



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN N°. 501 068 DE 2022

(26 DIC. 2022)

Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

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

C O N S I D E R A N D O Q U E:

I. Antecedentes

1. Mediante radicado CREG E-2022-003363 del 24 de marzo de 2022, el Vicepresidente Proyectos de Generación de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. solicitó lo siguiente:

“Referencia: Solicitud de autorización de inclusión de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 – Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango.

(...)

Atendiendo que la Ley (...) ha radicado en las Comisiones de regulación la competencia de autorizar la inclusión de cláusulas exorbitantes previstas en la Ley 80 de 1993 a los contratos que celebren las empresas de servicios públicos domiciliarios, y que se encuentra en trámite el proceso de contratación por solicitud pública de ofertas CRW167467 que recién abrimos con el propósito de seleccionar un contratista que se encargue de la “*construcción de las obras civiles finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango*”, obras civiles dentro de las cuales se considera en particular las correspondientes a las unidades 5 a 8, pues las unidades 1 a 4 estimamos que serán terminadas bajo el alcance del contrato (CT-2012-000036) que actualmente se desarrolla y con las cuales se cumple con lo dispuesto

Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

en la Resolución CREG 194 de 2020, solicitamos comedidamente su autorización para incluirle tales cláusulas a dicho contrato.

Nuestra solicitud, se fundamenta básicamente en tres razones:

a) La importancia estratégica nacional que tiene el Proyecto Hidroeléctrico Ituango.

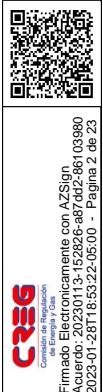
La Comisión es consciente de que el Proyecto Ituango es una Central que generará 2.400 MW que representan aproximadamente el diecisiete por ciento (17%) de la demanda de energía eléctrica del país, y que, adicionalmente, esta energía permitirá atender la creciente demanda eléctrica nacional y contribuirá de manera significativa a una mayor competitividad y productividad en todo el país. El 50% de la capacidad instalada arriba mencionada se está desarrollando satisfactoriamente y estará en servicio entre el año 2022 y 2023; el restante porcentaje será llevado a feliz término con el contrato en trámite mencionado en este documento y sobre el cual se precisa su manifestación.

b) El riesgo que representa durante su fase constructiva para los municipios y las comunidades aguas abajo:

Como es bien sabido, el 28 de abril de 2018, se presentó una contingencia en la ejecución del Proyecto Ituango, generada por el repentino taponamiento de la Galería Auxiliar de Desviación (GAD), el cual provocó el desencadenamiento de una serie de eventos y el inicio del represamiento involuntario del Río Cauca. Como consecuencia, el Proyecto se vio obligado a utilizar inicialmente el complejo de obras subterráneas para el paso del agua del río Cauca y luego de suspendido el paso por el complejo, se viene de manera continua e ininterrumpida utilizando el vertedero para garantizar el paso de las aguas del río Cauca. Desde el 8 de febrero de 2019, esta estructura hidráulica se ha venido utilizando en forma continua lo cual no es normal, puesto que, el vertedero se diseña para un uso temporal y discontinuo, con mantenimientos periódicos.

La operación continua del vertedero, según recientemente ratificaron los expertos de Poyry, la firma independiente que contrató EPM por requerimiento de la ANLA para evaluar las condiciones del Proyecto luego de la contingencia evidencia un riesgo que debe intervenirse con la mayor celeridad, y que según su concepto es "... la única forma de reducir el peligro asociado al vertedero es poner las unidades en operación lo más pronto posible permitiendo tiempos de intervenciones más largos. Por consecuencia se tiene que tomar todas las medidas posibles para poder empezar con la operación de las unidades lo más pronto posible."

Este riesgo viene siendo gestionado con los mantenimientos ocasionales a los canales del vertedero y se migrará en un buen porcentaje con la entrada en servicio de las primeras cuatro unidades generadoras, pero es vital e indispensable evitar cualquier circunstancia (legal, contractual, fiscal o constructiva) que frene o inhiba el avance de



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.


los trabajos en la casa de máquinas (para las unidades 5 a 8), así como en las conducciones asociadas al proceso de generación de la segunda etapa, y en general, remover cualquier obstáculo que retrase o impida la terminación de todas las unidades de El Proyecto. Controlar la energía hidráulica que actualmente se disipa en el cuenco del vertedero, igualmente, se convierte en un hito fundamental para garantizar la seguridad de El Proyecto.

Si bien EPM avanza con celeridad en la puesta en operación comercial de la primera etapa de El Proyecto, esto es, con las unidades de una (1) a cuatro (4), su caudal de generación sería de 675 m³/s y el vertedero operaría un setenta por ciento (70%) del tiempo, lo cual permitiría hacer mantenimientos más continuos y de mayor duración a las losas de los canales del vertedero, y eventualmente al cueco del mismo en los meses de verano; en tanto que con las ocho (8) unidades de generación instaladas, su caudal de generación subiría a un caudal de 1.350 m³/s, y el vertedero operaría máximo hasta un veinte por ciento (20%) del tiempo.

De acuerdo con lo anterior, es evidente que, si queremos gestionar más certamente este riesgo, se requiere con trabajo continuo y celeridad, poner en operación la totalidad de las unidades de generación, ya que esto es lo único que permitiría intervenir y hacer los mantenimientos correctivos y preventivos requeridos en el vertedero y el cuenco.

A esta misma conclusión llegaron las autoridades presentes en el Puesto de Mando Unificado (PMU) realizado el pasado 14 de febrero en el que participaron, entre otros, el Dr. Diego Mesa Puyo, ministro de Minas y Energía; Víctor Muñoz, director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (Dapre) (...). Al unísono todas ellas declararon: la mejor manera de mitigar los riesgos para las comunidades ubicadas aguas abajo del Proyecto Hidroeléctrico Ituango es su entrada en operación y la generación de energía.

c) La falta de mecanismos jurídicos suficientes para gestionar el contrato de obras civiles que está licitándose para la finalización de este megaproyecto:

Las circunstancias coyunturales que rodean El Proyecto, y muy particularmente la construcción de las obras civiles (segunda etapa del Proyecto) que estamos licitando para su terminación y puesta en servicio a la comunidad, bien lo entenderá la CREG, justifican que se le dé continuidad al acompañamiento institucional excepcional que las distintas autoridades locales y nacionales le han brindado, y adicionalmente, que podamos apelar al uso de las herramientas jurídicas, regulatorias, técnicas, etc., útiles o convenientes para facilitar la obtención de este gran objetivo.

En el plano jurídico contractual, una de ellas, sin duda, es la de poder contar con los mecanismos que son propios en la contratación de las obras públicas que ejecuta el Estado. Nos referimos a las denominadas cláusulas exorbitantes, las cuales, gracias a la regulación de las leyes 142 y 143 de 1994, requieren para su inclusión -en este caso específico- de una autorización previa que conceda esta Comisión.

Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

Si bien el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1602 del Código Civil Colombiano permite acordar algunas cláusulas que protejan en alguna medida los recursos, intereses y actuaciones públicas que subyacen en este contrato, estas nunca igualarán esos “privilegios o exorbitancias” que los resguardan, y que se han ido decantando a lo largo de la historia de nuestro derecho administrativo. Jamás, sin importar que tan lejos quisiéramos llevar esas iniciativas nacidas en la autonomía de la voluntad, podremos, por ejemplo, consagrar la posibilidad de decretar unilateralmente la caducidad y/o el incumplimiento, una modificación o interpretación del contrato, ni mucho menos, hacer efectivas directa y ágilmente las garantías o multas allí previstas.

Nuestra jurisprudencia es unánime y reiterada en esta línea de pensamiento. Las cláusulas exorbitantes requieren de una habilitación legal y, por ende, no pueden ser creadas por la simple negociación. Adicionalmente, repetimos, las circunstancias de apremio y necesidad públicas de poner al servicio los 2.400 megavatios de este Proyecto, a nuestro juicio, hacen imperativo echar mano de los mecanismos de control y seguimiento contractuales que solo ofrecen las cláusulas exorbitantes previstas en la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias.

La pertinencia jurídica de esta solicitud está precisamente allí. Incluirle dichas cláusulas al contrato, permitirá un mayor margen de maniobrabilidad contractual a los servidores públicos que tienen bajo sus hombros la responsabilidad de poner al servicio del sistema energético nacional, antes y lo mejor posible, un proyecto que está financiado con recursos públicos, que es de interés y beneficio general y que evitará un desabastecimiento importante en la oferta en la canasta energética nacional; todo ello, obviamente, en detrimento de todos los usuarios del país.

Por lo anterior, solicitamos respetuosamente a la CREG que, acogiendo su criterio sobre este particular (...), nos autorice la inclusión de cláusulas exorbitantes establecidas en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes al contrato resultante del proceso de solicitud pública de ofertas antes mencionado.

(...)"

2. Al analizar la solicitud presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, se consideró pertinente a través del radicado S-2022-001305 del 12 de abril de 2022, requerir a la empresa a fin de que aclarara lo siguiente:

“(...) acredite con los soportes correspondientes, la representación de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. que lo faculta para realizar esta solicitud. Lo anterior, toda vez que, revisados los datos que se encuentran en el registro único de información - RUPS- (datos oficiales de comunicación), no aparece su nombre como representante de dicha empresa, principal o suplente, ni se allega algún poder o documento que permita concluir que tiene a cargo tal representación.”



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

3. El requerimiento fue atendido por el Gerente General de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. a través del radicado CREG E-2022-004903 del 4 de mayo de 2022, señalando lo siguiente:

“(…)

En vista de que la solicitud de autorización para incluir las cláusulas excepcionales es de carácter empresarial, en mi calidad de Gerente General y en consecuencia representante legal de EPM, ratifico la actuación del Vicepresidente de Proyectos Ingeniería, quien obró dentro de su competencia según nuestro decreto de delegaciones de contratación.”

4. Mediante el auto I-2022-005929 del 12 de mayo de 2022, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, a través de su director ejecutivo, inició la presente actuación administrativa dirigida a resolver la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.
5. A través del auto I-2022-006317 del 10 de junio de 2022 se decidió decretar de oficio la siguiente prueba:

“Primero. Oficiar a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. a fin de que allegue con destino a la presente actuación la totalidad de los antecedentes relacionados con la solicitud pública de ofertas CRW167467 para seleccionar un contratista que se encargue de la “*construcción de las obras civiles finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango*”. Para el efecto, se le concede el término de cinco (5) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación.”

6. El anterior requerimiento fue atendido por el Gerente General de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. a través del radicado E-2022-006773 del 16 de junio de 2022, indicando lo siguiente:

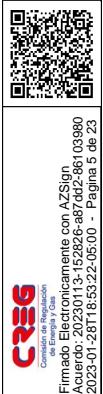
“(…)

En atención a la información solicitada en el auto del 10 de junio relacionada con el envío de la totalidad de los antecedentes relacionados con la solicitud pública de ofertas CRW167467 para seleccionar un contratista que se encargue de la “*construcción de las obras civiles finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango*”, adjuntamos dentro del plazo señalado, los siguientes documentos:

- Justificación
- Condiciones particulares del proceso de selección
- Condiciones Generales de Contratación.

“(…)”

7. Posteriormente, se consideró necesario decretar pruebas de oficio. Por ello, a través del auto I2022007071 del 12 de septiembre de 2022, se



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

requirió a Empresas Públicas de Medellín E.S.P a fin de que allegara, con destino a este proceso, lo siguiente:

- a. La matriz de riesgos asociada al proceso de contratación de la solicitud pública de ofertas CRW167467, para seleccionar un contratista que se encargue de la “construcción de las obras civiles finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango”, para la puesta en operación de las unidades de generación 5 a 8.
 - b. La matriz de riegos del proyecto en relación con la entrada en operación de las unidades de generación 5 a 8.
 - c. El Cronograma de Trabajo detallado para la puesta en operación de las unidades de generación 5 a 8.
8. A través del oficio EPM 20220130206196 del 23 de septiembre de 2022, el cual fue enviado al correo electrónico creg@creg.gov.co, se atendió lo solicitado en el auto de pruebas.
9. Analizados los elementos de juicio disponibles, mediante el auto del 26 de octubre de 2022, se consideró pertinente decretar de oficio una audiencia de aclaración, sobre la solicitud que origina la presente actuación, fijando como fecha y hora el treinta y uno (31) de octubre de 2022.
10. Posteriormente, esta fecha fue aplazada en tres ocasiones. La primera por solicitud de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., y las dos restantes por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, por motivaciones que fueron expuestas en cada una de las decisiones.
11. El 5 de diciembre de 2022 se realizó la audiencia de aclaración, decretada en el auto de fecha 26 de octubre de 2022, a través de la plataforma TEAMS, la cual fue grabada, con el objeto de facilitar su registro en el expediente.

II. Consideraciones de la Comisión

1. Cláusulas Exorbitantes:

Las cláusulas exorbitantes son aquellas que rompen con el equilibrio natural de las condiciones en un acuerdo contractual, toda vez que le otorgan prerrogativas a la administración pública para imponer decisiones unilaterales o resolver algunas situaciones que puedan presentarse en su ejecución.



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

Lo anterior significa que la administración pública, fundamentada en los intereses generales, sin el consentimiento del contratista y sin necesidad de acudir ante las autoridades judiciales, puede realizar las acciones que considere necesarias cuando encuentre motivaciones suficientes en relación con el objeto y desarrollo del contrato. Entre otras, decretar la caducidad, terminación o modificación unilateral del contrato.

Al respecto, el Consejo de Estado en su desarrollo jurisprudencial¹ ha señalado lo siguiente:

“(…)

En materia contractual, la administración tiene la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, función que desarrolla, entre otras formas, **a través de las cláusulas exorbitantes, caracterizadas, esencialmente, por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al practicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades** (...) El fundamento de estos poderes, reservados a la administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal. En efecto, **la entidad pública que acude al negocio jurídico, directa o indirectamente, espera un beneficio colectivo**, y el contratista, por su parte, pretende con la suscripción del acuerdo incrementar su patrimonio. (...) las cláusulas exorbitantes son -de acuerdo con la Ley 80 de 1993-: la interpretación unilateral de los documentos contractuales y de las estipulaciones en ellos convenidas, la introducción de modificaciones a lo pactado, la terminación unilateral, la caducidad administrativa, la reversión y el sometimiento a las leyes nacionales. En este orden de ideas, las cláusulas exorbitantes le otorgan ventajas a la Administración, porque es gestora del interés colectivo. Ahora bien, con la Ley 80 de 1993, su existencia opera tanto ex ley como ex contractu, dependiendo del acuerdo que se trate. (...) Que estos poderes operan ex ley significa que se integran a los contratos aun cuando no se pacten, porque la norma los incorpora directamente en algunos negocios, concretamente los que tienen por objeto: el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, y los contratos de obra. En estos casos la norma es impositiva, al advertir que para el efectivo cumplimiento de los fines de la contratación las entidades “pactarán” estos poderes; no obstante, si no se estipulan, el inciso tercero del mismo numeral señala que se entienden pactadas, aunque no se consignen expresamente. Sin embargo, estas cláusulas también pueden ser ex contractu, es decir, que sólo harán parte del negocio por voluntad expresa de las partes, aunque la ley sólo establece tal posibilidad en dos tipos de contratos: suministro y prestación de servicios profesionales.”

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, radicación número: 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697), veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)

Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

2. Régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios

La Constitución Política, en su artículo 333, señala que el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se restrinja la libertad económica, y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. De igual forma, señala que la libre competencia económica es un derecho de todos, que supone responsabilidades.

Por su parte, el artículo 334 de la Constitución Política dispone que el Estado intervendrá, también por mandato de la ley, en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de oportunidades y los beneficios del desarrollo, y la preservación de un ambiente sano.

El régimen de los servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 de 1994, en su artículo 2, señaló la intervención del Estado en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata dicha ley, en el marco de lo dispuesto por los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para lograr entre otros fines, la libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.

En el título II de la Ley 142 de 1994 se desarrolla el régimen de actos y contratos de las empresas de servicios públicos. En su contenido se observa que el legislador resolvió someterlos a las reglas del derecho privado.

Al respecto, en su artículo 31, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001 dispuso:

“Artículo 31. Régimen de la contratación Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente Ley disponga otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerçiten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.”



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

El mencionado artículo fue demandado en acción pública de inconstitucionalidad, la cual fue resuelta a través de la sentencia C-066-07. Dentro del texto se destacan, en lo pertinente, los siguientes apartes:

(...)

4. REGIMEN JURIDICO DE LOS ACTOS Y CONTRATOS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.

(...)

Tampoco desbordó el legislador la competencia dada por el Constituyente para expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública, toda vez que el régimen de contratos organizado en la ley 142 de 1994 no es de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios que pueden ser prestados bien por ella, bien por sociedades por acciones, personas naturales o jurídicas privadas, organizaciones y entidades autorizadas, entidades descentralizadas, etc. (ver artículo 15 de la ley). Entonces, la ley 80 de 1993 no podía cubrir a todas las personas en posibilidad de prestar los servicios públicos domiciliarios, por ello fue necesario dictar una reglamentación especial sobre la materia y ésta nada tiene que ver con el inciso final del artículo 150 de la Carta, sino con los artículos 365 y 367 de la misma, directos depositantes de tal facultad en el legislador.

Lo dicho anteriormente sirva para destruir el argumento que pretende la inconstitucionalidad de las normas objeto de control por violación del artículo 333 de la Constitución, pues si bien éste guarda relación con el tema tratado en tanto se refiere a la iniciativa privada, libre competencia económica, no abuso de posiciones dominantes y alcance de la libertad de empresa frente al interés social y el ambiente, se reitera que, por razón de su especialidad, la constitucionalidad de tales tópicos debe examinarse a la luz de los artículos 365 y siguientes arriba enunciados, relativos a los servicios públicos y particularmente a los domiciliarios, y no tanto a otros con incidencia tangencial, no obstante el control de constitucionalidad integral que a esta Corte compete. Más cuando el artículo 333 citado no constituye un catálogo de cuanto los particulares pueden o no hacer, para que sea razonable la interpretación dada por el actor.

Asimismo, lo relativo a la posibilidad de que las Comisiones de Regulación, de acuerdo con los artículos 31 y 35 de la ley 142 de 1994, determinen de manera general la inclusión facultativa u obligatoria de cláusulas exorbitantes en ciertos contratos y la celebración de licitaciones públicas u otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes, cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios requieran bienes o servicios provistos por terceros. Dice el actor que tales disposiciones son inconstitucionales, pues "el legislador de la ley 142 de 1994 le creó al Presidente de la República, para que la ejerciera a través de las Comisiones de Regulación, una COMPETENCIA para, so pretexto de ejercer "el control, la inspección y vigilancia" de las entidades prestadoras de



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.


servicios públicos domiciliarios, REGLAMENTAR la GESTION CONTRACTUAL en dichas entidades. Sin embargo, ni expresa ni tácitamente dicha COMPETENCIA encuentra asidero en el artículo 370 de la Constitución Política".

En verdad, tal competencia no la dispone expresamente el artículo 370 Superior, pero en parte alguna la Constitución prohíbe que las Comisiones de Regulación dicten normas de carácter general que, no obstante, no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo por el actor reclamado. Así, teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación derivaron esa competencia directamente de la ley y ésta fue facultada por los artículos 365 y 367 de la Constitución para organizar lo relativo a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular, lo cual incluye, desde luego, la posibilidad de desarrollar dentro del marco legal lo referente a los contratos de manera independiente de la ley 80 de 1993, como tantas veces se ha sostenido en este pronunciamiento, no es admisible el cargo imputado por el actor, en razón a que no existe el traslado de competencias del legislador al Presidente de la República, sino que se trata, se repite, de una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de Regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y en la ley.

En consecuencia, son exequibles todas las normas analizadas en este aparte."

Sobre el alcance del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, el H. Consejo de Estado, en la consulta 673 de 1995, Consejero ponente Nubia González Cerón, señaló lo siguiente:

"La Sala observa que esta función de las comisiones de regulación comprende dos modalidades y es una facultad discrecional en cuanto pueden escoger libremente los contratos en los cuales consideran obligatoria la inclusión de las cláusulas exorbitantes, discrecionalidad que deben desarrollar en consonancia con la obligación que les impone la ley de regular el servicio público domiciliario y velar por el cumplimiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios, señaladas por el Presidente de la República atendiendo lo dispuesto en el artículo 370 de la Constitución Política, funciones delegadas en la comisión de agua potable y saneamiento básico, mediante el decreto 1524 de 1994.

En consecuencia, es potestativo de las comisiones de regulación decidir por vía general en cuales de los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos se deben incluir las cláusulas exorbitantes. La segunda modalidad consiste en autorizar a una empresa prestadora de servicios públicos para estipular cláusulas exorbitantes"

De manera que, la función de Comisiones de regulación según lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 corresponde a dos modalidades: i) discrecional y ii) autorización.

Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

Finalmente, para el sector de energía eléctrica, en el parágrafo del artículo 8 de la Ley 143 de 1994 se estableció lo siguiente:

“El régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

3. Solicitud presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

Con base en el contexto normativo expuesto, la Comisión tiene potestad para resolver la solicitud realizada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P., la cual se encuadra en la modalidad de autorización establecida en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994.

Esta petición se fundamenta en los siguientes tres aspectos:

- a. Importancia estratégica nacional que tiene el Proyecto Hidroeléctrico Ituango.
- b. El riesgo que representa durante su fase constructiva para los municipios y las comunidades aguas abajo y,
- c. La falta de mecanismos jurídicos suficientes para gestionar el contrato de obras civiles que está licitándose para la finalización de este megaproyecto.

En el “INFORME DE JUSTIFICACIÓN SOLICITUD PÚBLICA DE OFERTAS CONTRATO CRW167467 CONSTRUCCIÓN DE OBRAS CIVILES FINALES DEL PROYECTO HIDROELÉCTRICO ITUANGO” de fecha marzo de 2022, se destaca lo siguiente:

“3. SITUACION ACTUAL

Debido a la contingencia presentada en abril de 2018, las condiciones técnicas y financieras del Proyecto cambiaron, generando costos adicionales y atrasos en la entrada en operación comercial de las unidades de generación. Igualmente, las condiciones de operación del vertedero se modificaron, obligando a su operación continua, y no para su uso de manera temporal y ante eventos excepcionales de crecientes, para el cual había sido diseñado. Con la puesta en operación comercial de las primeras cuatro unidades de generación, se lograría reducir en un 65%, el caudal que pasa por el vertedero. Sin embargo, considerando el caudal medio del río de 1.010 m³/s, la reducción en el caudal por la puesta en



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

operación de las cuatro primeras unidades, aun no es suficiente para realizar el mantenimiento preventivo a los canales y taludes de esta estructura con la regularidad necesaria, lo que obliga, cuanto antes a contar con las ocho unidades de generación para disminuir el caudal que transita por el vertedero

El Board de Asesores Internacionales de EPM y la firma Poyry, han manifestado en sus informes los riesgos inherentes a la operación continua del vertedero y han recomendado tener en operación todas las unidades de generación de energía del Proyecto, buscando mitigar los riesgos asociados a la operación continua del vertedero. Desde el estudio de factibilidad del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, se consideró, que el Proyecto se realizaría en dos etapas, cada una de cuatro unidades de generación de energía con una diferencia entre ellas de dos años

En el contrato CT-2012-000036, cuyo objeto es la construcción de la Presa, Central y Obras Asociadas del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, el alcance de las obras objeto de este contrato contempla las obras de desviación (Presa, ataguía y contraataguía, descarga de fondo, descarga intermedia, sistema de cierre); túnel de acceso a casa de máquinas y galerías de construcción de la central; Presa, vertedero y obras anexas; estructuras de captación y conducciones a presión; obras subterráneas de la central; almenaras y túneles de descarga; túnel vial en zona de vertedero; vías industriales de acceso a las obras; entre otras. En el alcance del contrato CT-2012-000036, no se establece los concretos secundarios de las unidades 5 a 8, los cuales son necesarios para los embebidos de las partes mecánicas de las unidades de generación. Así mismo, en algunos planos de licitación se dejó una nota en la que se indicaba "*Los concretos secundarios de las unidades 5 a 8 no hacen parte de este contrato*".

(...)

4. PRINCIPALES APECTOS QUE JUSTIFICAN LA CONTRATACIÓN

(...)

- **Contractuales.**

Desde el estudio de factibilidad se consideró la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango en dos etapas, cada etapa compuesta por cuatro unidades de generación, la primera etapa comprendía las unidades 1 a 4 y la segunda etapa las unidades 5 a 8. La diferencia de entrada en operación de las etapas estimadas en la factibilidad era de dos años.

En el contrato CT-2012-000036, cuyo objeto es la construcción de la Presa, Central y Obras Asociadas del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, el alcance de las obras objeto de este contrato contempla las obras de desviación (Presa, ataguía y contraataguía, descarga de fondo, descarga intermedia, sistema de cierre); túnel de acceso a casa de máquinas y galerías de construcción de la central; Presa, vertedero y obras anexas; estructuras de captación y conducciones a presión; obras subterráneas de la central; almenaras y túneles



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

de descarga; túnel vial en zona de vertedero; vías industriales de acceso a las obras; entre otras. En el alcance del contrato CT-2012-000036, no se establece los concretos secundarios de las unidades 5 a 8, los cuales son necesarios para los embebidos de las partes mecánicas de las unidades de generación.

Así mismo, en algunos planos de licitación se dejó una nota en la que se indicaba “*Los concretos secundarios de las unidades 5 a 8 no hacen parte de este contrato*”.

Es preciso aclarar que en la AMB 21 se incluyeron algunas obras civiles como concretos y blindajes de las unidades de generación 5 a 8 del sector sur pues fueron necesarias para asegurar la estabilidad geotécnica de la casa de máquinas para el adecuado funcionamiento de la central subterránea.

Las obras por realizar dentro del nuevo contrato son diferentes a la ejecutadas mediante la AMB21, dado que el contexto de obra de este momento era diferente al actual, debido a que hoy es necesario estabilizar totalmente el complejo de cavernas luego de presentada la contingencia de 2018.

En vista de que la terminación del CT-2012-000036 está prevista para noviembre de 2022 (8 meses de ejecución y tres de empalme según lo señalado en el AMB 41), es necesario adelantar un proceso de contratación para terminar las obras requeridas para la entrada en operación comercial de la totalidad de las unidades de generación.”

Dentro de los documentos allegados por la empresa solicitante se encuentra el 018-CONDICIONES GENERALES CONTRATACIÓN BIENES Y SERVICIOS- y el 019- CONDICIONES PARTICULARES, para la Construcción de Obras Civiles finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango.

Adicionalmente a los soportes documentales mencionados en la práctica de la audiencia de aclaración realizada el 5 de diciembre de 2022 por la plataforma TEAMS, frente a los antecedentes y motivaciones que originaron la solicitud de autorización el doctor Jorge Daniel de Ossa Duque, desde el punto de vista técnico señaló desde el minuto 7.45 hasta 7.56 y 10:45 hasta el 12:25 de la grabación señaló:

“(...) el proyecto hoy día lo tenemos separado en la ejecución en dos etapas la primera que son las unidades 1 a 4 y la segunda etapa que son las unidades 5 a 8, (...) para mi desde lo técnico es muy importante yo poder tener maniobrabilidad en la ejecución de ese contrato porque desafortunadamente por las situaciones que se han presentado en el proyecto eso se ha alterado y digamos que me he visto en dificultades para buscar una ejecución muchísimo mas certera, mejor en el tiempo y más eficiente también desde el punto de vista económico. No es buscar tener una imposición sobre un contratista ni subyugarlo, tampoco ha sido ni es el propósito de EPM pero tampoco nosotros es estar maniatados en la ejecución de un contrato sobre todo de una obra como esta que tiene



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

que ver con Ituango, lo vivido, digamos durante la contingencia fue una situación que por motivo de que lo que se presentó era importante hacerlo, fue necesario armar el proyecto bajo una metodología que no existía antes de la contingencia y que ahora después de la contingencia, digamos de tener control casi total del proyecto pues por eso estamos buscando hacer una ejecución de la obra bajo una metodología distinta y aprovechar para decir que aquí no estamos buscando cambios del contratista, lo que estamos buscando es tener más control en la metodología de pago y en la ejecución en tiempo del proyecto porque con la metodología actual que se ha venido desarrollando durante la contingencia no se tiene esa certeza de en control de tiempo y plazo de y precios de ejecución (...)"

Por su parte, Jhonatan Villada, quien es el Vicepresidente de Asuntos legales de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., desde el minuto 13.10 hasta el 18.13 de la grabación señaló:

"(...) quisiera hacer un recuento cronológico de lo que nos ocurrió en el año anterior y digamos lo que nos ha venido ocurriendo a lo largo de este año con el contratista quien era hasta el 30 de noviembre y que creemos que nos puede llevar a unas ineficiencias, ineficacias, a una falta de operatividad en el marco de la ejecución y que el poder tener estos instrumentos como son las potestades excepcionales que son permitidas en estos contratos cuando así bien lo permita la comisión, pues voy a dar algunas de la líneas y las preocupaciones que tuvimos en el último año (...) el 6 de septiembre del año 2021 hubo un fallo en primera instancia por parte de la Contraloría General de la República que empezó a tener un tipo de señal negativa en el marco de la ejecución contractual por una posible inhabilidad sobreviniente lo que nos llevó a nosotros como grupo empresarial a buscar alternativas que nos permitieran continuar con la ejecución de este proyecto que es importante no solo para nosotros como empresa sino para el país en el marco de las primeras 4 turbinas y obviamente de las 5 a las 8 que sería una energía que el sistema agradecería que este generando. Luego de ese fallo de primera instancia, empezamos a hacer una cantidad de reuniones y mesas con nuestro contratista para lograr tener los instrumentos que nos permitieran darle continuidad a la ejecución sin dilaciones y poder (...) entrar a operar en las fechas que entramos a operar, no obstante en el momento que teníamos estas mesas no eran sencillas, digamos que de cierta forma, se invirtieron los papeles en el marco de la ejecución y la posición dominante, la tenían en su momento entonces los contratistas, teníamos nosotros que someter a una cantidad de reuniones y una cantidad de solicitudes que eran atendidas pero que al final por el fallo se segunda instancia que ratificó todo lo dicho por la Contraloría General de la República en ese fallo de primera, digamos se abren las puertas reales de conversación, que permitían de esta forma, mirar entonces como migrar de esa inhabilidad sobreviniente a una posible cesión de contrato o mirar si alguno de los pertenecientes a ese consorcio que venía ejecutando la obra, pues no se veía reflejado en la inhabilidad y tenía pues en el marco de la solidaridad que le atiende continuar con la ejecución del 100% de las obligaciones de dicho acto negocial. Luego en el presente año, cuando empezamos a superar la contingencia del Proyecto Ituango, teniendo la capacidad entonces de determinar cantidades de obra y ya no ese esquema de precios globales tal como efectivamente se venía



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

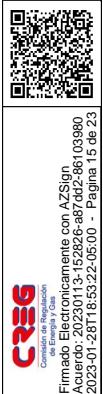
dando después de la contingencia, teniendo presente que no teníamos clara, cuánto era la cantidad de obra que se requería para poder recuperar el proyecto, en el momento de hacer una solicitud expresa al contratista que teníamos para ese entonces con la finalidad de migrar a precios unitarios de nuevo que permitieran tener eficacias y eficacias en el marco de los valores pagados por Empresas Públicas de Medellín recibí obviamente una negativa por parte de este contratista en el marco de esa igualdad que no nos permitía tener la dirección del contrato pues eso nos llevó, nos obligó a ejecutar un proceso de contratación con un mecanismo de (...) no vinculante que tiene Empresas Públicas de Medellín con la finalidad de obtener ofertas por parte de diferentes empresas para terminar los concretos de las unidades 3 y 4 situación que no se hubiese presentado de haber tenido estos instrumentos, porque de haberlos tenido lo que se hace es, primero una solicitud para que se permita de forma bilateral la modificación del contrato vigente y en todo caso, pues bajo la motivación objetiva, bajo la argumentación misma de los documentos contractuales hubiésemos podido derivar a una modificación unilateral que no nos llevara a nosotros a las afugias que hemos sufrido durante este último año, pues, logramos entonces en el mercado tener dos oferentes, ya en esa estrategia de poder continuamos el proyecto sin solución de continuidad (...) este proceso no se hubiese requerido de haber tenido los instrumentos de dirección del contrato tal como lo manifiesta la Ley 80 en el artículo 14 y siguientes y con ellos poder tener la dirección adecuada del proyecto para la salvaguarda del mismo en el marco de los intereses de la empresa y del país (...)".

Por otra parte, frente al estado del proceso, se precisó por parte del doctor Villada, en el minuto 20.20 hasta el minuto 20.45 de la grabación lo siguiente:

"(...) el proceso de selección luego de surtir las diferentes etapas y las observaciones se encuentra para presentar oferta material por parte de quienes estén interesados el 7 de diciembre (...) esa es la fecha de cierre del proceso, a partir de ello empezaremos la evaluación de las ofertas que se presenten y obviamente verificamos los elementos habilitantes calificables de conformidad con a las condiciones particulares publicadas (...)"

Y sobre el impacto de la imposibilidad de usar cláusulas excepcionales en el proceso sobre el cual se funda la solicitud, señaló en el minuto 21.59 hasta el 25.25 de la grabación lo siguiente:

"(...) yo creo que el impacto se puede resumir desde la exposición que hizo ahora el Vicepresidente del Proyecto sumada a la que yo realicé, ósea tendríamos o podríamos tener otra vez una cantidad de inconvenientes de relacionamiento inicial con nuestro contratista y eso digamos no nos ha permitido a nosotros adoptar medidas que nos permitan el desarrollo adecuado de cada una de las etapas del proyecto Ituango, pero además de eso tampoco nos permitiría, por ejemplo, mitigar un riesgo y es que un contratista de cierto modo quiera retirarse



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

del proyecto y bajo el tema de la igualdad plena del contrato y la no dirección por parte de la empresa de servicios públicos derive a unos retrasos en la entrada de las diferentes turbinas tal como lo tenemos en cronograma. Con eso pues obviamente se presentaría un problema para nuestra empresa y para el país en el marco de la generación de energía, teniendo presente que poder llegar a operar con 2.400 megas tal como tiene pretendido el proyecto sería algo muy positivo no solo para el sistema energético sino también para el país completo. Entonces no tener la posibilidad por lo menos de tener unas interpretaciones que en principio siempre se buscarían de forma bilateral con el contratista, ese sería nuestro deber, primero trasladar efectivamente cual sería el alcance e interpretación en el marco de una cláusula contractual para que lleguemos a un entendimiento en común pero llegado el caso privilegiando el proyecto y privilegiado el sistema energético del país, si toca adoptar una medida de interpretación unilateral poderlo hacer, en ultimas también cuando en el marco de lo que se viene para las unidades 5 a 8 tenemos que decir que tenemos que empezar excavaciones y otro tipo de actividades tal como se hicieron en la primera fase luego de la contingencia del año 2018 y puede ser que en ese punto tengamos que desarrollar algunos otrosías al acto jurídico o actos jurídicos suscritos y de esta forma primero advertiríamos a nuestro contratista para que de forma bilateral lo logremos pero en todo caso con la claridad de darle eficiencia, eficacia al principio de economía al marco de ejecución del contrato suscrito entre las partes, de no llegar a un acuerdo la posibilidad de poder nosotros de tener el instrumento de una modificación unilateral que nos permita continuar el camino positivo que tenemos trazado hasta la fecha sería lo más adecuado. Mas allá porque a Empresas Públicas de Medellín no creo que le interese realmente la aplicación de una terminación unilateral, de una caducidad de pronto si cuando de forma injustificada ve un grave incumplimiento (...) y además de eso pues en un proyecto de este tipo generaría un gran perjuicio no solo para Empresas Públicas de Medellín, vuelvo y reitero también al sistema energético del país porque esta energía yo creo que la requiere el país y entre más eficientes seamos para poder poner en marcha las diferentes turbinas considero que es más positivo el mensaje a todo el territorio nacional (...)"

Expuestos los elementos de juicio relevantes, se considera pertinente señalar que las cláusulas exorbitantes, aplicables dentro del régimen de contratación estatal, buscan garantizar que el fin que persigue satisfacer el Estado mediante la contratación, efectivamente se logre.

Lo anterior no implica que el riesgo propio de la ejecución de un contrato desaparezca. Por el contrario, todo contrato tiene el riesgo de que las cláusulas estipuladas se incumplan, independientemente de que se rija por la Ley 80 de 1993, o por las normas del derecho privado. En este último régimen también existen mecanismos que permiten el cubrimiento de dicho riesgo, así como la consecución de los fines del contrato.



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

Sobre la aplicabilidad de uno de tales mecanismos del Derecho Privado, el Consejo de Estado hizo la siguiente consideración, que bien puede ser tenida en cuenta en el presente análisis:

"Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común, y ésta muy seguramente fue la razón por la cual la Ley 80 de 1993 no la incluyó en el artículo 14[La norma que cita el Consejo de Estado, es la que consagra las prerrogativas contractuales otorgadas al Estado, denominadas Cláusulas Excepcionales o Exorbitantes.]. Y no lo es, sencillamente porque aparece prevista en las normas de derecho privado (C.C., art. 1592 y C.Co. art. 867), que por expresa remisión del artículo 13 del estatuto contractual es la fuente primaria de la regulación del contrato estatal.

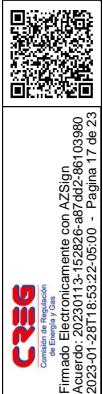
En efecto, de acuerdo con la primera de estas disposiciones pueden establecer las partes de un contrato obligaciones con cláusula penal, definida por la ley como 'aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal'. Y el artículo 867 del Código de Comercio, por su parte, expresa:

'Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse...'

De estas dos previsiones se desprende que es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes en un contrato y con miras a asegurar la cabal ejecución del mismo puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa), en caso de inejecución o mora en el incumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor" Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de fecha junio 4 de 1998, Consejero Ponente. Dr. Ricardo Hoyos Duque, Expediente 13.988. (Tomado de "Jurisprudencia y Doctrina No. 320). (subrayado fuera de texto).

Ahora bien, aunque es clara la posibilidad legal de autorizar la inclusión de cláusulas exorbitantes en los contratos de las empresas prestadoras del servicio de electricidad, tal inclusión debe estar sujeta a la demostración de circunstancias fehacientes que motiven introducir el rompimiento del principio de igualdad, sobre el cual se fundamenta el régimen de contratación entre agentes regidos por el derecho privado.

De acuerdo con lo anterior, la inclusión de dichas cláusulas por parte de las Comisiones de Regulación incorpora una facultad de intervención del Estado dentro de un negocio jurídico sujeto a las normas del derecho privado a efectos de garantizar el interés público, así como la prestación del servicio público domiciliario.



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

Por tal razón, existe una carga argumentativa y probatoria por parte del solicitante de establecer cómo la inclusión y el ejercicio de las cláusulas exorbitantes previstas en la Ley 80 de 1993, permite dar cumplimiento a dichos fines y objetivos en relación con la prestación del servicio de manera eficiente, continua y de calidad frente a una situación particular y concreta, sin que existan otros elementos o instrumentos que permitan remediar dichas situaciones, que no sea a través de una cláusula exorbitante.

De manera que, en la medida que no se evidencien de manera *ex ante* estos elementos por parte de la Comisión dentro del trámite de una actuación administrativa, no es procedente la inclusión de una cláusula exorbitante, pues se estaría ejerciendo una facultad de intervención por parte del Estado en un negocio jurídico, limitando el ejercicio de la libertad contractual de las partes, sin identificar el beneficio general o desde el punto de vista de la prestación del servicio, que justificaría para una de las partes el ejercicio de dicho poder administrativo o de imposición del Estado.

Dentro de las circunstancias que deben estar suficientemente motivadas y demostradas, la Comisión ha precisado lo siguiente:

- Los acuerdos que se pretende sean cobijados con este tipo de cláusulas tengan relación directa con la prestación del servicio, y que, de no accederse a tal solicitud, se ponga en inminente peligro la continuidad, calidad y prestación eficiente del servicio.
- Se debe establecer cómo, el no incluir y hacer uso de este tipo de cláusulas, puede generar parálisis o afectación grave en la prestación de los servicios públicos que presta la empresa en los mercados que atiende.
- La afectación en la continuidad o prestación del servicio no puede ser resuelta a través de otro instrumento jurídico o regulatorio en el marco de la Ley 142 de 1994, si no que esto solo es evitable a través del ejercicio o inclusión de una cláusula exorbitante.
- La normatividad contractual no contemple mecanismos, o si los contempla, son insuficientes o inaplicables, para que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad puedan incluir cláusulas que le garanticen la cumplida ejecución del contrato.

Expuesto lo anterior, se observa que la solicitud está enmarcada en la actividad de generación de energía eléctrica asociada al Proyecto Hidroeléctrico Ituango a cargo de Empresas Públicas de Medellín E.S.P.



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

A partir de este hecho, se debe establecer si para el contrato resultante del proceso de oferta pública CRW167467 para la “Construcción de obras civiles finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango” en el cual, tal como se señala en la petición, “(...) considera en particular (...) las correspondientes a las unidades 5 a 8, pues las unidades 1 a 4 estimamos que serán terminadas bajo el alcance del contrato (CT-2012-000036) (...)”, concurren o no los elementos establecidos por la comisión.

Sobre el desarrollo del proyecto, en la audiencia de aclaración de la solicitud el doctor de Ossa Duque precisó “(...) el proyecto hoy día lo tenemos separado en la ejecución en dos etapas la primera que son las unidades 1 a 4 y la segunda etapa que son las unidades 5 a 8 (...)” y el doctor Villada manifestó que “(...) la ejecución de este proyecto que es importante no solo para nosotros como empresa sino para el país en el marco de las primeras 4 turbinas y obviamente de las 5 a las 8 que sería una energía que el sistema agradecería que este generando.”

De manera que el proyecto tiene dos etapas, la primera que hace referencia a las unidades 1 a 4, y la segunda a las unidades 5 a 8, estas últimas relacionadas con el objeto de la presente actuación.

Adicionalmente, sobre las motivaciones y antecedentes que se expusieron en la audiencia de aclaración, se destaca, desde lo técnico, lo expuesto por el doctor Ossa Duque así “es muy importante (...) tener maniobrabilidad en la ejecución de ese contrato porque desafortunadamente por las situaciones que se han presentado en el proyecto eso se ha alterado y (...) me he visto en dificultades para buscar una ejecución muchísimo más certera, mejor en el tiempo y más eficiente también desde el punto de vista económico (...)” y que “(...) lo que estamos buscando es tener más control en la metodología de pago y en la ejecución en tiempo del proyecto porque con la metodología actual que se ha venido desarrollando durante la contingencia no se tiene esa certeza de en control de tiempo y plazo de y precios de ejecución (...)”

Y el doctor Villada, al realizar el recuento cronológico de los aspectos que consideró pertinentes, destaca situaciones que se presentaron con el contratista en el desarrollo del contrato que ejecutaron en el año 2021 y lo corrido del 2022 hasta el 30 de noviembre, las cuales generaron ineficiencias, ineficacias y falta de operatividad en su ejecución, que probablemente no se hubiesen presentado si hubiesen contando con los instrumentos legales como el que se solicita para poder actuar en consecuencia.

Así las cosas, la motivación de la autorización se sintetiza en la posibilidad de incluir cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso de oferta pública CRW167467, las cuales les permitiría tener un mejor manejo en su ejecución, evitando así, probablemente, algunas de las situaciones descritas



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

como no deseables con el contratista que se desempeñó hasta el 30 de noviembre de 2022.

Esta motivación, que es respaldada con los demás elementos de juicio allegados a la presente actuación, para la Comisión, no resulta suficiente para concluir que, de no accederse, se ponga en inminente peligro la continuidad, calidad y prestación eficiente del servicio, o se genere una parálisis o afectación en la prestación del servicio, entre otros.

En efecto, a partir del contexto sobre el cual se realiza la solicitud, es decir, la actividad que desarrolla el solicitante es preciso señalar que la energía firme del cargo por confiabilidad está asociada a la capacidad de generación de respaldo que trata el artículo 23 de la Ley 143 de 1994, y es la que permite garantizar a los usuarios la confiabilidad en la prestación de energía eléctrica bajo las condiciones críticas que se definieron en la Resolución CREG 071 de 2006.

Así las cosas, los proyectos que participan en una subasta de asignación de obligaciones de energía firme, OEF, adquieren obligaciones asociadas a la disponibilidad de activos de generación con las características comprometidas, tales como la capacidad efectiva neta, CEN.

Para el caso del Proyecto de Generación Hidroeléctrica Ituango corresponde a una capacidad efectiva neta, CEN, de 1200 MW compuesta por cuatro (4) unidades de generación de 300 MW cada una.

Lo anterior significa que la obligación de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. para cumplir los compromisos adquiridos para garantizar a los usuarios la confiabilidad de la prestación del servicio en el Sistema Interconectado Nacional, SIN, en los mecanismos de asignación de Obligaciones de Energía Firme del Cargo por Confiability, es suficiente con la construcción y entrada en operación comercial de las primeras cuatro unidades de generación del proyecto, que corresponden a las unidades 1 a 4 (primera etapa), y no a las unidades 5 a 8 (segunda etapa), tal como lo precisó el doctor Villada cuando mencionó “(...) buscar alternativas que nos permitieran continuar con la ejecución de este proyecto que es importante no solo para nosotros como empresa sino para el país en el marco de las primeras 4 turbinas y obviamente de las 5 a las 8 que sería una energía que el sistema agradecería que este generando (...)”. (

De manera que, si bien es deseable incrementar la oferta de energía eléctrica, que se logaría con las unidades 5 a 8 que tiene programado el proyecto en su segunda etapa, ello no es suficiente para concluir que concurran los presupuestos establecidos por la Comisión, para acceder a esta solicitud,



Por la cual se resuelve la solicitud de autorización de incorporación de cláusulas exorbitantes en el contrato resultante del proceso CRW167467 -Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango presentada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

dado que, en los términos del Cargo por Confiabilidad, dichas unidades no agregan mayor energía firme al SIN.

En consecuencia, no se establecen los elementos que justifiquen y permitan a esta Comisión resolver de manera favorable la solicitud de incorporación de cláusulas exorbitantes en el Contrato resultante del proceso CREW167467 – Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión No.1227 del día 26 de diciembre de 2022, acordó expedir la presente Resolución.

RESUELVE:

Artículo. No autorizar la incorporación de cláusulas exorbitantes en el Contrato resultante del proceso CREW167467 – Construcción de Obras Civiles Finales del Proyecto Hidroeléctrico Ituango.

Artículo 2. Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Jorge Andrés Carrillo Cardoso en su calidad de representante legal de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. o quien haga sus veces. Contra la presente decisión 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

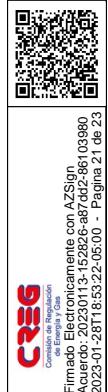
Dado en Bogotá, D.C., el día 26 de diciembre de 2022

BELIZZA JANET RUÍZ MENDOZA

Viceministra de Energía, Delegada de la
Ministra de Minas y Energía
Presidenta

JOSÉ FERNANDO PRADA RÍOS

Director Ejecutivo



REGISTRO DE FIRMAS ELECTRONICAS

CREG501 068

Comisión de Regulación de Energía y Gas
gestionado por: azsign.com.co

Id Acuerdo: 20230113-152826-a87dd2-86103980 Creación: 2023-01-13 15:28:26

Estado: Finalizado

Finalización: 2023-01-28 18:53:21



Escanee el código
para verificación

Firma: Firmante

Belizza Janet Ruiz Mendoza

43605134

bjruiz@minenergia.gov.co

Viceministra de energía

Ministerio de Minas y Energía

Firma: Firmante

Jose Fernando Prada Ríos

71677200

jose.prada@creg.gov.co

Director Ejecutivo

Comisión de Regulación de Energía y Gas

Revisión: Revisión

Angela María Sarmiento Forero

52708370

amsarmiento@minenergia.gov.co

Jefe Oficina Asuntos Regulatorios y Empresariales

Ministerio de Minas y Energía

REPORTE DE TRAZABILIDAD

CREG501 068

Comisión de Regulación de Energía y Gas
gestionado por: azsign.com.co

Comisión de Regulación de Energía y Gas
Firmado Electrónicamente con AZSign
Acuerdo: 2023-01-13-152826-a87dd2-86103980
Acuerdo: 28115322-05-00 - Página 23 de 23



Escanee el código
para verificación

Id Acuerdo: 20230113-152826-a87dd2-86103980 Creación: 2023-01-13 15:28:26
Estado: Finalizado Finalización: 2023-01-28 18:53:21

TRAMITE	PARTICIPANTE	ESTADO	ENVIO, LECTURA Y RESPUESTA
Revisión	Angela Maria Sarmiento Forero amsarmiento@minenergia.gov.co Jefe Oficina Asuntos Regulatorios y Empr Ministerio de Minas y Energía	Aprobado	Env.: 2023-01-13 15:28:26 Lec.: 2023-01-13 15:28:32 Res.: 2023-01-27 20:42:39 IP Res.: 161.10.30.123
Firma	Jose Fernando Prada Ríos jose.prada@creg.gov.co Director Ejecutivo Comisión de Regulación de Energía y Gas	Aprobado	Env.: 2023-01-27 20:42:39 Lec.: 2023-01-28 14:40:30 Res.: 2023-01-28 14:40:54 IP Res.: 186.80.191.198
Firma	Belizza Janet Ruiz Mendoza bjruiz@minenergia.gov.co Viceministra de energía Ministerio de Minas y Energía	Aprobado	Env.: 2023-01-28 14:40:54 Lec.: 2023-01-28 14:41:03 Res.: 2023-01-28 18:53:21 IP Res.: 186.116.214.164