Código Dependencia: 3200
Acceso: Reservado (), Público (x), Clasificado ().

Memorando

Bogotá, D.C.

PARA: Claudia Liliana Martínez Melo
Grupo De Gestión Contractual

DE: Dirección de Energía Eléctrica

ASUNTO: Solicitud Otrosí No. 5 Contrato FAZNI GGC 721 de 2019

En atención al concepto emitido por la interventoría ARDCO CONSTRUCCIONES SAS radicado en el ministerio bajo el No. 1-2021-045890 el 17 de noviembre de 2021 **(Anexo 1),** emitido con fundamento en la solicitud No. 20216000044261 realizada por el operador de red DISTRIBUIDORA DEL PACIFICO S.A. E.S.P. -DISPAC S.A. E.S.P. de fecha 4 de noviembre de 2021 **(Anexo 2)**, que tiene por objeto la revisión de la ejecución presupuestal del contrato FAZNI GGC 721 de 2019. Por lo cual de manera atenta nos permitimos solicitar se analice tal situación y de verse procedente se adelante el trámite de elaboración del Otrosí No. 5, con fundamento en las consideraciones que se incluyen a continuación, y el informe de la supervisión de apoyo técnico del Ministerio de Minas y Energía **(Anexo 3)** que lo sustenta, previo a las siguientes consideraciones:

A. ANTECEDENTES CONTRACTUALES

1. El 06 de diciembre de 2019 el Ministerio de Minas y Energía, y la Empresa de Energía del Guaviare la Ceiba S.A E.S.P, suscribieron el contrato Interadministrativo FAZNI GGC 721-2019, cuyo objeto es *"Contrato interadministrativo para la ejecución, por parte del Contratista, de la ampliación de la cobertura y satisfacción de la demanda de energía en las Zonas No Interconectadas - ZNI, mediante la Instalación de soluciones solares fotovoltaicas según el Proyecto "CONSTRUCCIÓN, IMPLEMENTACIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE SOLUCIONES CON FUENTES NO CONVENCIONALES DE ENERGÍA (FNCE) CON SISTEMAS DE ENERGÍA SOLAR FOTOVOLTAICA EN LAS ZONAS NO INTERCONECTADAS (ZNI) DE LAS LOCALIDADES, SANTA ROSA, YURI, LAGUNA NIÑAL, BACHACO, MATRACA, LAGUNA MURE, PUERTO VALENCIA, GARZA MORICHAL, SABANITAS, CAÑO COLORADO, LA ESPERANZA, SANTA RITA, BERROCAL, YURIZAL, TIGRE, CARTAGENA, SEJAL, TABAQUEN, SAN JOSE, MANACAL, TONINA, NIÑAL, DANACO, PUNTA BRAVA, FRITO TSIPANAPE,*

CATANACUNAME, SABANITA, SANTA FE, PLAYA BLANCA, PUNTA BARBOSA, SANTA MARTA, CAPACO, BUENA VISTA, PUNTA DE ANGEL, CHAVENY, DUCUTIBAPO, CARRIZAL, CABEZÓN, GALILEA, SAN RAFAEL, PORVENIR, FRONTERA Y GUADALUPE, DEL DEPARTAMENTO DEL GUANIA" del Fondo de Apoyo Financiero para Energización de Zonas No Interconectadas – FAZNI. Dicho objeto incluye, pero no se limita, a la realización de las obligaciones indicadas para las Etapas: Previa, Instalación, Administración Operación y Mantenimiento y Devolución de la Infraestructura."

2. De conformidad con el literal (a) del numeral 3.7 *"Plazo del Contrato y de las Etapas de Ejecución del Contrato",* el plazo de ejecución del Contrato FAZNI GGC No. 721 de 2019, es de ochenta y cinco (85) meses; sin embargo, el término efectivo del mismo será el que transcurra entre la fecha de inicio establecida en el Acta de Inicio y la fecha en que termine la Etapa de Devolución.

3. En los términos del literal (a) del numeral 3.3 *"Valor Estimado del Contrato",* el valor del Contrato FAZNI GGC No. 721 de 2019, es de **CATORCE MIL DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES CIENTO DIECISIETE MIL NOVECIENTOS CINCO PESOS MCTE. ($14.280.117.905) IVA incluido** de acuerdo con la siguiente distribución de recursos:

VIGENCIAS	VALOR TOTAL DEL PROYECTO	USUARIOS	APORTE FAZNI
VALOR TOTAL DE PROYECTOS APROBADOS	**$14.280.117.905,00**	**798**	**$14.280.117.905,00**
VIGENCIA FAZNI 2019			**$7.414.475.294,00**
VIGENCIA FAZNI 2020			**$4.119.385.566,60**
VIGENCIA FAZNI 2021			**$2.746.257.044.40**

4. El Anexo 1, contempla los proyectos sobre los cuales se deberá administrar los recursos del Fondo FAZNI asignados al Contrato así:

No.	OPERADOR DE RED	PROYECTO	MUNICIPIO / DEPARTAMENTO	VALOR	TOTAL USUARIOS	VALOR POR USUARIO
1	EMELCE S.A. E.S.P.	CONSTRUCCIÓN, IMPLEMENTACIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE SOLUCIONES CON FUENTES NO CONVENCIONALES DE ENERGÍA (FNCE) CON SISTEMAS DE ENERGÍA SOLAR FOTOVOLTAICA EN	INÍRIDA / GUAINÍA	**$14.280.117.905**	798	$17.894.884,59

No.	OPERADOR DE RED	PROYECTO	MUNICIPIO / DEPARTAMENTO	VALOR	TOTAL USUARIOS	VALOR POR USUARIO
		LAS ZONAS NO INTERCONECTADAS (ZNI) DE LAS LOCALIDADES, SANTA ROSA, YURI, LAGUNA NIÑAL, BACHACO, MATRACA, LAGUNA MURE, PUERTO VALENCIA, GARZA MORICHAL, SABANITAS, CAÑO COLORADO, LA ESPERANZA, SANTA RITA, BERROCAL, YURIZAL, TIGRE, CARTAGENA, SEJAL, TABAQUEN, SAN JOSE, MANACAL, TONINA, NIÑAL, DANACO, PUNTA BRAVA, FRITO TSIPANAPE, CATANACUNAME, SABANITA, SANTA FE, PLAYA BLANCA, PUNTA BARBOSA, SANTA MARTA, CAPACO, BUENA VISTA, PUNTA DE ANGEL, CHAVENY, DUCUTIBAPO, CARRIZAL, CABEZÓN, GALILEA, SAN RAFAEL, PORVENIR, FRONTERA Y GUADALUPE, DEL DEPARTAMENTO DEL GUANIA.				

4. Mediante **Otrosí No. 1** de 22 de julio de 2020, se modificó los numeral 2.3 CAPITULO II "Acta De Inicio Del Contrato" se aclara el parágrafo ítem (iii) numeral 3.5 CAPITULO III "Aspectos Generales Del Contrato" así mismo se modifica el subnumeral (4.2) del capítulo IV "MANEJO DE RECUSOS" – y por último se modifica **"**Perfeccionamiento e Inicio de Ejecución del Contrato**"**, numeral 6.1 – **"**Encargo Fiduciario" y 6.2 – **"**Desembolso al Encargo Fiduciario**"** del Contrato FAZNI GGC No. 721 de 2019.

5. Que mediante acto de **Cesión No. 1** del 31 de agosto de 2020 la Empresa de energía del Guainía la Ceiba S.A. E.P.S. (cedente) cede a la Empresa Distribuidora del Pacifico S.A. E.S.P. (Cesionario)

6. Mediante **Otrosí No. 2** de 16 de septiembre de 2020, se adicionó el numeral 3.2.1 al Capítulo III "Aspectos Generales del Contrato", adicionó un parágrafo al numeral 3.5 del Capítulo III "Aspectos Generales del Contrato", eliminó el numeral 4.8 del CAPITULO IV –"Aspectos Económicos del Contrato", modificó el Capítulo IV –"Aspectos Económicos del Contrato", modificó el literal (e) del numeral 5.2 del Capítulo V- "Obligaciones Generales de las Partes", eliminó los numerales 6.2 y 6.3 del Capítulo VI –"Manejo de los Recursos", modificó el Capítulo VI –"Manejo de los Recursos", modificó los literales c) y d) del

numeral 8.8 del Capítulo VIII– “Etapa de Instalación”, adicionó el numeral 20.9.1 al CAPÍTULO XX – “Varios”, Anexo 2 “Cronograma”.

7. Mediante **Otrosí No. 3** del 23 de octubre de 2020 se modificó el literal m del numeral 13.3 del Capítulo XIII "Garantías y Mecanismos de Cobertura de Riesgos", se modificó los subnumerales (i) y (ii) del literal (b) del numeral 13.5 del CAPITULO XIII -"Garantías y Mecanismos de Cobertura de Riesgos, se modificó los subnumerales (i) y (iii) del literal (a) del numeral 13.6 del Capítulo XIII -"Garantías y Mecanismos de Cobertura de Riesgos.

8. Que mediante **Acta de Inicio** suscrita el 30 de octubre de 2020 se dio inicio a la ejecución del contrato.

9. Mediante **Otrosí No. 4** del 27 de agosto de 2021 se modificó el literal (a) del numeral 3.7 del Capítulo III “Aspectos Generales del Contrato” aclarando los 4 meses para suscribir el acta de terminación de la instalación y el acta de infraestructura y entrega de inventarios instalación contemplados en el literal (a) numeral 8.12 del contrato y se modificó el anexo 2 “cronograma”.

10. Que el contrato se encuentra **garantizado por la póliza** de cumplimiento expedida por la Previsora No. 34489462 y Póliza de responsabilidad civil extracontractual expedida la Previsora No. 1003134489.

B. CONCEPTO DEL INTERVENTOR

Dando cumplimiento a las obligaciones establecidas en la cláusula segunda del CONTRATO DE INTERVENTORÍA GGC-432-2020 LOTE 06 la interventoría ARD-CO CONSTRUCCIONES SAS, emite comunicación CI-G-112-432-015 de fecha 17 de noviembre de 2021 en la cual plantea su concepto sobre la solicitud de DIS-PAC S.A. E.S.P., en los siguientes términos:

Las razones aducidas por la interventoría son las siguientes (se transcribe literalmente, incluso los posibles errores).

> ***(…)*** ***“****Con fecha del jueves 04 de noviembre de 2021 se hace entrega a la Interventoría un oficio con Radicado N° 20216000044261, en el cual DISPAC realiza la solicitud de modificación del contrato interadministrativo FAZNI GGC No. 721 de 2019 suscrito entre Ministerio de Minas y Energía y DISPAC de la siguiente manera:*
>
> 1. *Modificar el CAPITULO IV - ASPECTOS -ECONOMI COS DEL CONTRATO, numeral 4.4 pagos durante la etapa de instalación, literales a y b según Otrosí No.2 correspondientes a los avances del 40% y 60% correspondientes a recursos con vigencias 2020.*
>
> *En cumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato de Interventoría FAZNI-GGC 432-L06-20, se tienen las siguientes consideraciones:*

1. *Mediante oficio enviado por el MME el día 30 de julio de 2021 con radicado 2-2021-014711 donde manifiesta:*

A. Si el cambio de la medición no implica variación del presupuesto del proyecto, el Contratista tramitará la solicitud de cambio de medidor ante la Interventoría, para su validación y gestión del ajuste de las especificaciones técnicas ante el Ministerio.
B. Si la variación implica menor costo al establecido actualmente en el presupuesto del proyecto, se podrá tramitar el cambio de medidor de la forma enunciada en la alternativa A, se deberá ajustar el valor de los contratos, y se deberán reintegrar los recursos remanentes al fondo FAZNI.
C. Si la variación en el cambio del medidor implica mayor costo, se informa que actualmente el Fondo FAZNI no cuenta con presupuesto para adicionar presupuesto a los contratos y, por consiguiente, se deberán modificar las especificaciones técnicas de los contratos, asumiendo el valor con recursos propios o bien excluir el medidor del consumo, y efectuar la devolución de los recursos remanentes al fondo FAZNI.

En esta alternativa, para logar el cumplimiento de la regulación en cuanto a la medición de la disponibilidad, se propone que la empresa que va a prestar el servicio luego de entregados los proyectos, instale el medidor de disponibilidad, y adicione el costo a la tarifa, de acuerdo con el parágrafo del artículo 8 de la CREG 166 de 2020: "Parágrafo. Cuando el prestador del servicio, con recursos propios, le instale medidor al usuario podrá adicionarle al cargo máximo de comercialización, C0, un cargo de $6,938 / mes por usuario."

2. *De acuerdo a lo planteado por el Ministerio de Minas y Energía, DISPAC SA. ESP. presentó oficio con radicado 20216000041871 del 23 de septiembre de 2021, con las alternativas de los equipos de medida a instalar en cada una de las soluciones fotovoltaicas para la definición de los mismos, y manifestó la dificultad de la adquisición dado que los proveedores no tienen existencia de unidades en stock para la entrega el presente año debido a las complicaciones y dificultades de transporte y llegada a puerto nacionales de la mercancía importada.*

3. *Teniendo en cuenta que los pagos correspondientes a los avances de obra del 40% y 60% que están expresados en los literales a y b del numeral 4.4, son pagos que corresponden a recursos con vigencias 2020 y que sin la definición del equipo de medida mencionado no se logrará el cumplimiento de los hitos de pago en lo que resta del año 2021.*

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, se da el visto bueno a la solicitud presentada, se da la aprobación de esta y se le solicita al Ministerio de Minas y Energía evalúe la ejecución presupuestal y tome las medidas pertinentes para que no se afecte el flujo financiero requerido del proyecto y no se ponga en riesgo. la continuidad de las obras y se eviten retrasos en desarrollo de las mismas." (...)

Para todos los efectos se recomienda verificar la información de la comunicación referida en su integridad.

C. SOLICITUD DEL OPERADOR DE RED Y SU JUSTIFICACIÓN

El 04 de noviembre de 2021, la DISTRIBUIDORA DEL PACIFICO S.A. E.S.P. -DISPAC S.A. E.S.P. presentó a la interventoría "Solicitud de modificación del contrato interadministrativo FAZNI GGC 721 de 2019…" radicado 20216000044261, en los siguientes términos:

Los fundamentos del administrador son las siguientes los cuales se transcriben literalmente, incluso los posibles errores.

"*(…)*

Con referencia al contrato FAZNI GGC 721-19 cuyo objeto es "CONSTRUCCIÓN, IMPLEMENTACIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE SOLUCIONES CON FUENTES NO CONVENCIONALES DE ENERGÍA (FNCE) CON SISTEMAS DE ENERGÍA SOLAR FOTOVOLTAICA EN LAS ZONAS NO INTERCONECTADAS (ZNI) DE LAS LOCALIDADES, SANTA ROSA, YURI, LAGUNA NIÑAL, BACHACO, MATRACA, LAGUNA MURE, PUERTO VALENCIA, GARZA MORICHAL, SABANITAS, CAÑO COLORADO, LA ESPERANZA, SANTA RITA, BERROCAL, YURIZAL, TIGRE, CARTAGENA, SEJAL, TABAQUEN, SAN JOSE, MANACAL, TONINA, NIÑAL, DANACO, PUNTA BRAVA, FRITO TSIPANAPE, CATANACUNAME, SABANITA, SANTA FE, PLAYA BLANCA, PUNTA BARBOSA, SANTA MARTA, CAPACO, BUENA VISTA, PUNTA DE ANGEL, CHAVENY, DUCUTIBAPO, CARRIZAL, CABEZÓN, GALILEA, SAN RAFAEL, PORVENIR, FRONTERA Y GUADALUPE, DEL DEPARTAMENTO DEL GUANIA". Se solicita se evalúe y tramite lo siguiente:

Modificar el CAPÍTULO IV – ASPECTOS ECONOMICOS DEL CONTRATO, numeral 4.4 pagos durante la etapa de instalación, literales a y b según Otrosí No. 2 correspondientes a los avances del 40% y 60% correspondientes a recursos con vigencias 2020, teniendo en cuenta que, DISPAC SA. ESP. Presento oficio con radicado 20216000041871 del 23 de septiembre de 2021, con las alternativas de equipos de medida a instalar en cada una de las soluciones fotovoltaicas para la definición de los mismos, y a la fecha aun no se cuenta con una respuesta por parte de interventoría y Ministerio, es necesario realiza un modificación al contrato en mención.

Lo anterior se solicita teniendo en cuenta que los pagos establecidos contractualmente en CAPÍTULO IV – ASPECTOS ECONOMICOS DEL CONTRATO, numeral 4.4 pagos durante la etapa de instalación, literales a y b correspondientes a los avances del 40% y 60% de obra, son pagos que corresponden a recursos con vigencias 2020 y que sin la definición del equipo de medida mencionado no se lograrán los hitos de pago en lo que resta del año 2021, además los proveedores de estos equipos como hemos venido manifestando, no cuenta con stock disponible de equipos para el presente año; razón por la cual se solicita que el Ministerio de Minas y Energía evalúe la ejecución presupuestal del mismo y tome las medidas pertinentes para que no se afecte el flujo financiero requerido del proyecto y no se ponga en riesgo la continuidad de las obras y se eviten retrasos en desarrollo de las mismas." (…)

D. ESTADO FINANCIERO Y PRESUPUESTAL

En atención a lo indicado en el capítulo IV ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO FAZNI GGC-721-2019 y los otrosíes suscritos se extrae del informe de supervisión técnica lo relacionado con el estado financiero del contrato, así:

"*Tabla 1. Balance financiero del contrato FAZNI GGC 721 de 2019*

VIGENCIAS	***VALOR TOTAL DEL PROYECTO***	***USUARIOS***	***APORTE FAZNI***
VALOR TOTAL DE PROYECTOS APROBADOS	***$14.280.117.905,00***	***798***	***$14.280.117.905***
VIGENCIA FAZNI 2019			***$7.414.475.294***
VIGENCIA FAZNI 2020			***$4.119.385.566.6***
VIGENCIA FAZNI 2021			***$2.746.257.044.4***

A la fecha se han efectuado los siguientes pagos al encargo fiduciario:

Tabla 2. Pagos realizados

Pago	***VALOR***	***Factura***	***Fecha***
Pago Anticipado	***$7.140.058.952***	*FE124*	*19/11/2020*
Primer Pago Parcial	***$304.212.960***	*FE230*	*16/12/2020*
Segundo Pago Parcial	***1.123.798.830,50***	*FE-977*	*24/09/2021*
TOTAL	***$ 8.568.070.743***	***60%***	

Tomado de portal WEBhttps://neon.minenergia.gov.co/"

E. EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Del informe de la supervisión de apoyo técnico:

"*El contrato se encuentra en la ejecución de la etapa de instalación en la cual se adelantan las actividades de instalación de cimentaciones e internas de los sistemas solares fotovoltaicos. La finalización de la etapa de instalación se tiene planificada para el día 22 de agosto de 2022.*

Adicionalmente, el contratista DISPAC S.A. justifica en el oficio No. 20216000044261 de 4 de noviembre del 2021 (Anexo 2), las causales de necesidad de modificación del CAPITULO IV – ASPECTOS ECONOMICOS DEL CONTRATO numeral 4.4 pagos durante la etapa de instalación, literales a y b correspondientes a los avances del 40% y 60% correspondientes a recursos con vigencias 2020, del contrato GGC-721-2019 ya que no se ha logrado completar la instalación de los SSFV porque no se ha definido cual equipo de medida será el que se utilizará en las instalaciones.

1. PORCENTAJE DE AVANCE DEL CRONOGRAMA:

Atendiendo lo anterior, se relaciona el avance de las actividades de conformidad con el informe del mes de septiembre de 2021 (Anexo 3):

Tabla 3. Avance de las actividades del contrato FAZNI GGC 721 de 2019

Item	Actividad	Avance
1	Suscripción del Encargo Fiduciario. **(plazo 15 días a partir de la firma del contrato)**	100%
2	Incorporación de los recursos al presupuesto de la entidad. (En caso de Aplicar)	100%
3	Realización de socialización y capacitación de usuarios.	100%
4	Realizar el replanteo y verificación de los usuarios beneficiarios del proyecto en el campo y tramitar las sustituciones de los mismos (si aplican).	100%
4.1	Informe del replanteo del 25% de los usuarios validados.	100%
4.2	Informe del replanteo del 50% de los usuarios validados.	100%
4.3	Informe del replanteo del 100% de los usuarios validados.	100%
5	Verificar y realización de las consultas previas, en caso de ser necesarias	100%
6	Ejecutar la gestión para la obtención de la existencia y suscribir las servidumbres y/o permisos de paso necesarios.	N/A
7	Ejecutar la gestión para la obtención de licencias o permisos ambientales necesarios y planes de aprovechamiento forestal, según corresponda (En caso de Aplicar).	N/A
8	Ejecutar la gestión para la obtención de certificación sobre no presencia de Usuarios en jurisdicción de Parques Nacionales Naturales o zonas de reserva y similares	100%
9	Ejecutar la gestión para la obtención de certificar con el Ente Territorial que las obras objeto de ejecución no se encuentran ubicadas en zonas de alto riesgo.	100%
10	Elaboración de pliegos de contratación de contrato de obra / suministro	100%
11	Publicación de pliegos o invitación directa según corresponda.	100%
12	Recibo, evaluación y adjudicación de ofertas.	100%
13	Firma de contratos de suministros y obras, según corresponda, y suscripción de Actas de Inicio.	100%
14	Presentación de cronograma de obra aprobado al Ministerio	100%
15	Colocar dos vallas informativas del proyecto. La ubicación y diseño gráfico será acordado con el MINISTERIO.	100%
16	Suscripción del acta de Terminación de la Etapa de Previa	100%
	c) Etapa – 2 Instalación	
1	Actividades o ítems relevantes de suministros y construcción	11.2%
2	Acta de recibo de instalación - Interventoría	0%
3	Acta de terminación de la Instalación y Acta de recibo de infraestructura y entrega de inventarios	0%”

F. JUSTIFICACIÓN DEL SUPERVISOR DE APOYO TÉCNICO FRENTE A LA SOLICITUD DEL CONTRATISTA Y EJECUCIÓN DE LA OBRA

El profesional de apoyo técnico a la supervisión por parte del Ministerio avaló la solicitud de revisión de ejecución presupuestal por ajuste del cronograma del Contrato Interadministrativo FAZNI GGC No. 721 de 2019, al indicar:

El apoyo técnico de la supervisión concluye que:

(…)“En concordancia con los argumentos previamente mencionados, se evidencia que la solicitud de modificación se encuentra debidamente justificada y soportada, ya que no se ha logrado definir lo relacionado al equipo de medida que se utilizara al momento de realizar la instalación de los unidades solares fotovoltaicas, afectando de esta forma el cronograma del contrato, las actividades de adquisición de equipos, y por tanto, teniendo como consecuencia adicional que el contratista DISPAC S.A. no logre cumplir con los hitos de pago que tienen asignados recursos de vigencia 2020 lo cuales pueden llegar a ser vigencias expiradas sino se logran tramitar en el transcurso del año 2021.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que debido a la pandemia generada por el COVID-19, se retrasó la suscripción del acta de inicio del contrato FAZNI GGC 721-2019 hasta octubre del año 2020, motivo por el cual la vigencia 2020 no se ejecutó a tiempo y actualmente se tiene un desfase de casi un año en la ejecución de los recursos frente al cronograma planteado al momento de la firma del contrato.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que las situaciones expuestas se deben a circunstancias ajenas al operador, este apoyo a la supervisión considera necesario la aplicación en el presente contrato del procedimiento de tesorería denominado "orden de pago valor liquido cero", puesto que esta figura permitirá que el Ministerio de Minas y Energía gire los recursos de la vigencia 2020 al encargo fiduciario a través de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional-DGCPTN- una vez se cumpla los hitos de avance de obra requeridos para dichos pagos de acuerdo a lo estipulado en el CAPITULO IV – ASPECTOS ECONOMICOS DEL CONTRATO modificado por el otrosí 2 todo aquello que da aplicación a la figura de valor liquido cero.

Finalmente, se aclara que esta solicitud de modificación no implica adición de recursos al Contrato FAZNI GGC 721 de 2019." (...)

El informe del supervisor de apoyo técnico debe ser tenido en cuenta en su integridad para todos los efectos que sustentan este memorando.

G. CONCLUSIÓN DE LA DIRECCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Efectuado el análisis y verificados los argumentos expuestos por **DISPAC S.A. E.S.P.** con soporte en el concepto de la interventoría y en la justificación técnica elaborada por el Supervisor de Apoyo Técnico del Ministerio de Minas y Energía se considera por parte de esta Dirección en calidad de supervisor del contrato, que con base en los pronunciamientos emitidos es pertinente recomendar incluir en el CAPÍTULO IV – "ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO" del FAZNI GGC 721 de 2019 modificado por la Cláusula Cuarta del Otrosí 2 el procedimiento denominado "orden de pago valor liquido cero", por las razones que pasan a exponerse:

Por situaciones externas y ajenas a las partes, se realizó el ajuste al cronograma ampliando el plazo de la actividad de Administración de la Construcción y Puesta en Operación hasta el mes de septiembre de 2022, a causa de los problemas presentados durante la ejecución de este relacionados con restricciones por COVID-19, restricciones por orden público. Así mismo el operado de red argumenta cómo posible afectación avalada por la interventoría, el no haberse logrado definir lo relacionado al equipo de medida que se utilizara al momento de realizar la instalación de las unidades solares fotovoltaicas, afectando de esta forma las actividades de adquisición de equipos y el cumplimiento del cronograma del contrato. Estas circunstancias impactan de manera directa los plazos de ejecución que se habían contemplado en el cronograma del contrato y por efecto la disponibilidad presupuestal.

Una vez evaluados por esta supervisión las condiciones actuales de ejecución del contrato y la estructuración presupuestal, en aras de que se realice un adecuado manejo de los recursos y en virtud de los pronunciamientos previos sobre el tema, se hace necesario indicar las siguientes consideraciones:

El artículo 36 de la Ley 1955 de 2019, por medio del cual se modificó el artículo 149 de la Ley 1753 de 2015, prevé que:

> *"Los recursos provenientes del Presupuesto General de la Nación transferidos a entidades financieras no podrán tener como objeto proveerlas de fondos sino atender los compromisos y obligaciones en desarrollo del objeto de las apropiaciones presupuestales.*
>
> *En consecuencia, los saldos de recursos girados a entidades financieras que no se encuentren respaldando compromisos u obligaciones del Presupuesto General de la Nación deberán ser reintegrados a la entidad estatal respectiva, de conformidad con la reglamentación que expida el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Los saldos así reintegrados podrán ser requeridos nuevamente para gastos referentes al cumplimiento de su objeto, sin que implique operación presupuestal alguna.*
>
> *(...)".*

Al respecto, se hace necesario indicar que la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional en sesión del Consejo Superior de Política fiscal-CONFIS del 19 de junio de 2020, presentó al CONFIS para su consideración el documento D.G.C.P.T.N. No. 01/2020, "Informe técnico Valor Líquido cero" (**Anexo**) en el cual se indicó que:

> *"... las apropiaciones presupuestales de cada vigencia fiscal en muchos casos atienden proyectos plurianuales o programas de gran envergadura y largo tracto, cuyo avance de obra real requiere de más de dos años, antes de empezar a recibir los bienes o servicios correspondientes.*
>
> *Con el propósito de llevar a buen término estos proyectos o programas, las Entidades Ejecutoras del Presupuesto General de la Nación registran los compromisos presupuestales dentro de la vigencia para la cual están aprobadas las respectivas apropiaciones. Lo anterior teniendo en cuenta que el artículo 89 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, habilita a las entidades para comprometer los recursos durante la vigencia fiscal respectiva, sin que ello implique el cumplimiento de un requisito de efectiva ejecución de los mismos.*
>
> *Finalizada la vigencia fiscal, sin el recibo de los bienes y servicios por la naturaleza y complejidad de los proyectos o programas cuya apropiación fue autorizada, las entidades debían constituir el rezago presupuestal de ley. Esto, considerando que continuaría la demanda de un pago futuro ante la entrega a*

satisfacción de tales bienes y servicios. Ahora bien, si transcurrido el año en que fue constituido el rezago presupuestal, el bien o servicio no era recibido, las entidades giraban lo recursos para su administración a través de negocios fiduciarios, con lo cual se efectuaba la correspondiente ejecución presupuestal.

(...) la Subdirección de Operaciones dio inicio a una serie de gestiones con el fin de examinar el estado de estos recursos y determinó una serie de procedimientos para optimizar el uso de recursos públicos, específicamente para este tipo de ejecuciones presupuestales. Como resultado de esta gestión, los procedimientos desarrollados se erigen bajo el postulado de administración eficiente de recursos (lo cual incluye un control y manejo adecuado de los mismos), en los siguientes términos:

1. A través de un mecanismo de administración transitoria de recursos a cargo de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional y no de mecanismos fiduciarios como se venía efectuando. De esta forma se propende por:

(i) Mantener disponibles los recursos cuya finalidad es la ejecución de proyectos y programas de gran envergadura para la Nación y con fines sociales; y

(ii) Evitar giros de recursos que permanecerían ociosos y generando rendimientos únicamente para las entidades fiduciarias. De esta forma, los recursos provenientes del Presupuesto General de la Nación no tienen por objeto proveer a entidades financieras de fondos, sino que el giro a estas entidades solo se realiza una vez cumplidos los requisitos del correspondiente compromiso y/o obligación que es respaldada por la apropiación presupuestal;

En tal sentido, la Dirección General de Crédito Público sólo traslada los recursos a estos mecanismos fiduciarios una vez se haga exigible el pago o se efectúe la entrega del correspondiente bien o servicio.

2. A través del control sobre los recursos de forma que no se efectúen giros de nuevos recursos mientras las entidades no hayan efectuado ejecución de aquellos que tienen disponibles. De esta forma se evita el riesgo de mantener recursos ociosos en entidades fiduciarias, y por tanto, las consecuencias negativas sobre el erario público por los sobrecostos de administración.

(...)". Subrayado fuera de texto original

Así mismo, frente al artículo 36 de la Ley 1955 de 2019, por medio del cual se modificó el artículo 149 de la Ley 1753 de 2015 señaló que:

"Como se puede observar, de lo ya descrito el tema de reintegros y control de saldos en fiducias está soportado por diferentes normas y lo que le corresponde

a la Subdirección de Operaciones, es el desarrollar los procedimientos de tesorería adecuados para lograr el fin que persiguen las leyes y decretos promulgados, tal como lo ha hecho para el reintegro de acreedores varios sujetos a devolución, el reintegro de saldos en fiducias y por último las órdenes de pago con valor liquido cero, procedimientos que son del ámbito de la tesorería y no del ejercicio presupuestal de las entidades.

También se destaca que con el desarrollo del procedimiento de tesorería denominado "orden de pago valor liquido cero" la Nación, con la administración de estos recursos, se ha visto favorecida obteniendo rendimientos financieros de alrededor de $300 mil millones de pesos anuales.

El procedimiento ha permitido el reintegro a la Nación y la administración eficiente de $7,8 billones de pesos en los últimos años, los cuales han generado unos rendimientos financieros antes citados. Adicionalmente se ha ahorrado recursos públicos por el cobro de costos de administración por parte de las Entidades Fiduciarias. En conclusión, se evitaron operaciones de endeudamiento innecesarias por un valor de $7,8 billones para financiar el Presupuesto General de la Nación con lo que se ha generado ahorros adicionales por aproximadamente $89.0 mil millones de pesos.

En ese orden de ideas, en certificación proferida por la secretaria ejecutiva del Consejo Superior de Política fiscal-CONFIS del 23 de julio de 2020, (**Anexo**) se indicó respecto a la orden de pago valor liquido cero que:

"Los miembros del CONFIS concluyeron que este procedimiento de manejo de liquidez optimiza el uso de los recursos de la Nación, pues permite la administración eficiente de los recursos del Presupuesto General de la Nación, al tiempo que respeta los compromisos presupuestales incluidos en las leyes anuales correspondientes, los contratos que celebran las entidades ejecutoras para la realización de sus proyectos y los compromisos adquiridos con los beneficiarios finales de dichos pagos, razón por la cual se recomendó aprobar la realización de los pagos con valor liquido cero pendientes para la vigencia 2019 por un valor de $353.577.316.289,00 pesos.

(...)

Con base en la presentación del documento realizado por la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, el CONFIS aprobó la solicitud señaladas en los documentos D.G.C.P.T.N No, 01/2020".

Conforme a lo anterior, el 7 de noviembre de 2020, el grupo de ejecución presupuestal del Ministerio de Minas y Energía solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público concepto indicando si con los recursos de los fondos (FAZNI, FAZNI, CUOTA DE FOMENTO Y PRONE) se podía realizar el *procedimiento de tesorería denominado "orden de pago valor liquido cero"*

Frente a esta solicitud la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió respuesta a través del oficio No. 2-2020-059030 del 12 de noviembre de 2020, (**Anexo**) indicando que:

> "*En respuesta a su solicitud nos permitimos certificar que conforme a lo aprobado en el informe técnico pagos con valor liquido cero documentos D.G.C.P.T.N. no. 01/2020 de junio de 2020 y en desarrollo del artículo 36 de la ley 1955 del 25 de mayo de 2019 por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022. "Pacto por Colombia, pacto por la equidad".*
>
> *Que dispone la administración eficiente de recursos públicos, provenientes del Presupuesto General de la Nación transferidos a entidades financieras, no podrán tener como objeto proveerlas de fondos sino atender los compromisos y obligaciones en desarrollo del objeto de las apropiaciones presupuestales.*
>
> *En consecuencia, los saldos de recursos girados a entidades financieras que no se encuentren respaldando compromisos u obligaciones del Presupuesto General de la Nación deberán ser reintegrados a la entidad estatal respectiva, de conformidad con la reglamentación que expida el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Los saldos así reintegrados podrán ser requeridos nuevamente para gastos referentes al cumplimiento de su objeto, sin que implique operación presupuestal alguna.*
>
> *Concordante con los anterior si estos requisitos son cumplidos por los Fondos Especiales (FAZNI, FAZNI, CUOTA DE FOMENTO Y PRONE) ejecutado con Recursos Nación con Situación de Fondos, a cargo de la unidad ejecutora 210101 Ministerio de Minas y energías para atender los contratos con Operadores de Energía y Gas hacía Fiducias, se podrán constituir y manejar con estos recursos las Órdenes de Pago con Valor Líquido Cero*".
>
> Subrayado fuera de texto original.

Una vez obtenido el Aval de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y los argumentos esgrimidos anteriormente, esta supervisión considera viable la aplicación del *procedimiento de tesorería denominado "orden de pago valor liquido cero"* en el contrato FAZNI GGC 721 de 2019, ya que está permitirá que el Ministerio de Minas y Energía gire los recursos de la vigencia 2020 al encargo fiduciario una vez se cumpla el hito de avance de obra requerido para dicho desembolso, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula cuarta del referido contrato.

Una vez el Operador de Red le acredite al Ministerio de Minas y Energía el cumplimiento del hito de pago, de acuerdo con lo establecido en la cláusula Cuarta del referido contrato, se solicitará a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional-DGCPTN- la autorización y giro de los recursos al encargo fiduciario.

Por lo anterior, no se modificarían los hitos de desembolso establecidos en el contrato, sin embargo, esta dirección considera procedente adicionar al Capítulo IV

"ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO" los parágrafos que a continuación se relacionan:

Se sugiere que la redacción de los parágrafos que hacen referencia a la figura de Valor Liquido Cero sea de la siguiente manera, esto en línea con las modificaciones realizadas en la Cláusula Cuarta del OTROSÍ No 2:

> ***PARÁGRAFO PRIMERO: Para los recursos FAZNI constituidos como rezago presupuestal y que no puedan ser ejecutados en la siguiente vigencia, se dará aplicación del mecanismo "Valor Líquido Cero" en concordancia con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 1955 de 2019 y en documento D.G.C.P.T.N No. 01/2020 de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, aprobado por el CONFIS en certificación del 23 de julio de 2020.***
>
> ***El supervisor deberá autorizar a través del sistema Neón la ejecución de la reserva presupuestal constituida mediante el procedimiento de tesorería "Valor Liquido cero"; con lo cual el Grupo de Gestión Financiera y Contable y el Grupo de Ejecución Presupuestal realizarán el procedimiento en SIIF NACION para el registro de la orden de pago valor liquido cero.***
>
> ***PARÁGRAFO SEGUNDO: Para el giro de los recursos al OPERADOR DE RED por la DGCPTN:***
>
> ***1. El OPERADOR DE RED deberá presentar al MINISTERIO junto con la solicitud de desembolso por medio del cumplimiento del hito respectivo de conformidad con la presente cláusula, certificación de la FIDUCIARIA en donde se establezca que en la cuenta bancaria correspondiente al proyecto en el ENCARGO FIDUCIARIO los saldos son iguales o inferiores al 20% del valor total del último desembolso realizado.***
>
> ***2. El supervisor deberá radicar ante el Grupo de Ejecución Presupuestal los documentos requisito para realizar el giro de los recursos, adjuntando adicionalmente la certificación de la FIDUCIARIA en donde se establezca que en la cuenta bancaria correspondiente al proyecto en el ENCARGO FIDUCIARIO los saldos son iguales o inferiores al 20% del valor total del último desembolso realizado, junto a la autorización y justificación del giro de los recursos al encargo fiduciario.***
>
> ***3. El Grupo de Ejecución Presupuestal remitirá a la DGCPTN los documentos citados en el numeral anterior, solicitando la autorización y tramite de giro de estos recursos.***

Se resalta en negrilla la adición que refiere a los parágrafos que se sugiere se incluyan.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El artículo 365 de la Carta Política incorpora la base constitucional frente al reconocimiento y prestación de los servicios públicos, "*en tanto inherentes a las finalidades sociales del Estado y cuya realización eficiente debe ser asegurada "a todos los habitantes del territorio nacional".* En desarrollo de este mandato, desde sus inicios esta Corporación ha señalado que la constitucionalización de la garantía efectiva de tales servicios se deriva de su innegable vínculo con la materialización de derechos fundamentales tales como la vida y la salud.

Por esta razón es importante precisar que, al llevar energía a la población, así como la normalización del servicio, son acciones tendientes a mejorar la calidad de vida de los usuarios, acciones que otorgan cumplimiento a las políticas públicas de Ministerio de Minas y Energía y el Estado y así mismo por parte de la población se origina un arraigo de sus habitantes, generando así estabilidad a las familias beneficiarias.

Según la Sentencia C-565 de 2017 *"La Corte ha entendido que la valoración constitucional de los servicios públicos se basa esencialmente en las obligaciones del Estado que se desprenden de la garantía de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. En armonía con ello, se ha resaltado la connotación eminentemente social de la prestación de tales servicios, cuya correcta ejecución se torna de la mayor relevancia constitucional dado que, "(…) por una parte, de la realización de los derechos fundamentales de las personas depende en gran medida de la adecuada prestación de los servicios públicos –p.ej. de agua, salud, saneamiento básico, energía, transporte, etc.– y, por otra, el Constituyente ha optado por una forma estatal, el Estado social de derecho, destinada a corregir la deuda social existente en el país con los sectores sociales más desfavorecidos mediante un sistema político que busca la progresiva inclusión de todos en los beneficios del progreso".*

Así mismo en la Sentencia T-189 de 2016, la Corte ha recalcado que las dificultades en el acceso al fluido eléctrico tienen consecuencias "*en la agudización de la pobreza extrema y pone a la ciudadanía en condiciones de especial vulnerabilidad".*

Por lo tanto, la prestación de servicios públicos es una carga en la cual el Estado debe coadyuvar como garante de los derechos fundamentales de sus ciudadanos y ciudadanas. El acceso, la eficiencia, la eficacia, la calidad y la cobertura en la prestación de servicios públicos hacen parte de los mandatos perentorios que se imponen al Estado por normas constitucionales e internacionales asociadas a la garantía de la vivienda digna.

En ese sentido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha referido a la necesidad de garantizar "*los servicios"* para hacer efectivo el derecho a la "vivienda adecuada", de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, especialmente, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, intérprete autorizado del PIDESC, en su Observación General Nº 4 estableció que el concepto de "adecuación".

Respecto de la modificación del Contrato Estatal, resulta aplicable el régimen general del Estatuto de Contratación. Es así como el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, consagra el mandato de dirección general del contrato por parte de la entidad Estatal, encaminada a cumplir su finalidad, y adicionalmente, el artículo 40 de esta misma ley, establece "*Las entidades podrán celebrar* ***los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales****. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración*." (Resaltado fuera de texto).

La dirección general del contrato comprende la facultad y el deber de ejercer el control y vigilancia de su ejecución, y de realizar las actuaciones preventivas necesarias para que se cumpla su finalidad y objeto. En este sentido, al tenor del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, las partes podrán realizar los acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y que requieran el cumplimiento de los fines estatales. En este sentido, se considera que es procedente la modificación al contrato basado en la autonomía de la voluntad de las partes, ello, aunado a que el objeto final de este contrato conllevará al cumplimiento de uno de los fines estatales, como lo es el acceso y normalización del servicio de energía eléctrica.

La justificación de este poder radica en el hecho de que la Administración no puede legalmente desentenderse de su ejecución y, por ende, su competencia es irrenunciable y obligatoriamente ejercida mediante instrucciones, acuerdos o sanciones. A la entidad Estatal le interesa primordialmente el fin último del contrato, y asegurar su cumplimiento. Así, debe asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación del servicio público a su cargo, con el fin de evitar su paralización y su afectación grave, lo cual la obliga a controlar y vigilar su ejecución y, si es el caso, a introducir las modificaciones que sean necesarias.

De cara al asunto que se examina, el **Contrato Interadministrativo FAZNI GGC – 721 de 2019**, dispuso en cuanto a su modificación:

> *"Modificación del Contrato*
> *El contrato junto con sus Apéndices no podrá ser modificado sino por acuerdo escrito debidamente firmado por representantes autorizados de las Partes y con el cumplimiento de los requisitos que impone la Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en cuanto a la modificación unilateral del mismo por parte de MME en los términos de este contrato y la Ley Aplicable."*

Como se puede observar de los presupuestos citados, contractualmente se estipuló dentro del clausulado que el acuerdo entre las partes será una de las formas válidas de modificar el contrato, tal acontecer deviene en procura de la satisfacción del interés público y con el objetivo de realizar todas las acciones necesarias para dar

cumplimiento al objeto del contrato estatal que, en este caso, está referido a la efectiva prestación del servicio público y la satisfacción de la comunidad.

Para finalizar es importante manifestar lo siguiente:

1. Que el Contrato se encuentra vigente, razón por la cual es jurídicamente viable realizar la modificación aquí expuesta.
2. Que las Pólizas contractualmente exigidas se encuentran vigentes.
3. Que los documentos anexos a la solicitud del Operador de Red fueron debidamente verificados.
4. Que la modificación realizada no implica adición alguna de recursos FAZNI, ni modificación de hitos contractuales ni aceptación de ninguna otra solicitud diferente a la mencionada y tramitada.

Por lo anteriormente expuesto, esta supervisión avala como necesaria y pertinente la adición al CAPÍTULO IV ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO modificado por la Cláusula Cuarta del Otrosí No. 2 del ***CONTRATO FAZNI GGC 721 de 2019***, en los términos anteriormente recomendados.

Cordialmente,

Luis Julián Zuluaga López
Director
Dirección de Energía Eléctrica

Documento firmado electrónicamente amparado en las disposiciones referidas por la Ley 527 de 1999.
Radicado Padre: 1-2021-045890
Anexos: Concepto interventoría, solicitud OR, informe técnico y soportes legales

Elaboró: ELCY ESPERANZA RODRIGUEZ ARIAS
Reviso: Sebastian Avila Bermudez, Guillermo José Arcila Soto, Carlos Arturo Rodríguez Castrillón
Aprobó: Luis Julián Zuluaga López