Código Dependencia: 3204
Acceso: Reservado (), Público (x), Clasificado ().

Memorando

Bogotá, D.C.

PARA: Claudia Liliana Martínez Melo
Grupo De Gestión Contractual

DE: Grupo de Supervisión

ASUNTO: Solicitud de modificación del literal b y c de la Cláusula Décima del Contrato de Interventoría GGC 433 de 2020

En atención a la solicitud de la interventoría CONSORCIO INTER-FAZNI E&P 2020, radicada en el ministerio bajo el No. 1-2021-047273 el 25 de noviembre de 2021 **(anexo 1)**, la cual se motiva bajo los mismos fundamentos que sustentan el memorando 3-2021-022667 emitido con el objeto de dar viabilidad a la ejecución presupuestal al contrato FAZNI GGC 816 de 2019 (**Anexo 2)**. Por lo que se solicita adelantar el trámite que permita modificar el literal b y c de la Cláusula Décima del Contrato de Interventoría GGC 433 de 2020 – Lote 09, la cual de igual manera es soportada con el informe de la supervisión de apoyo técnico del Ministerio de Minas y Energía (**Anexo 3**), previo a las siguientes consideraciones:

A. ANTECEDENTES CONTRACTUALES

1. Que el 20 de agosto de 2020 el Ministerio de Minas y Energía, y el contratista, suscribieron el Contrato de Interventoría GGC 433 De 2020 – Lote 9, cuyo objeto es*: "El alcance del objeto de este Contrato consiste en contar con una Interventoría integral que controle, verifique y vigile la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista que ejecute el Proyecto de "IMPLEMENTACIÓN DE SOLUCIONES ENERGÉTICAS CON SSFVA PARA 282 VIVIENDAS DE LA ZONA RURAL EN EL DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER", viviendas que se encuentran distribuidas en las veredas establecidas en el ítem 15 del anexo 9 de este documento. Para tales efectos, el Interventor deberá realizar todas las acciones tendientes al cabal cumplimiento del Contrato de Interventoría, de acuerdo con las mejores prácticas técnicas y administrativas usuales en proyectos de esta naturaleza, lo que incluye la utilización de las facultades, el cumplimiento de las obligaciones y la ejecución de las revisiones, las verificaciones y los controles señalados en la Cláusula de obligaciones del contrato de interventoría, además de las previstas en el Pliego de Condiciones, y en todas aquellas disposiciones que se desprendan del presente Contrato, o las que se deriven*

de la naturaleza del mismo o durante el curso del proceso de contratación.”.

2. Que mediante **Acta De Inicio** de fecha 22 diciembre de 2020, se dio inicio a la ejecución de las actividades del CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC 433 Lote 09 de 2020.

3. La Cláusula Octava. Plazo, establece que el **plazo de ejecución** para este lote será de dieciocho (18) meses, contado a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución.

4. La Cláusula Décima Tercera **establece el valor** que el MINISTERIO se compromete a pagar en el presente contrato por este lote es la suma de QUINIENTOS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO DIEZ PESOS MCTE **(**$ 500.358.110**)** incluido IVA, se subordina a la disponibilidad de recursos contenidos en el Programa Anual de Caja (PAC), respaldado en los correspondientes CDP N° 3720 del 13 de febrero de 2020 y el certificado de vigencias futuras con radicado No. 2-2020-01237 del 3 de abril de 2020, distribuidos así:

Vigencia	**Valor**
Año 2020	$ 200.143.244
Año 2021	$ 150.107.433
Año 2022	$ 150.107.433

5. Por **Acta de suspensión No. 1 y Otrosí 5 prorroga** de fecha 2 de junio de 2021 se suspende el contrato FAZNI No. GGC 816 DE 2019 y por consiguiente se suspende el CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC 433 DE 2020 mediante suspensión No. 1 de fecha 3 de junio de 2021 hasta el 1 de julio de 2021.

6. Por Acta de **suspensión No. 2** de fecha 23 de agosto de 2021, se suspende el contrato FAZNI No. GGC 816 DE 2019 y por consiguiente se suspende el CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC 433 DE 2020 mediante suspensión No. 2 de fecha 24 de agosto de 2021 hasta el 21 de septiembre de 2021.

7. Por Acta de **prórroga suspensión No. 2** de fecha 21 de septiembre de y por consiguiente 2021, se prórroga la suspensión del contrato FAZNI No. GGC 816 DE 2019 se prórroga la suspensión del CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC 433 DE 2020 mediante prórroga a la suspensión No. 2 de fecha 21 de septiembre de 2021 hasta el 21 de octubre de 2021.

8. Que este contrato se encuentra garantizado mediante la póliza de seguro de cumplimiento No. 65-44-101186930 expedida por seguros del estado y la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual No. 65-40-101053830 expedida por Seguros del Estado.

9. Que con base en el memorando número 3-2021-022667 el 24 de fecha noviembre de 2021, la interventoría CONSORCIO INTER-FAZNI E&P 2020 solicitó lo siguiente:

B. SOLICITUD DEL INTERVENTOR

En atención al CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC 433 DE 2020, - LOTE 09 el **CONSORCIO INTER-FAZNI E&P 2020** emite formalmente solicitud mediante comunicación P13E-MINMINAS-L9-0074-2020en la que señala:

Se transcribe literalmente, incluso los posibles errores:

(...) "En calidad de Representante Legal del CONSORCIO INTER FAZNI E&P 2020, solicito de la manera más respetuosa al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, realizar los trámites internos ante el Grupo de Gestión Contractual de la entidad para efectos de modificar la CLÁUSULA DÉCIMA del CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC 433 DE 2020 - LOTE 9, correspondiente a la forma de pago, con fundamento en los argumentos que se exponen a continuación:

1- <u>Desplazamiento de los Cronogramas Contractuales objeto de Interventoría por efecto de Hechos Constitutivos de Fuerza Mayor:</u>

Como es de su conocimiento por tratarse de hechos notorios de público conocimiento, la ejecución de los contratos FAZNI objeto de Interventoría, entre ellos el CONTRATO INTERADMINISTRATIVO FAZNI No. 816 DE 2019, se ha visto impactada de manera por la ocurrencia de hechos ajenos a la responsabilidad de la Interventoría, tales como el Paro Nacional, que dio lugar a situaciones adversas de orden público en la zona de influencia del Proyecto, lo que afecto el normal desarrollo del contrato, aunado a las diferencias en la interpretación de las especificaciones técnicas de los equipos que integran las SSFV y la falta de respuesta de la entidad encargada de la aprobación de los usuarios en sustitución (IPSE), circunstancias que impactaron la ejecución de las actividades No. 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de la ETAPA PREVIA y por ende el inicio de la ETAPA DE INSTALACIÓN en la fecha establecida, hechos que no son atribuibles al Contratista.

Las anteriores circunstancias han dado lugar a prórrogas y suspensiones del contrato generándose desplazamiento de las fechas de cumplimiento de las actividades que componen el cronograma del CONTRATO INTERADMINISTRATIVO FAZNI No. 816 DE 2019, objeto de Interventoría.

Dentro de éste contexto, los hechos anteriormente descritos afectaron de manera significativa la planeación presupuestal que se tenía prevista por parte de la entidad contratante para la atención de los pagos correspondientes al CONTRATO INTERADMINISTRATIVO FAZNI No. 816 DE 2019 y en consecuencia, dicha afectación impacta la forma de pago del CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. 433 DE 2020 - LOTE 9 dado que los pagos de ésta última se encuentran íntimamente relacionados con el cumplimiento de los hitos exigidos para el contratista de conformidad con lo dispuesto en la cláusula décima "FORMA DE PAGO AL ENCARGO FIDUCIARIO" en los siguientes términos:

> *"Los pagos a la cuenta del encargo fiduciario serán realizados de la siguiente manera, en cada uno de los contratos que resulten del presente proceso de selección:*

a. Primer pago a título de pago anticipado, equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, una vez el MME apruebe i) las garantías establecidas en el presente Contrato; ii) apruebe la garantía única de cumplimiento del Contrato FAZNI respecto del cual realiza interventoría; y iii) se constituya el Encargo Fiduciario por parte del interventor según lo indicado en el/los Contrato(s) de interventoría y iv) se suscriba el Acta de inicio del contrato.

b. Segundo pago equivalente al diez por ciento (10%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) el Interventor certifique que el/los Contratista(s) FAZNI presentó(aron) al supervisor del contrato el certificado de adquisición y/o nacionalización de los equipos que serán suministrados e instalados en desarrollo del Proyecto respectivo, avalado por la interventoría, y ii) cuando el supervisor del contrato apruebe a satisfacción el respectivo Informe Mensual de Interventoría que se presente para el periodo en el cual se tramita el pago de acuerdo con lo establecido en el Contrato de interventoría respectivo.

c. Tercer pago equivalente al quince por ciento (15%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) el Interventor certifique que el/los Contratista(s) FAZNI presentó(aron) al supervisor del contrato el avance mínimo del cuarenta por ciento (40%) de ejecución de las Obras; ii) cuando el supervisor del contrato apruebe a satisfacción el respectivo Informe Mensual de Interventoría que se presente para el periodo en el cual se tramita el pago de acuerdo con lo establecido en el presente Contrato.

d. Cuarto pago equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) el Interventor certifique que el/los Contratista(s) FAZNI presentó(aron) al supervisor del contrato el avance mínimo del sesenta por ciento (60%) de ejecución de las Obras; y ii) cuando el supervisor del contrato apruebe a satisfacción el respectivo Informe Mensual de Interventoría que se presente para el periodo en el cual se tramita el pago de acuerdo con lo establecido en el Contrato de interventoría respectivo.

e. Quinto pago equivalente al quince por ciento (15%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) el interventor demuestre que el/los Contratista(s) FAZNI presentó(aron) al MME el avance del ochenta por ciento (80%) de ejecución de las Obras; ii) cuando el Ministerio apruebe a satisfacción el respectivo Informe Mensual de Interventoría que se presente para el periodo en el cual se tramita el pago de acuerdo con lo establecido en el presente Contrato.

f. Sexto pago equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato de interventoría respectivo, cuando i) el Interventor presente el Acta de recibo a satisfacción suscrita con el/los Contratista(s) FAZNI y el supervisor del MME con e avance del cien por ciento (100%) de ejecución de las Obras; ii) cuando el supervisor del contrato apruebe a satisfacción el Informe Final de Interventoría de acuerdo con lo establecido en el Contrato de interventoría respectivo."

De otra parte la cláusula decima tercera del CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC 433 DE 2020 establece lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. SUJECIÓN DE LOS PAGOS: El valor que EL MINISTERIO se compromete a pagar en el presente contrato por este lotees la suma de QUINIENTOS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO DIEZ PESOS MCTE ($ 500.358.110)incluido IVA, se subordina a la disponibilidad de recursos contenidos en el Programa Anual de Caja (PAC), respaldado en los correspondientes CDP N° 3720 del 13 de febrero de 2020 y el certificado de vigencias futuras con radicado No. 2-2020-01237 del 3 de abril de 2020,distribuidos así:

VIGENCIA	*VALOR*
AÑO 2020	*$200.143.244*
AÑO 2021	*$150.107.433*
AÑO 2022	*$150.107.433*

2- *Coligación Negocial del Contrato de Obra y el Contrato de Interventoría*

Con comunicados No. 20211030050729 del 03 de noviembre de 2021 y No. 20211030052391 del 11 de noviembre de 2021, el contratista CENS S.A. E.S.P., puso en conocimiento a la Interventoría, que, por hechos ajenos a su voluntad ya referidos, los desembolsos asociados a la ETAPA DE INSTALACIÓN no podrían realizarse en la vigencia 2021, por lo cual solicita que dicha circunstancia sea considerada por la Entidad Contratante y se ajusten las vigencias del presupuesto del contrato. Así las cosas mediante comunicado No. P13E-MINMINAS-L9-0072-2020 (Radicado No. 1-2021-046509 del 22 de noviembre de 2021 - 11:28), esta interventoría recomendó a la Entidad Contratante tomar las medidas pertinentes, así:

> *"(...) Por lo anteriormente expuesto, esta Interventoría infiere que las suspensiones y prórrogas ya referidas han llevado a desplazar los términos contractuales inicialmente pactados, específicamente la terminación de la ETAPA PREVIA y el Inicio de la ETAPA DE INSTALACIÓN, por lo cual la oportuna ejecución de los recursos se ha visto afectada y como consecuencia de ello los recursos asignados para hacer ejecutados a la vigencia 2021 no podrán ser desembolsados en lo que resta del año en curso.*
>
> *Por lo anterior, se recomienda a la entidad contratante adoptar de manera oportuna las medidas administrativas y presupuestales pertinentes de acuerdo a la normatividad y las directrices vigentes en aras de prevenir la expiración de las vigencias y garantizar la ejecución del contrato en condiciones de liquidez y en beneficio de las comunidades beneficiadas."*

En Sentencia de la Sala de Casación Civil del 1º de junio de 2009, del Magistrado Ponente William Namén Vargas, se propusieron nuevos elementos de configuración de la coligación negocial en los siguientes términos:

> *"La coligación, unión, vinculación, articulación, coordinación o conexidad negocial describe hipótesis heterogéneas atañederas a una pluralidad de relaciones jurídicas, distintas, autónomas e independientes, con su propia individuación, disciplina y función, vinculadas por un nexo funcional o teleológico para la obtención de un resultado práctico, social o económico único, cuya estructura exige una serie de pactos constantes, ab origene (en el origen) e in fine (en su fin), y la unión funcional o teleológica de los actos dispositivos."*

Por su parte, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

> *"La doctrina en casos como el presente, bajo la denominación de coligación negocial ha explicado la interdependencia que entre dos contratos se establece, la cual puede ser voluntaria, cuando específicamente se ha hecho depender un contrato del otro por la común intención expresa de las partes, o funcional, cuando resulta de la unidad de la función perseguida, es decir, cuando las diferentes relaciones contractuales tienden a realizar un fin práctico único, de acuerdo con el significado objetivo de la operación social y económica. Los efectos que la coligación origina no obedecen a prescripciones legales específicas de los tipos contractuales, sino a la interpretación de la común intención de los contratantes y de la función práctica del negocio. La interdependencia de las relaciones es, como su nombre lo indica, recíproca, en el sentido que la suerte de cada contrato está condicionada a la del otro."*

Dentro de éste contexto se evidencia que entre el contrato de Interventoría y el contrato de obra objeto de vigilancia se configura una coligación negocial que implica que las modificaciones realizadas sobre las condiciones de ejecución del contrato supervisado impacten de manera sustancial el alcance y condiciones del contrato de interventoría, de tal forma que deban ser ajustados de manera homogénea garantizando el equilibrio contractual y cumplimiento de la finalidad del contrato estatal en óptimas

condiciones, ajustándose el contrato de interventoría a las nuevas necesidades del contrato que le da origen.

SOLICITUD

Teniendo en cuenta los motivos de fuerza mayor anteriormente expuestos que afectan el flujo de caja de la Interventoría y la disponibilidad oportuna de los recursos necesarios para la ejecución del contrato, se solicita al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA en aras de conservar el equilibrio económico de la relación contractual, modificar el literal b) de la cláusula décima del CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC 433 DE 2020 - LOTE 9, modificando el segundo y tercer pago en los siguientes términos:

> *b. Segundo pago equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) el Interventor certifique que el/los Contratista(s) FAZNI presentó(aron) al supervisor del contrato el certificado de adquisición y/o nacionalización de los equipos que serán suministrados e instalados en desarrollo del Proyecto respectivo, avalado por la interventoría, y ii) cuando el supervisor del contrato apruebe a satisfacción el respectivo Informe Mensual de Interventoría que se presente para el periodo en el cual se tramita el pago de acuerdo con lo establecido en el Contrato de interventoría respectivo.*
>
> *c. Tercer pago equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) el Interventor certifique que el/los Contratista(s) FAZNI presentó(aron) al supervisor del contrato el avance mínimo del cuarenta por ciento (40%) de ejecución de la Obras, y ii) cuando el supervisor del contrato apruebe a satisfacción el respectivo Informe Mensual de Interventoría que se presente para el periodo en el cual se tramita el pago de acuerdo con lo establecido en el Contrato de interventoría respectivo.” (...)*

En esta transcripción fueron eliminados los pies de página. Para todos los efectos se debe tener en cuenta la solicitud de la interventoría de manera integral.

C. ESTADO FINANCIERO Y PRESUPUESTAL

Se presenta el estado financiero del CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC 433 de 2020 LOTE 09 en atención a la información reportada en el informe del profesional de apoyo técnico, así:

“se presenta el estado financiero del CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC 433 DE 2020 LOTE 9 - 2019-FAZNI-420-VARIOS NORTE DE SANTANDER:

FACTURACIÓN CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC 433 DE 2020			
ÍTEM	DESCRIPCIÓN	VALOR INCLUIDO IVA 19%	OBSERVACIONES
1	Primer pago a título de pago anticipado, equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, una vez el MME apruebe i) las garantías establecidas en el presente Contrato; ii) apruebe la garantía única de cumplimiento del Contrato FAZNI respecto del cual realiza interventoría; y iii) se constituya el Encargo Fiduciario por parte del interventor según	**$ 100.071.622**	*Pendiente de desembolso* *(Pago anticipado por el 20% del valor total del contrato).*

	lo indicado en el/los Contrato(s) de interventoría y iv) se suscriba el Acta de inicio del contrato.		
VALOR FACTURADO A LA FECHA		**$ 100.071.622**	Ejecutado a la fecha 20%
VALOR TOTAL DEL CONTRATO		**$ 500.358.110**	
VALOR PENDIENTE POR FACTURAR		**$ 400.286.488**	

Tabla 1 Estado Financiero CONTRATO INTERVENTORÍA No. GGC 433-L09 DE 2020

PRIMER PAGO A TÍTULO DE PAGO ANTICIPADO

El CONSORCIO INTER-FAZNI E&P 2020 radicó ante el Ministerio de Minas y Energía el 23 de diciembre de 2020, mediante comunicación "No. P13E-MINMINAS-L9-0004-2020 RADICACIÓN FACTURA PRIMER PAGO A TÍTULO DE PAGO ANTICIPADO – CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC-433 DE 2020 – LOTE 9 – VARIOS NORTE DE SANTANDER" (Radicado No. 1-2020-059532), la factura del primer pago a título de pago anticipado como lo establece el CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC-433 de 2020, previo cumplimiento de los requisitos correspondientes, por un valor de CIEN MILLONES SETENTA Y UN MIL SEISCIENTOS VEINTIDÓS PESOS MCTE ($100.071.622).

1. ENCARGO FIDUCIARIO

El CONSORCIO INTER-FAZNI E&P 2020 constituyó el CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS celebrado entre BBVA ASSET MANAGMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA, el 22 de octubre de 2020, en cumplimiento de la establecido en el CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC 433 de 2020.

ENTIDAD	NUMERO DE CUENTA	ESTADO
BBVA COLOMBIA	091-284299	ACTIVA

Tabla 21 Datos Encargo Fiduciario CONTRATO INTERVENTORÍA No. GGC 433 DE 2020"

D. EJECUCIÓN DEL CONTRATO

El profesional de apoyo técnico indica en su informe sobre la ejecución del contrato de interventoría:

Del informe de la supervisión de apoyo técnico:

"De acuerdo al informe de la interventoría, el proyecto tiene un total de 282 usuarios de los cuales el contratista ha realizado 282 visitas de replanteo (100%). De los puntos visitados, se remitieron a la interventoría 282 informes de replanteo, de los cuales se aprobaron 201, y se enviaron al IPSE 81 usuarios nuevos para sustitución. El día 21 de octubre de 2021 el IPSE emitió la respuesta donde validada los 81 usuarios en sustitución. El proyecto queda con un total de 281 usuarios validaos y aprobados por la interventoría.

De acuerdo con el cronograma de obra, y teniendo en cuenta la fecha de corte del presente informe, correspondiente al 31 de octubre de 2021, el contrato de obra registra un atraso del 6.18%.

Avance de ejecución ponderado programado (%)	Avance de ejecución ponderado (%)	ATRASO
15%	11%	**4%**

Avance programado y ponderado de acuerdo con cronograma del Contrato de obra GGC 816 de 2019"

E. JUSTIFICACIÓN DEL SUPERVISOR DE APOYO TÉCNICO FRENTE A LA SOLICITUD DEL INTERVENTOR

Dado que la modificación del hito de pago del contrato de interventoría GGC No. 433 de 2020 LOTE 09, está ligada al avance de ejecución del contrato principal en su etapa de instalación es el supervisor de apoyo técnico luego de un análisis quien determina la viabilidad de la modificación propuesta por lo tanto en su informe de supervisión emite concepto favorable en los siguientes términos:

En el informe técnico de apoyo a la supervisión se concluye que:

"Analizados los argumentos y validados los anexos presentados por el contratista y la interventoría, el apoyo a la supervisión técnica resalta los siguientes hechos:

En concordancia con los argumentos previamente mencionados, se evidencia que la solicitud de modificación se encuentra debidamente justificada y soportada, ya que también se ve afectado el contrato de la interventoría FAZNI GGC 433-L09- 2020, puesto que los pagos están ligados al avance de obra.

Debido a lo anterior se recomienda modificar la CLAUSULA DECIMA, "FORMA DE PAGO AL ENCARGO FIDUCIARIO literal B y C del contrato FAZNI GGC 433-L09-2020 de la siguiente manera:

> *B. Segundo pago equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) el interventor certifique órdenes de compra de*

equipos principales (paneles solares, baterías, controlador e inversor) presentadas por el/los Contratista(s) FAZNI y que relacionen los equipos adquiridos, que serán suministrados e instalados en el desarrollo del proyecto respectivo; ii) cuando el supervisor del contrato apruebe a satisfacción el respectivo informe mensual de interventoría que se presente para el periodo en el cual se tramita el pago de acuerdo con lo establecido en el contrato de interventoría respectivo.

C. Tercer pago equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) El Interventor certifique que el Contratista FAZNI tiene un avance del cuarenta por ciento (40%) de ejecución de las Obras; ii) cuando el supervisor del contrato apruebe a satisfacción el respectivo Informe Mensual de Interventoría que se presente para el periodo en el cual se tramita el pago de acuerdo con lo establecido en el presento Contrato.

Finalmente, se aclara que esta solicitud de modificación no implica adición de recursos al Contrato FAZNI GGC 433-L09-2020." (...)

El informe del supervisor de apoyo técnico debe ser tenido en cuenta en su integridad para todos los efectos por ser el soporte a las modificaciones que avalan el presente memorando.

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

Efectuado el análisis y verificados los argumentos expuestos por la interventoría CONSORCIO INTER-FAZNI E&P 2020 y con fundamento en la justificación técnica elaborada por el Supervisor de Apoyo Técnico del Ministerio de Minas y Energía en la cual no encuentra objeción a la solicitud de la interventoría y dado que jurídicamente es admisible la modificación del contrato FAZNI GGC 433 Lote 09, recomendamos proceder a la modificación del *literal b y c de la CLAUSULA DECIMA. FORMA DE PAGO AL ENCARGO FIDUCIARIO* del "*DOCUMENTO COMPLEMENTARIO CONTRATO DE INTERVENTORÍA GGC 433 DE 2020 – LOTE 09 - CELEBRADO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y CONSORCIO INTER-FAZNI E&P 2020.*" el cual actualmente dispone:

(...)"

b. Segundo pago equivalente al diez por ciento (10%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) el Interventor certifique que el/los Contratista(s) FAZNI presentó(aron) al supervisor del contrato el certificado de adquisición y/o nacionalización de los equipos que serán suministrados e instalados en desarrollo del Proyecto respectivo, avalado por la interventoría, y ii) cuando el supervisor del contrato apruebe a satisfacción el respectivo Informe Mensual de Interventoría que se presente para el periodo en el cual se tramita el pago de acuerdo con lo establecido en el Contrato de interventoría respectivo.

c. Tercer pago equivalente al quince por ciento (15%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) el Interventor certifique que el/los Contratista(s) FAZNI presentó(aron) al supervisor del contrato el avance mínimo del cuarenta por ciento (40%) de ejecución de las Obras; ii) cuando el supervisor del contrato aprue-

be a satisfacción el respectivo Informe Mensual de Interventoría que se presente para el periodo en el cual se tramita el pago de acuerdo con lo establecido en el presente Contrato."(...)

Esta modificación también encuentra como sustento el memorando radicado No. 3-2021-022667 del 24 de noviembre de 2021, mediante el cual se fundamenta la viabilidad de la revisión a la ejecución presupuestal del contrato principal FAZ-NI GGC 816 de 2019, por las razones que se exponen a continuación:

(...) ***"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. 816 de 2019, al indicar:

El apoyo técnico de la supervisión concluye que:

(...) "Analizados los argumentos y validados los anexos presentados por CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P CENS S.A. E.S.P y la interventoría, el apoyo a la supervisión técnica resalta los siguientes hechos:

a) Se analizó la información enviada por la CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P CENS S.A. E.S.P y validada por la interventoría, para revisar la ejecución presupuestal del Contrato FAZNI GGC No. 816 de 2019, teniendo en cuenta que a la fecha, CENS S.A. E.S.P., presentó a la interventoría las especificaciones técnicas de los equipos principales del proyecto (paneles solares, baterías, controlador de carga e inversor); sin embargo, la interventoría no ha dado la aprobación definitiva de especificaciones técnicas de los equipos, dado que el CENS se encuentra en proceso de contratación de su subcontratista.

b) La interventor solicitó adoptar de manera oportuna las medidas administrativas y presupuestales pertinentes de acuerdo a la normatividad y las directrices vigentes en aras de prevenir la expiración de las vigencias y garantizar la ejecución del contrato en condiciones de liquidez y en beneficio de las comunidades beneficiadas, dado que los pagos corresponden a recursos con vigencias 2020 y que sin la definición de los equipos principales, mencionados en el anterior párrafo, no se lograrán los hitos de pago en lo que resta del año 2021; 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 objeto del contrato de la referencia, y no se ponga en riesgo la continuidad de las obras y se eviten así retrasos en el desarrollo del proyecto.

9. RECOMENDACIÓN

De conformidad con lo indicado anteriormente, la supervisión técnica de apoyo recomienda adelantar los trámites pertinentes ante el Grupo de Gestión Contractual para modificar el CAPITULO IV – ASPECTOS ECONOMICOS DEL CONTRATO numeral 4.4, literales la cláusula cuarta del Contrato FAZNI GGC No. 816 de 2019 y modificado mediante el otrosí número 2.

En concordancia con los argumentos previamente mencionados, se evidencia que la solicitud de modificación se encuentra debidamente justificada y soportada, dada la suspensión del contrato por los hechos constitutivos de fuerza Mayor generados por el Paro Nacional, que ha dado lugar a que se presenten situaciones adversas de orden público en la zona de influencia del Proyecto, que han venido afectando el normal desarrollo del contrato. La suspensión se da desde el 2 de junio de 2021 realiza la suspensión del contrato hasta el día primero (01) de julio de 2021, desde el 23 de agosto de 2021 realiza la suspensión del contrato hasta el 21 de octubre de 2021, lo cual afecto la ejecución normal del cronograma del contrato en las actividades de la etapa previa y las actividades de adquisición de equipos. Por tanto, teniendo como consecuencia adicional que CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P CENS S.A. E.S.P no logre cumplir con los hitos de pago que tienen asignados recursos de vigencia 2020 lo cuales pueden llegar a tener una afectación presupuestal.

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 816-2019 hasta el mes de diciembre del año 2020 y se dificulto el desplazamiento del personal del contratista para realizar el replanteo en terreno, 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 contratista, 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 desembolsos 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.

Se aclara que esta solicitud de adición al capítulo IV "ASPECTOS ECONOMICOS DEL CONTRATO", del contrato FAZNI GGC 816 de 2019 no generará costos adicionales para el contrato." (...)

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

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

Efectuado el análisis y verificados los argumentos expuestos por CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P CENS 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 816 de 2019 modificado por la Cláusula Quinta 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 agosto de 2022, a causa de los problemas presentados durante la ejecución de este relacionados con restricciones por COVID-19. Así mismo, la interventoría argumenta cómo posible afectación las suspensiones que se han dado por efecto del Paro Nacional y que no permitieron la ejecución de las actividades en la zona de influencia del proyecto. De otra parte, argumentan el no haber logrado definir lo relacionado con las especificaciones mínimas aplicables a los equipos mayores que se adquirirán para la instalación de las soluciones solares fotovoltaicas. Estas circunstancias impactaron 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 816 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 quinta del referido otrosí 2 y del Capítulo IV del 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 Quinta del otrosí 2 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 Quinta 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 – 816 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 Quinta del Otrosí No. 2 del **CONTRATO FAZNI GGC 816 de 2019**, en los términos anteriormente recomendados." (...)*

En atención a lo anterior esta dirección considera procedente recomendar acceder a la solicitud de cambio de hito del Contrato de interventoría No. GGC 433 DE 2020 -

LOTE 09, dada la coligación negocial existente entre los dos contratos de conformidad con lo manifestado por la normatividad y la Jurisprudencia reciente en los siguientes términos:

- *En Sentencia de la Sala de Casación Civil del 1º de junio de 2009, del Magistrado Ponente William Namén Vargas, se propusieron nuevos elementos de configuración de la coligación negocial en los siguientes términos:*

"La coligación, unión, vinculación, articulación, coordinación o conexidad negocial describe hipótesis heterogéneas atañederas a una pluralidad de relaciones jurídicas, distintas, autónomas e independientes, con su propia individuación, disciplina y función, vinculadas por un nexo funcional o teleológico para la obtención de un resultado práctico, social o económico único, cuya estructura exige una serie de pactos constantes, ab origene (en el origen) e in fine (en su fin), y la unión funcional o teleológica de los actos dispositivo<s."

- *Por su parte, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:*

"la doctrina en casos como el presente, bajo la denominación de coligación negocial ha explicado la interdependencia que entre dos contratos se establece, la cual puede ser voluntaria, cuando específicamente se ha hecho depender un contrato del otro por la común intención expresa de las partes, o funcional, cuando resulta de la unidad de la función perseguida, es decir, cuando las diferentes relaciones contractuales tienden a realizar un fin práctico único, de acuerdo con el significado objetivo de la operación social y económica. Los efectos que la coligación origina no obedecen a prescripciones legales específicas de los tipos contractuales, sino a la interpretación de la común intención de los contratantes y de la función práctica del negocio. La interdependencia de las relaciones es, como su nombre lo indica, recíproca, en el sentido que la suerte de cada contrato está condicionada a la del otro..."

Es claro qué entre el contrato de Interventoría No. GGC 433 DE 2020 - LOTE 09 y el Contrato FAZNI No. GGC 816 DE 2019 objeto de vigilancia se configura una coligación negocial que implica que las modificaciones realizadas sobre las condiciones de ejecución del contrato supervisado impacten de manera directa el alcance y condiciones del contrato de interventoría, de tal forma que deban ajustarse con el objeto de conservar un equilibrio contractual, en tal sentido y para que no haya efectos adversos por las constancias que se mencionan en el memorando 3-2021-022667 y bajo criterio avalado por el supervisor de apoyo técnico del Ministerio y las norma jurídica que permiten las modificaciones contractuales se observa viable, recomendar proceder a la modificación del hito contemplado en el ***literal b y c de la CLAUSULA DECIMA. FORMA DE PAGO AL ENCARGO FIDUCIARIO*** del contrato de interventoría No. GGC 433 DE 2020 - LOTE 09, para lo cual esta supervisión sugiere que la redacción sea la siguiente de acuerdo con las circunstancias argumentadas:

(...) **CLÁUSULA DÉCIMA. FORMA DE PAGO AL ENCARGO FIDUCIARIO:** El Ministerio girará al encargo fiduciario los recursos correspondientes a los pagos que se generen dentro de los Contratos de Interventoría.

Para el encargo fiduciario de interventoría, se seguirán las siguientes reglas especiales: i) El INTERVENTOR o FIDEICOMITENTE será el encargado de dar instrucciones a la Fiduciaria para el uso de estos recursos. ii) Los recursos remanentes del encargo fiduciario, serán manejados por el interventor o Fideicomitente, sin embargo en caso de que deban ser devueltos a la entidad contratante, la entidad fiduciaria deberá devolverlos al Tesoro Nacional de acuerdo con las instrucciones que entregue el Supervisor del contrato designado por el Ministerio.. iv) Los costos generados el manejo del Encargo Fiduciario estarán a cargo del Interventor o fideicomitente, entre ellos los costos financieros y transferencias bancarias; v) La totalidad de los recursos girados al encargo fiduciario, se enviarán a una cuenta bancaria exclusiva para el desarrollo del objeto de cada contrato de interventoría.

Los pagos a la cuenta del encargo fiduciario serán realizados de la siguiente manera, en cada uno de los contratos que resulten del presente proceso de selección:

a. Primer pago a título de pago anticipado, equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, una vez el MME apruebe i) las garantías establecidas en el presente Contrato; ii) apruebe la garantía única de cumplimiento del Contrato FAZNI respecto del cual realiza interventoría; y iii) se constituya el Encargo Fiduciario por parte del interventor según lo indicado en el/los Contrato(s) de interventoría y iv) se suscriba el Acta de inicio del contrato.
b. Segundo pago equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) el interventor certifique órdenes de compra de equipos principales (paneles solares, baterías, controlador e inversor) presentadas por el/los Contratista(s) FAZNI y que relacionen los equipos adquiridos, que serán suministrados e instalados en el desarrollo del proyecto respectivo; ii) cuando el supervisor del contrato apruebe a satisfacción el respectivo informe mensual de interventoría que se presente para el periodo en el cual se tramita el pago de acuerdo con lo establecido en el contrato de interventoría respectivo.
c. Tercer pago equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) El Interventor certifique que el Contratista FAZNI tiene un avance del cuarenta por ciento (40%) de ejecución de las Obras; ii) cuando el supervisor del contrato apruebe a satisfacción el respectivo Informe Mensual de Interventoría que se presente para el periodo en el cual se tramita el pago de acuerdo con lo establecido en el presento Contrato.
d. Cuarto pago equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) el Interventor certifique que el/los Contratista(s) FAZNI presentó(aron) al supervisor del contrato el avance mínimo del sesenta por ciento (60%) de ejecución de las Obras; y ii) cuando el supervisor del contrato apruebe a satisfacción el respectivo Informe Mensual de Interventoría que se presente para el periodo en el cual se tramita el pago de acuerdo con lo establecido en el Contrato de interventoría respectivo.
e. Quinto pago equivalente al quince por ciento (15%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) el interventor demuestre que el/los Contratis-

ta(s) FAZNI presentó(aron) al MME el avance del ochenta por ciento (80%) de ejecución de las Obras; ii) cuando el Ministerio apruebe a satisfacción el respectivo Informe Mensual de Interventoría que se presente para el periodo en el cual se tramita el pago de acuerdo con lo establecido en el presente Contrato.

f. Sexto pago equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato de interventoría respectivo, cuando i) el Interventor presente el Acta de recibo a satisfaccion suscrita con el/los Contratista(s) FAZNI y el supervisor del MME con el avance del cien por ciento (100%) de ejecución de las Obras; ii) cuando el supervisor del contrato apruebe a satisfacción el Informe Final de Interventoría de acuerdo con lo establecido en el Contrato de interventoría respectivo.

Los pagos remuneran al Interventor por todas las obligaciones y actividades contempladas en el Contrato de Interventoría respectivo, en consecuencia, no habrá pago adicional al aquí estipulado. En el evento que el Ministerio de Minas y Energía, luego de adelantar el procedimiento que corresponda, encuentre que el Interventor no está utilizando el personal, los equipos o ejecutando las actividades ofrecidas en su propuesta incluidas en el valor del contrato de interventoría respectivo, podrá dar aplicación a las garantías del contrato, lo anterior respetando el debido proceso contractual respectivo

PARÁGRAFO PRIMERO. - En el evento de terminación anticipada del respectivo Contrato de Interventoría por razones de no viabilidad en la ejecución de/los proyectos del contratista(s) FAZNI, el Interventor asumirá el riesgo económico que ello conlleva. En consecuencia, el Ministerio no reconocerá pago alguno por presentarse esta situación, en caso del pago anticipado, este deberá ser devuelto al Tesoro Nacional.
(...)

Para finalizar, es importante manifestar lo siguiente:

1. Que el Contrato se encuentra vigente, razón por la cual es jurídicamente viable realizar la modificación pretendida.
2. Que las Pólizas contractualmente exigidas se encuentran vigentes.
3. Que los documentos anexos a la solicitud fueron debidamente verificados.
4. Que la solicitud de cambio de hito no implica adición alguna de recursos, ni aceptación de ninguna otra solicitud adicional

Por lo anteriormente expuesto, esta supervisión recomienda proceder con la modificación del literal b y c de la CLÁUSULA DÉCIMA. FORMA DE PAGO AL ENCARGO FIDUCIARIO en los términos anteriormente expuestos, que lo demás se conserve como fue establecido en el "*DOCUMENTO COMPLEMENTARIO CONTRATO DE INTERVENTORÍA GGC 433 DE 2020 – LOTE 09- CELEBRADO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y CONSORCIO INTER-FAZNI E&P 2020*".

Carlos Arturo Rodríguez Castrillón
Profesional Especializado
Grupo de Supervisión

Documento firmado electrónicamente amparado en las disposiciones referidas por la Ley 527 de 1999.
Radicado Padre: 1-2021-047273
Anexos: Solicitud interventoría, Informe supervisor de apoyo técnico, Memorando

Elaboró: ELCY ESPERANZA RODRIGUEZ ARIAS
Reviso: Guillermo José Arcila Soto, Salomon Fabian Rincon Sierra
Aprobó: Carlos Arturo Rodríguez Castrillón