



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 154' DE 2019

(15 NOV. 2019)

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 101 de 2019 por la cual se decidió *la actuación administrativa adelantada para establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de Empresas Públicas de Medellín, EPM 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 1260 de 2013 y

CONSIDERANDO QUE:

A. ANTECEDENTES

En aplicación del mecanismo del Cargo por Confiabilidad, en el año 2008, la Comisión convocó una subasta para asignación de obligaciones de energía firme a plantas con período de construcción superior al período de planeación, GPPS, la cual fue administrada por la empresa XM S.A. E.S.P., como lo ordena la Resolución 071 de 2006. En esta subasta participó el proyecto Hidroeléctrico Pescadero-Ituango, para lo cual declaró los siguientes parámetros: la topología de la planta, el IHF, la eficiencia, capacidad efectiva neta de 1.200 MW, caudal medio mensual, embalse, capacidad máxima del arco generación. Así mismo, el proyecto declaró y se le verificó una ENFICC de 23.459.253 kWh/día.

Como resultado de la subasta, el proyecto Pescadero Ituango obtuvo asignaciones de Obligaciones de Energía Firme, OEF, por 1.085 GWh/año con inicio de período de vigencia de la obligación, IPVO, 1 de diciembre de 2018, y terminación de dicho período en el año 2038, y Cargo por Confiabilidad de 13,998 USD/MWh.

En el 2012, la Comisión convocó una subasta para asignación de obligaciones de energía firme a plantas con período de construcción superior al período de planeación, GPPS, para el período 2021-2022, en la cual el proyecto Pescadero Ituango obtuvo OEF por 3.482 GWh/año, con inicio de período de vigencia de la

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 101 de 2019 por la cual se decidió *la actuación administrativa adelantada para establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de Empresas Públicas de Medellín, EPM ESP.*

Obligación, IPVO, 1 de diciembre de 2021 y terminación de dicho período en el año 2038, Cargo por Confiabilidad de 17,70 USD/MWh.

En el año 2013, la construcción, operación y mantenimiento de la planta y las asignaciones de OEF asignadas al proyecto Pescadero Ituango en las subastas para plantas GPPS del 2008 y del 2012, fueron cedidas a Empresas Públicas de Medellín E.S.P., por quien hasta el momento era el responsable del proyecto: EPM ITUANGO S.A. E.S.P.

Conforme a lo definido en el artículo 8 y el Anexo 1 de la Resolución CREG 071 de 2006, el ASIC contrató a la firma Deloitte para hacer la verificación del cumplimiento de las obligaciones de construcción y puesta en operación. El 22 de octubre de 2018, la CREG recibió el informe final correspondiente al primer semestre del año 2018, emitido por el auditor del proyecto, la firma Deloitte. En el informe, después de presentar unos antecedentes, el auditor hace un recuento de las actividades desarrolladas en el proceso de verificación, destaca los elementos de información que fueron requeridos y no fueron entregados por parte de EPM, y hace referencia a los comentarios formulados por EPM frente al informe preliminar. Finalmente, el auditor presenta la siguiente conclusión: *"Teniendo en cuenta lo anterior, a partir del resultado del procedimiento alterno de auditoria de confirmación y en ese sentido las manifestaciones del gestor del proyecto, conforme con lo indicado en el artículo 17 de la Resolución CREG 061 de 2007 (que modifica la Resolución CREG 071 de 2006), se presenta un atraso importante frente a la fecha del Inicio del Periodo de vigencia de la Obligación-IPVO- (1 de diciembre de 2018), lo cual, conforme a la regulación aplicable, constituye incumplimiento grave e insalvable."*

Recibido el informe del auditor del proyecto, atendiendo a las conclusiones del mismo y a lo previsto en la regulación, mediante auto de 6 de noviembre de 2018, la Dirección Ejecutiva de la CREG inició una actuación administrativa *"con el objeto establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable del proyecto Hidroeléctrico Ituango, el cual está siendo adelantado por Empresas Públicas de Medellín EPM SA ESP y determinar las consecuencias respecto de las obligaciones de energía firme (OEF) asignadas con inicio de vigencia 2018 y de las obligaciones de energía firme (OEF) asignadas con inicio de vigencia 2021."*

Surtido el trámite de la actuación administrativa de que tratan los artículos 106 y siguientes de la Ley 142 de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas en sesión 940 de 30 de agosto de 2019, aprobó expedir la Resolución CREG 101 de 2019 *por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de Empresas Públicas de Medellín, EPM ESP.* La resolución estableció que se habían configurados los supuestos del incumplimiento grave e insalvable de la OEF con IPVO diciembre 1 de 2018 y, como consecuencia, declaró la pérdida de la obligación y de la remuneración correspondiente, y ordenó la ejecución de la garantía. Con respecto a la OEF con IPVO 1 de diciembre 2021 determinó que, a la fecha y

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 101 de 2019 por la cual se decidió *la actuación administrativa adelantada para establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de Empresas Públicas de Medellín, EPM ESP.*

como resultado de la actuación, no se había establecido el incumplimiento grave e insalvable. Adicionalmente, ordenó la realización de la auditoría de que trata el artículo 8 de la Resolución CREG 071 de 2006 para las OEF con inicio del período de vigencia de obligación en diciembre de 2021.

Mediante oficio E-2019-10300 de 26 de septiembre de 2019, EPM E.S.P. interpone recurso de reposición contra la Resolución CREG 101 de 2019, solicitando: 1) Revocar el artículo 2 de la Resolución CREG 101 de 2019, y en su lugar declarar que el atraso del proyecto Hidroeléctrico Ituango no se considera incumplimiento grave e insalvable; 2) Revocar el artículo 4 de la Resolución CREG 101 de 2019, y en su lugar no ordenar la ejecución de la garantía de construcción y puesta en operación del proyecto Hidroeléctrico Ituango, así como declarar que el proyecto mantiene sus obligaciones de energía firme con vigencia 1 de diciembre de 2018 al 30 de diciembre de 2038 por 1085 GWh/año; 3) Adicionar a la Resolución CREG 101 de 2019, para pronunciarse expresamente sobre la petición presentada mediante comunicación EPM 2018013001300164604 de 14 de agosto de 2019, en el sentido de permitir cumplir las asignaciones de Obligaciones de Energía Firme para la vigencia 1 de diciembre de 2021 al 30 de noviembre de 2038, con el número de unidades de generación necesarias para producir la energía firme.

B. RECURSO DE REPOSICIÓN

EPM E.S.P. sustenta su recurso con los siguientes argumentos:

Reitera que respecto de las Obligaciones de Energía Firme -OEF- asignadas en la subasta de 2008 y con IPVO 1 de diciembre de 2018, el incumplimiento no es insalvable, porque el cumplimiento de las OEF es posible a través de anillos de seguridad, aclarando que no han pretendido el cumplimiento de las OEF asignadas en la subasta de 2008 durante (20) años de su vigencia mediante anillos de seguridad, lo cual, reconocen, sería claramente contrario a la regulación, pues se estaría vulnerando el objetivo de contar con un activo nuevo de generación que cumpla con las condiciones exigidas por la CREG para ser asignado en una subasta de cargo por confiabilidad. Según EPM, lo que se busca es que, mientras el proyecto entra en operación comercial, la energía correspondiente a las OEF pueda ser entregada por los anillos de seguridad.

Así mismo, manifiesta que en la Resolución CREG 101 de 2019, la Comisión no se pronunció expresamente sobre la petición presentada mediante comunicación EPM 201801300165604, con radicado CREG E-2018-014070 del 28 de diciembre de 2018, en el sentido de "Permitir cumplir las asignaciones de Obligaciones de Energía Firme para la vigencia 1 de diciembre de 2021 al 30 de noviembre de 2038 con el número de unidades de generación necesarias para producir la energía firme asignada". Así mismo, indicó que a partir de la Resolución CREG 103 de 2018 se produjo un cambio regulatorio importante, en el sentido de definir que la energía firme para el cargo por confiabilidad de las plantas hidráulicas nuevas sería la ENFICC Base, esto es 100% PSS, en lugar de la ENFICC 95 % PSS, decisión que, según EPM, tiene "implicaciones profundas

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 101 de 2019 por la cual se decidió *la actuación administrativa adelantada para establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de Empresas Públicas de Medellín, EPM ESP.*

y de carácter estructural para el Proyecto Hidroeléctrico” Ituango en el sentido que, si bien el proyecto hidroeléctrico Ituango declaró en el año 2008 las 4 unidades que en su momento le aportaban energía firme al sistema, bajo las condiciones actuales, la 4 unidad ya no es necesaria.

C. ANÁLISIS DE LA CREG

1. Frente al argumento de que el incumplimiento de las OEF de 2018 no es grave e insalvable porque pueden utilizarse los anillos de seguridad.

En la actuación administrativa y al presentar el recurso, EPM ha manifestado que el incumplimiento que presenta el Proyecto Hidroeléctrico Ituango respecto de las OEF con IPVO 2018 *“no es insalvable porque el cumplimiento de las obligaciones de energía firme es posible a través de anillos de seguridad”*. El recurso cita el Documento CREG 043 de 2006 y manifiesta que, desde los orígenes del cargo, el propósito del mismo era generar la cobertura a la demanda en condiciones críticas, pero que *“... para tal propósito no necesariamente la energía tenía que ser procedente de su propia planta de generación sino que podía acudir a una serie de anillos de seguridad que puso a su servicio la regulación.”*. Asegura también el recurso que la principal obligación es *“energética”*, lo cual sustenta citando las definiciones de cargo por confiabilidad y de obligación de energía firme de la Resolución CREG 071 de 2006 y el documento elaborado por el señor Camilo Quintero.

Al respecto, debe reiterarse que el mecanismo del Cargo por Confiabilidad fue adoptado mediante la Resolución CREG 071 de 2006, y su funcionamiento y alcance se rige por lo dispuesto en ella y en las demás resoluciones vigentes que la han modificado o complementado. En consecuencia, el alcance de las obligaciones adquiridas, de lo que es el incumplimiento grave e insalvable y del uso que puede darse a los anillos de seguridad, se debe enmarcar en lo dispuesto en las resoluciones.

En cuanto a la obligación que adquieren las plantas nuevas que participan voluntariamente en una subasta del Cargo por Confiabilidad y obtienen asignaciones de obligaciones de energía firme, el artículo 7 de la Resolución CREG 071 de 2006 señala expresamente:

*“Artículo 7. Obligaciones adicionales para los agentes con plantas y/o unidades de generación nuevas o especiales. **Además de las establecidas en otros artículos de esta resolución**, los agentes con plantas y/o unidades de generación nuevas o especiales a quienes les hayan sido asignadas obligaciones de energía firme, tendrán las siguientes obligaciones:*

1. Poner en operación comercial la planta y/o unidad de generación a más tardar en la fecha de inicio del Período de Vigencia de la Obligación y con la ENFICC asignada en la Subasta.

2. Cumplir el cronograma de construcción o repotenciación de la planta y la Curva S.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 101 de 2019 por la cual se decidió *la actuación administrativa adelantada para establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de Empresas Públicas de Medellín, EPM ESP.*

3. *Pagar el costo de la auditoría establecida en el artículo 8 de esta Resolución, periódicamente en forma anticipada. El incumplimiento en el pago de la auditoría, dará lugar a la ejecución de la garantía a que se refiere el numeral 4 de este artículo y la pérdida para el generador de la Obligación de Energía Firme y la remuneración asociada a ella.*
4. *Constituir y mantener vigente la garantía de cumplimiento de la fecha de inicio de la operación comercial de las plantas o unidades de generación en instalación o por instalar o repotenciar con la ENFICC asignada en la Subasta, y del pago de la auditoría. Estas garantías deben cumplir las disposiciones contenidas en el Capítulo VIII de esta resolución.*
5. *Haberse constituido en Empresa de Servicios Públicos con anterioridad al plazo fijado por la CREG para el otorgamiento de las garantías exigibles para el cumplimiento de las Obligaciones de Energía Firme.” (Destacado fuera del texto)*

No hay duda entonces de que, además de las otras obligaciones que adquieren quienes obtienen asignaciones de OEF, quienes representan plantas nuevas se comprometen a poner en operación la planta de generación a más tardar en la fecha del inicio del período de vigencia de la obligación. Si bien es cierto que una de las obligaciones que se adquieren es de entrega de energía, y que la misma regulación prevé alternativas para que en caso de indisponibilidad o atrasos menores a un año el agente pueda honrar la obligación, también es claro que, en el caso de plantas nuevas, ellas deben iniciar su operación a más tardar en la fecha de inicio del período de vigencia de la obligación, IPVO, o dentro del año siguiente a dicha fecha.

No puede afirmarse, como lo hace el recurso, que la obligación se limita a la entrega de la energía para garantizar la confiabilidad, y que la obligación es independiente del activo mismo de generación. El esquema del Cargo por Confiabilidad se fundamenta en la existencia de las plantas con energía firme, y sólo estas plantas pueden participar en las subastas y adquirir las OEF. Es por esto que, cuando la planta aún no existe, una de las principales obligaciones que se adquiere, además de la de entregar la energía, es la de poner en operación el proyecto con el cual se participó en el proceso de asignación, y no en cualquier momento, sino a más tardar en la fecha del IPVO o dentro del año siguiente a dicha fecha.

En consecuencia con lo anterior, la regulación definió expresamente uno de los eventos de incumplimiento grave e insalvable justamente en función de la puesta en operación de la planta. La Resolución CREG 071 de 2006 artículo segundo señala:

Incumplimiento grave e insalvable de la puesta en operación de la planta: Serán aquellos previstos en el Reglamento de Garantías de que trata el artículo 78 de la presente Resolución.

El reglamento referido fue adoptado con la Resolución CREG 061 de 2007 y señala, en el artículo segundo, que incumplimiento grave e insalvable “Serán los

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 1014 de 2019 por la cual se decidió la actuación administrativa adelantada para establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de Empresas Públicas de Medellín, EPM ESP.

eventos de incumplimiento establecidos en el Artículo 13 del presente Reglamento.”

El artículo 13 del reglamento de garantías definió expresamente qué eventos se califican como incumplimiento grave e insalvable:

“Artículo 13. Eventos de incumplimiento. Constituyen eventos de incumplimiento grave e insalvable los siguientes:

1. **Incumplimiento Calificado de Cronograma que implique que la puesta en operación de la planta o unidad de generación, ocurrirá en un plazo superior a un (1) año contado a partir del IPVO.**

2. Incumplimiento Calificado de Cronograma, que implique que la puesta en operación de la planta o unidad de generación ocurrirá en un plazo inferior a un (1) año, contado a partir del IPVO, y el Agente Generador o la Persona Jurídica Interesada, una vez esté registrada como Agente Generador ante el ASIC, no garanticen el cumplimiento de la Obligación de Energía Firme con un Contrato o Declaración de Respaldo, de otra planta o unidad de generación. Este Contrato o Declaración de Respaldo debe estar registrado ante el ASIC a más tardar dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha en que el CND reciba el correspondiente informe del auditor y debe estar vigente desde el IPVO hasta la nueva fecha de puesta en operación de la planta o unidad de generación, certificada por el Auditor.

3. Puesta en operación de la planta o unidad de generación con una ENFICC inferior a la asociada a la Obligación de Energía Firme asignada, calculada en la forma prevista en el Anexo 3 de la Resolución CREG 071 de 2006 o aquellas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

4. 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.

5. El Agente Generador o la Persona Jurídica Interesada no acredita ante el ASIC el pago de los honorarios del Auditor designado para verificar el cumplimiento del cronograma de construcción o repotenciación, o de puesta en operación de la planta o unidad de generación, conforme a lo establecido en el presente Capítulo.” (Resaltado fuera de texto)

En el mismo sentido del numeral 1 de este artículo, el párrafo del artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006 establece:

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

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 101 de 2019 por la cual se decidió *la actuación administrativa adelantada para establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de Empresas Públicas de Medellín, EPM ESP.*

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.” (Resaltado fuera de texto)

Como se observa, la regulación define expresamente qué es, en el esquema del Cargo por Confiabilidad, el incumplimiento grave e insalvable de las obligaciones adquiridas cuando una planta recibe una asignación de OEF. Por tanto, conforme a lo prescrito en el artículo 28 del Código Civil, no hay lugar a tomar el sentido corriente de las palabras, sino que debe darse el significado dado en la regulación.

Conforme a las normas transcritas, hay incumplimiento grave e insalvable cuando el proyecto presente un atraso superior a un año respecto de la fecha de inicio del período de vigencia de la obligación. La regulación no prevé para esta situación la posibilidad de aplicar excepciones o alternativas, como las que pretende la empresa. Lo previsto en la regulación para el caso en que el auditor determine que hay un atraso superior a un año es el desarrollo de una actuación administrativa, parágrafo del artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006, y unas consecuencias si se establece plenamente la existencia del incumplimiento, que están definidas en el numeral 3 del artículo referido.

“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.”

En la actuación se confirmó que el Proyecto Hidroeléctrico Ituango tiene un retraso para su puesta en operación de más de un año respecto del 1 de diciembre de 2018, situación que no ha sido desvirtuada por la empresa y que, por el contrario, ha sido reconocida. Por tanto, el proyecto ha incurrido en incumplimiento grave e insalvable y, en consecuencia, se aplican las consecuencias previstas en la regulación.

Sin embargo, en la actuación y en el recurso, la empresa ha argumentado que, en tanto que se puede cumplir con uno de los anillos de seguridad previstos en la regulación, el incumplimiento no es grave e insalvable.

Al respecto se observa que, si bien es cierto que los anillos de seguridad están planteados como una alternativa para facilitar el cumplimiento de las OEF, tal y como lo indica el artículo 38 de la Resolución CREG 071 de 2006, la forma en que sirven este propósito está reglada por la misma resolución, y no son de libre aplicación a la conveniencia de los agentes obligados. Concretamente, la regulación, al establecer las consecuencias del incumplimiento grave e insalvable en el artículo 9 de la resolución ya mencionada, no incluye en forma alguna la posibilidad de utilizar los anillos de seguridad. Establece sí dos

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 101 de 2019 por la cual se decidió *la actuación administrativa adelantada para establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de Empresas Públicas de Medellín, EPM ESP.*

consecuencias, y ninguna de ellas es la utilización de alguno de los anillos. Es más, tal y como se manifestó en la resolución recurrida, el artículo excluye expresamente la aplicación de los anillos de seguridad cuando se presenta el incumplimiento grave e insalvable, al determinar en el numeral 4:

*“Cuando la fecha de puesta en operación de la planta determina por el auditor sea posterior a la fecha de inicio de Periodo 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 con uno o algunos de los anillos de seguridad, vigente desde la fecha de inicio del Periodo 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 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.”* (destacado fuera del texto original)

Lo definido en el artículo 9 de la Resolución CREG 071 de 2006 es claro al indicar los casos en los que procede y no procede la utilización de los anillos de seguridad, y no pueden estos desconocerse, como lo pretende el recurso, bajo el argumento de que el objetivo del esquema es brindar cobertura a la demanda, que la obligación principal es energética, y que ello se obtiene con cualquiera de los anillos de seguridad. Menos aún, cuando ello conllevaría, además, el desconocimiento de una obligación clara y expresa que se adquirió al momento de participar en la subasta para plantas GPPS del año 2008, conforme a lo previsto en artículo 7 de la Resolución CREG 071 de 2006, de poner en operación comercial el proyecto Pescadero Ituango el 1 de diciembre de 2018.

En cuanto a la valoración que se hizo del documento suscrito por el señor Camilo Quintero y de su declaración, se reitera que las conclusiones presentadas en él son contrarias a lo expresamente prescrito en la regulación vigente, por las razones que se acaban de explicar, en al menos los dos aspectos principales que EPM sustenta con él: lo que es el incumplimiento grave e insalvable en el contexto del esquema del Cargo por Confiabilidad, y la posibilidad de utilizar anillos de seguridad cuando este incumplimiento se presenta.

En el último aparte el recurso relacionado con el incumplimiento grave e insalvable de la asignación de OEF con IPVO 2018, reconoce que pretender que la OEF se honre durante toda su vigencia con los anillos de seguridad sería contrario a la regulación *“pues se estaría vulnerando el objetivo de contar con un activo nuevo de generación que cumpla las condiciones exigidas por la CREG para sea asignado en una subasta del Cargo por Confiabilidad.”* Se reconoce con ello que la puesta en operación de la planta es una obligación principal que debe cumplirse como parte de los compromisos adquiridos al obtener asignaciones en la subasta, y con ello contradice el argumento planteado en el mismo recurso, en el sentido de que la obligación principal es la energía.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 101 de 2019 por la cual se decidió la actuación administrativa adelantada para establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de Empresas Públicas de Medellín, EPM ESP.

2. La solicitud adicional a la Resolución CREG 101 de 2019. Permitir el cumplimiento de las asignaciones de Obligaciones de Energía en Firme, para la vigencia 1° de diciembre de 2021 al 30 de noviembre de 2038, con el número de unidades de generación necesarias para producir la energía firme asignada.

En relación con esta solicitud EPM, dentro de su recurso de reposición, manifiesta lo siguiente:

"Con fundamento en lo anterior, respetuosamente se solicita a la Comisión ponderar los elementos presentados y dar respuesta a la petición de 'permitir cumplir las asignaciones de Obligaciones de Energía Firme, para la vigencia de 1° de diciembre de 2021 al 30 de noviembre de 2038, con el número de unidades de generación necesarias para producir energía firme asignada' o en su defecto, aclarar que la anterior solicitud no es objeto de una actuación administrativa cuyo objeto sea determinar la existencia de un incumplimiento grave e insalvable"

Frente a esta solicitud, se debe precisar que la Comisión, dentro del trámite de la actuación administrativa que culminó con la expedición de la Resolución CREG 101 de 2019, llevó a cabo un análisis de estos elementos, el cual se encuentra consignado en el numeral 4.2 de dicho acto administrativo. En dicho numeral la Comisión expuso lo siguiente:

"4.2 Incumplimiento de las OEF con IPVO 2021"

En relación con la OEF con IPVO 2021 y conforme a los artículos 9 de la Resolución CREG 071 de 2006 y 13 de la Resolución CREG 061 de 2017 ya citados le corresponde a esta Comisión establecer la existencia de los siguientes eventos: i) Si hay un atraso para la puesta en operación de la planta superior a un año respecto del IPVO, 1 diciembre de 2021.

Es por esto que, de acuerdo con lo previsto en la regulación, para efectos de establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable, uno de los elementos esenciales es contar con un informe del auditor en el cual se indique que la puesta en operación de la planta cuenta con un atraso mayor a un año, contado a partir de la fecha de inicio del periodo de vigencia de la obligación. De esto se extrae que es requerido para establecer la existencia del incumplimiento de la OEF con IPVO 2021, un informe de auditoría que califique el evento de incumplimiento como grave e insalvable, en el cual se exponga que existe un atraso para la entrada en operación del proyecto, mayor a un (1) año respecto del 1° de diciembre del año 2021.

En este sentido, actualmente dentro del trámite de la presente actuación administrativa esta Comisión cuenta con un informe de auditoría en el cual el auditor concluye que hay un atraso del proyecto mayor a un año frente a la fecha de Inicio del Periodo de Vigencia de la Obligación-IPVO del año 2018, el cual constituye grave e insalvable, sin precisar el número de días de atraso, toda vez que en el contexto de la auditoría manifiesta que "no nos permite al 30 de junio de 2018, directamente verificar el avance de la curva S real frente a los parámetros usados por el gestor en la curva S declarada ante la CREG, así como, estimar la nueva fecha de puesta en operación de las obras de la planta de generación".

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 101 de 2019 por la cual se decidió la actuación administrativa adelantada para establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de Empresas Públicas de Medellín, EPM ESP.

Adicionalmente, esta Comisión ha procedido a llevar a cabo un ejercicio de valoración autónoma, libre e integral de las pruebas por parte en el marco de los artículos 168, 176, 178 y 232 del Código General del Proceso, sustentado dentro de los parámetros de la sana crítica, como parte de la aplicación de los principios que rigen la prueba y los fines que debe cumplir el ejercicio de la facultad regulatoria de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible.

Al respecto se observa que la Comisión no cuenta con elementos de juicio suficientes que le permitan establecer que la construcción de la planta presente un atraso mayor a un año respecto del IPVO de la respectiva obligación, 1 de diciembre de 2021.

Si bien se observan diferencias en lo expresado en los diferentes testimonios rendidos tanto por los miembros del grupo de asesores de EPM, como por el señor Álvaro Aravi Castro, de la firma Ingetec interventora del proyecto y Luis Ferrando Restrepo Vélez, de la firma Integral diseñadora del proyecto, todos coinciden en que se tiene como objetivo que el proyecto esté en operación antes del 1 de diciembre del 2022. Así mismo la curva S y el cronograma de construcción entregados por el señor Jorge Londoño, Gerente de EPM, en su declaración juramentada indican que las primeras 4 unidades del proyecto estarán en operación el 5 de noviembre de 2022.

Los demás elementos de prueba en especial: i) Informe causa raíz Escava; ii) Informe Universidad Nacional; iii) Comunicados y declaraciones de prensa EPM; iv) Información entregada a CREG por EPM; iv) resoluciones y comunicación de la Autoridad de Licencias Ambientales, no aportan elementos que permitan concluir que se presenta un incumplimiento grave e insalvable respecto de la OEF con IPVO 2021.

Dichas circunstancias conllevan a que esta Comisión, en este momento, no pueda establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable de la OEF con IPVO 2021, lo cual no implica que esta Comisión no pueda adelantar una actuación administrativa posterior a este respecto.

Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que la Resolución CREG 820 de 2018 de la ANLA impone al proyecto una limitación en cuanto a las actividades que puede desarrollar limitándolas a las necesarias para atender la contingencia, como consecuencia de lo cual las que estén encaminadas a la construcción del proyecto quedan suspendidas hasta tanto la Autoridad levante la medida, previa entrega por parte de EPM de un estudio ambiental sobre las condiciones del proyecto. Adicionalmente, se observan en los testimonios de los miembros del grupo asesor de EPM, del diseñador del proyecto que a la fecha hay incertidumbre o elementos no definidos en algunos de los frentes de obra del proyecto, lo cual se confirma en el cronograma entregado por el Gerente de EPM." (Resaltado fuera de texto)

Adicionalmente, la Comisión precisó la necesidad de establecer una serie de medidas específicas, a efectos de que se deba establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable de la OEF con IPVO 1 de diciembre de 2021, para lo cual, en el numeral 5 de dicho acto administrativo expuso:

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 101 de 2019 por la cual se decidió la actuación administrativa adelantada para establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de Empresas Públicas de Medellín, EPM ESP.

"5. Medidas particulares:

Expuesta la carencia de elementos de juicio y probatorios que permitan establecer la existencia de un incumplimiento grave e insalvable respecto de la OEF con IPVO para el 1° de diciembre de 2021 y las incertidumbres que se evidenciaron en las pruebas practicadas sobre la fecha de puesta en operación de la planta, esta Comisión considera necesario adoptar medidas específicas a fin de garantizar el seguimiento previsto en la Resolución CREG 071 de 2006 para la entrada en operación de la planta que garantiza la OEF con IPVO 2021.

Para estos efectos se debe ordenar al ASIC en su calidad de administrador de la subasta y operador del mercado la realización de la auditoria de que trata el artículo 8 la Resolución CREG 071 de 2006. Teniendo en cuenta que el proyecto Hidroeléctrico Ituango cuenta además con unas obligaciones asignadas en la subasta de febrero de 2019 con IPVO 2022, cuyo cumplimiento debe ser auditado de conformidad con lo dispuesto por la Resolución 071 de 2006, resulta pertinente que el seguimiento a la asignación con IPVO 1 de diciembre 2021 sea realizado por el mismo auditor, a efectos de guardar consistencia sobre el seguimiento a la ejecución del proyecto y a su entrada en operación.

Igualmente, en el marco de dicha consistencia el auditor deberá incorporar toda la información relevante, en los términos del numeral 1.5 del Anexo 1 de la Resolución CREG 071 de 2006, a efectos de emitir los informes correspondientes en los que se indique explícitamente el número de días de desviación comparando la Curva S de ejecución real respecto de IPVO 1 de diciembre 2021 y IPVO 1 de diciembre 2022. El auditor deberá considerar la información contenida en la curva S y cronograma de construcción aportado por el gerente de EPM ESP en el informe rendido bajo la gravedad del juramento durante el trámite de esta actuación, en razón a que es la información más actualizada aportada por EPM sobre el estado y avance del proyecto."

Esto culminó con la decisión adoptada en los numerales 5 y 6 de la parte resolutive de dicho acto administrativo, en los cuales se dispuso lo siguiente:

"Artículo 5. Por las razones expuestas en la parte considerativa, la Comisión encuentra que a la fecha y como resultado de la presente actuación no se ha establecido plenamente el incumplimiento grave e insalvable de las obligaciones adquiridas en la subasta de plantas GPPS de 2012, con inicio del periodo de vigencia de la obligación, IPVO, 1 de diciembre de 2021.

Artículo 6. Ordenar la realización de la auditoria de que trata el artículo 8 de la Resolución CREG 071 de 2006 para verificar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por EPM Ituango SA ESP en la subasta de plantas GPPS de 2012, y cedidas a EPM ESP, para el proyecto Hidroeléctrico Ituango, con fecha de IPVO el 1 de diciembre de 2021.

XM SA ESP dispondrá lo necesario para que dicha auditoria sea realizada por el mismo auditor contratado para verificar el cumplimiento de las OEF asignadas al proyecto en la subasta de 2019. El auditor rendirá los informes de manera conjunta, cuando ello sea posible, según la periodicidad establecida en el numeral 1.5 del Anexo 1 de la Resolución CREG 071 de 2006.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 101 de 2019 por la cual se decidió *la actuación administrativa adelantada para establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de Empresas Públicas de Medellín, EPM ESP.*

El auditor determinará la fecha estimada de entrada en operación comercial del proyecto, el número de días de atraso frente al IPVO del 1 de diciembre de 2021 y si existe incumplimiento grave e insalvable de las obligaciones de energía firme, con base en la curva S de ejecución real del proyecto. El auditor deberá utilizar toda la información relevante incluida la curva S entregada por el gerente de EPM en su informe juramentado rendido en esta actuación."

De lo anteriormente expuesto se concluye que la solicitud de EPM hace parte del análisis que esta Comisión debe hacer dentro de una actuación administrativa orientada a establecer plenamente el incumplimiento grave e insalvable de las obligaciones adquiridas en la subasta de plantas GPPS de 2012, con inicio del periodo de vigencia de la obligación, IPVO, 1 de diciembre de 2021.

Dentro del trámite de la actuación administrativa adelantada para establecer plenamente el incumplimiento grave e insalvable de las obligaciones adquiridas en la subasta de plantas GPPS de 2008 y 2021, esta Comisión evidenció la carencia de elementos de juicio y probatorios que permitieran establecer la existencia de un incumplimiento grave e insalvable respecto de la OEF con IPVO para el 1 de diciembre de 2021.

Adicionalmente, las incertidumbres que se evidenciaron en las pruebas practicadas sobre la fecha de puesta en operación de la planta, conllevó a que la Comisión adoptara medidas específicas, a fin de garantizar el seguimiento previsto en la Resolución CREG 071 de 2006 para la entrada en operación de la planta que garantiza las OEF con IPVO 1 de diciembre de 2021. Para el efecto, se ordenó la práctica de la auditoria de que trata el artículo 8 la Resolución CREG 071 de 2006 por parte del ASIC en su calidad de administrador de la subasta y operador del mercado.

En este sentido, la solicitud de EPM de que se "permita" el cumplimiento de las asignaciones de OEF con IPVO 1 de diciembre de 2021, con el número de unidades de generación necesarias para producir la energía firme asignada o que la misma no es objeto de una actuación administrativa cuyo objeto sea determinar la existencia de un incumplimiento grave e insalvable", solo puede ser analizada y ser objeto de decisión en una eventual actuación administrativa iniciada por esta Comisión con base en un informe de auditoría que concluya que hay incumplimiento grave e insalvable de las OEF asignadas a EPM en la subasta de 2012. Dicha actuación tendría por objeto establecer plenamente el incumplimiento grave e insalvable de las obligaciones adquiridas en la subasta de plantas GPPS de 2012, con IPVO 1 de diciembre de 2021, lo cual no hizo parte de la decisión recurrida, por las razones expuestas en ella.

Lo anterior, toda vez que esta solicitud es una cuestión sustancial, y haría parte de la decisión que deba adoptarse por parte de la Comisión en tal actuación, y que no hace parte de las decisiones adoptadas en los artículos 2 y 4 de la Resolución CREG 101 de 2019, recurridos.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 101 de 2019 por la cual se decidió la actuación administrativa adelantada para establecer plenamente la existencia del incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, determinar sus consecuencias y garantizar el derecho de defensa de Empresas Públicas de Medellín, EPM ESP.

De acuerdo con esto, la solicitud de EPM no es procedente dentro del trámite de la presente actuación, ni sus argumentos conllevan a modificar el contenido de la Resolución CREG 101 de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión No.958 del 15 de noviembre de 2019, acordó expedir la presente resolución.

RESUELVE:

Artículo 1. NO REPONER los artículos 2 y 4, ni adicionar la Resolución CREG 101 de 2019, de acuerdo con los argumentos expuestos en la presente resolución, y confirmar en su integridad el contenido de la misma.

Artículo 2. Comunicar al ASIC, el contenido de la Resolución CREG 101 de 2019, para que ejecute las medidas correspondientes, de acuerdo con lo que determina la Resolución CREG 071 de 2006.

Artículo 3. Notificar personalmente la presente Resolución al representante legal de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN EPM ESP, advirtiéndole que contra lo decidido en el presente acto administrativo no procede ningún recurso, toda vez que la Resolución CREG 101 de 2019 queda ejecutoriada.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. a 15 NOV. 2019



DIEGO MESA PUYO

Viceministro de Energía

Delegado de la Ministra de Minas y Energía

Presidente



CHRISTIAN JARAMILLO HERRERA

Director Ejecutivo