2013. Por lo tanto, no se puede alegar que el Director Ejecutivo de la CREG impidió la participación del funcionario de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, cuando el conocimiento que tuvo la CREG de la respuesta de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se hace posterior al cierre de la etapa probatoria.

Así mismo, con fecha de 19 de diciembre de 2013, se recibe oficio 201313008444251 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como se puede observar en el folio 406 del expediente, en el que se puede resaltar:

*"En este sentido, al encontrarse cerrada la etapa probatoria, se entiende, por una parte, que las pruebas practicadas fueron debidamente practicadas, es decir, que el debate probatorio se encuentra agotado y por tanto, la designación de un funcionario para la práctica de pruebas resulta improcedente".*

Nótese, que con este oficio la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios avala la práctica de las pruebas efectuada por la CREG.

De conformidad con el artículo 76 de la Ley 142 de 1994, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tiene personería jurídica, técnica, administrativa y financiera, motivo por el cual dicha entidad, es autónoma en la toma de sus decisiones. El hecho que por mandato de la Ley 143 de 1994 y Decreto 1260 de 2013, participe con voz pero sin voto en la sesiones de la CREG, éste cuerpo colegiado, no es responsable de las decisiones que en ejercicio de sus funciones a título individual, tomen su miembros o participantes.

Por lo tanto, le corresponde a dicha Superintendencia, atender las observaciones que tenga el recurrente sobre la toma de decisiones en el caso que nos ocupa y no a la CREG.

*100*  
*AS*

*cpc>*

Por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 024 de 2014 "Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación de la planta térmica TERMOCOL, proyecto desarrollado por POLIOBRAS S.A. ESP".

Que en sesión No 609 de 12 de junio de 2014, la Comisión de Regulación de Energía y Gas analizó el recurso de reposición contra la Resolución CREG 024 de 2014 y

Que por lo anteriormente expuesto,

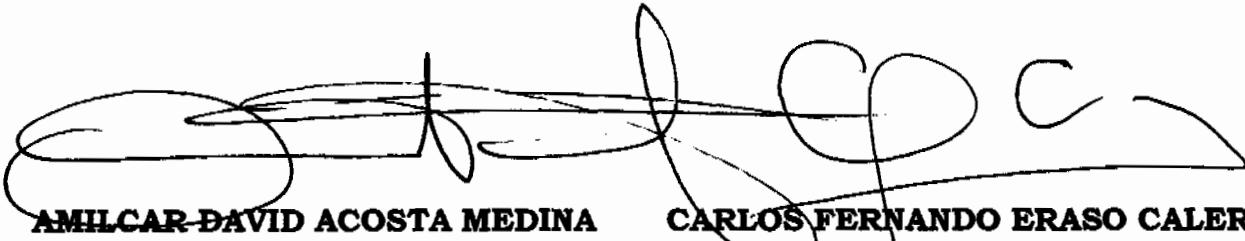
**R E S U E L V E:**

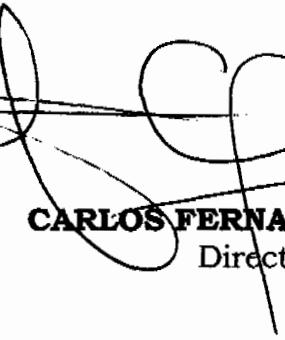
**Artículo 1.** Negar el recurso de reposición interpuesto por el Representante Legal del Grupo Poliobras contra la Resolución CREG 024 de 2014 y en consecuencia confirmar todo lo dispuesto en ella.

**Artículo 2.** Contra el presente acto no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., 12 JUN. 2014

  
**AMILCAR DAVID ACOSTA MEDINA**  
Ministro de Minas y Energía  
Presidente

  
**CARLOS FERNANDO ERASO CALERO**  
Director Ejecutivo

  
Bogotá, D.C.  
12 de junio de 2014