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 literal c de la Cláusula Décima del Contrato de Interventoría GGC 433 de 2020 – Lote 15

En atención a la solicitud de la interventoría CONSORCIO INTER-FAZNI E&P 2020, radicada en el ministerio bajo el No. 1-2021-046299 el 19 de noviembre de 2021 **(anexo 1)**, la cual se motiva bajo los mismos fundamentos que sustentan el memorando 3-2021-022571 emitido con el objeto de dar viabilidad a la ejecución presupuestal al contrato FAZNI GGC 798 de 2019 (**Anexo 2)**. Por lo que se solicita adelantar el trámite que permita modificar el literal c de la Cláusula Décima del Contrato de Interventoría GGC 433 de 2020 – Lote 15, 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 1 de julio de 2020 el Ministerio de Minas y Energía, y el contratista, suscribieron el Contrato de Interventoría GGC 433 De 2020 – Lote 15, cuyo objeto es*: "* Realizar la interventoría integral, contemplando las actividades de revisión, verificación, análisis y conceptualización permanentemente sobre todos los aspectos técnicos, jurídicos, financieros, operativos, administrativos y contables relacionados con la Etapa Previa y de Instalación de los contratos por medio de los cuales se ejecuten los proyectos FAZNI descritos en el alcance del objeto, a efectos de constatar el cumplimiento, por parte del contratista, de las condiciones establecidas en el respectivo contrato FAZNI para el desarrollo y control integral del proyecto y determinar oportunamente las acciones necesarias para garantizar el logro Lote 15: "2019-FAZNI-412- PUERTO LEGUIZAMO-PUTUMAYO"

2. Que mediante **Acta De Inicio** de fecha 3 de NOVIEMBRE de 2020, se dio inicio a la ejecución de las actividades del CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC 433 Lote 15 de 2020.

3. La Cláusula Octava. Plazo, establece que el **plazo de ejecución** para este lote será de veintiocho (28) 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 e EL MINISTERIO se compromete a pagar en el presente contrato por este lote es la suma de MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS DOS MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS MCTE ($ 1.275.702.610) 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 asi:

Vigencia	**Valor**
Año 2020	$ 510.281.044
Año 2021	$ 382.710.783
Año 2022	$ 382.710.783

5. Que este contrato se encuentra garantizado mediante la póliza de seguro de cumplimiento No. 65-44-101186933 expedida por seguros del estado y la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual No. 65-40-101053832 expedida por Seguros del Estado.

6. Que mediante memorando radicado ante el Ministerio bajo el número 1-2021-022571 el 24 de 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 15 el **CONSORCIO INTER-FAZNI E&P 2020** emite formalmente solicitud mediante comunicación P13E-MINMINAS-L15-0087-2020 en 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, 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. GGC 798 DE 2019, se ha visto impactada de manera por la ocurrencia de hechos ajenos a la responsabilidad de la Interventoría, tales como la Emergencia Sanitaria derivada de la Pandemia de COVID-19, afectaciones de orden público en la zona de influencia del proyecto, así como retrasos en la fabricación de los equipos e importaciones de los mismos, en alrededor de sesenta (60) días calendario como consecuencia a la escases de semiconductores, afectando directamente la fabricación de reguladores e inversores (MUST), lo cual ha obligado a las fábricas a suspender la extracción de materias primas esenciales para la elaboración de los semiconductores, los cuales hacen parte integral del sistema electrónico de los reguladores e inversores. Por otro lado, la crisis sanitaria generada por el COVID–19 en los últimos 18 meses, produjo una baja en el transporte marítimo, originando así una reducción del personal que trabaja en los puertos a nivel mundial, sumado al decrecimiento de las importaciones realizadas a China, ocasionando el desabastecimiento en los gremios de transporte de proveedores a nuestro país.

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. GGC 798 DE 2019, objeto de Interventoría.

Dentro de este 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. GGC 798 DE 2019, y en consecuencia, dicha afectación impacta la forma de pago del CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. 433 DE 2020 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 super-*

visor 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 décima 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 lote es la suma de MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS DOS MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS MCTE ($ 1.275.702.610) 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	*$510.281.044,00*
AÑO 2021	*$382.710.783,00*
AÑO 2022	*$382.710.783,00*

2- *<u>Coligación Negocial del Contrato de Obra y el Contrato de Interventoría</u>*

Con comunicación No. 20216000044621 del 12 de noviembre de 2021, el contratista DISPAC S.A. E.S.P, radicó a la interventoría para su respectivo concepto LA "SOLICITUD DE ADICIÓN DEL MECANISMO "VALOR LÍQUIDO CERO" AL CAPÍTULO IV, DENOMINADO "ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO" DEL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO FAZNI No. GGC 798 DE 2019 toda vez que para que se realicen los pagos descritos en los literales a) y b) del numeral 4.4, vigencia 2020, se requiere un avance mínimo de la obra del 60% de las unidades contratadas instaladas, situación que no es viable durante el presente año, debido a los retrasos en la fabricación de los equipos e importaciones de los mismos, en alrededor de sesenta (60) días calendario como consecuencia a la escases de semiconductores, afectando directamente la fabricación de reguladores e inversores (MUST), lo anterior ocasionado a raíz de la pandemia por COVID-19.

Mediante comunicado No. P13E-MINMINAS-L15-0086-2020 del 17 de noviembre de 2021 (Radicado No. 1-2021-045911 del 17 de noviembre de 2021 - 16:25), esta interventoría emitió el respectivo concepto encontrando viable, necesaria y proporcional desde los puntos de vista jurídico, técnico y financiero la

adición al Capítulo IV "Aspectos Económicos del Contrato", del mecanismo denominado "VALOR LIQUIDO CERO", al CONTRATO INTERADMINISTRATIVO FAZNI No. GGC 798 DE 2019.

En Sentencia de la Sala de Casación Civil del 1 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 c) de la cláusula décima del CONTRATO DE INTERVENTORÍA GGC 433 DE 2020 - LOTE 15, dividiendo el tercer pago en los siguientes términos:

> *C-1. Tercer 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 de los materiales e insumos nacionales 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-2 Tercer pago equivalente al diez 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 15 en atención a la información reportada en el informe del profesional de apoyo técnico, así:

"A continuación, se presenta el estado financiero del CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC 433 DE 2020 correspondiente al CONSORCIO INTER-FAZNI E&P 2020:

ESTADO FINANCIERO 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 lo indicado en el/los Contrato(s) de interventoría y iv) se suscriba el Acta de inicio del contrato.	$ 255.140.522	*Desembolsado el 30/12/2020 por la Entidad Contratante* *(Pago anticipado por el 20% del valor total del contrato).*
VALOR FACTURADO A LA FECHA		$	Ejecución Financiera

	255.140.522	
VALOR TOTAL DEL CONTRATO	**$ 1.275.702.610**	a la fecha 20%
VALOR PENDIENTE POR FACTURAR	**$ 1.020.562.088**	

Estado Financiero CONTRATO INTERVENTORÍA No. GGC 433-L15 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 17 de noviembre de 2020, mediante comunicación "No. P13E-MINMINAS-L15-0005-2020 RADICACIÓN FACTURA PRIMER PAGO A TÍTULO DE PAGO ANTICIPADO – CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. GGC-433 DE 2020 – LOTE 15 – PUERTO LEGUIZAMO PUTUMAYO" (Radicado No. 1-2020-053122), 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 DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA MIL QUINIENTOS VEINTIDÓS PESOS MCTE ($255.140.522). (ver carpeta INFO EXCEL MIN\10.ANEXOS\10.5 OBLIGACIONES\7 PAGOS)."

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 contrato se encuentra en la etapa de instalación. El proyecto de obra tiene un total de 1154 usuarios de los cuales el contratista ya realizo todas visitas de replanteo (100%). Se remitieron 308 usuarios para aprobación del IPSE, y esta entidad aprobó 290 usuarios."

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 15, está ligada al avance de ejecución del contrato principal en su etapa de instalación es el supervisor de apoyo técnico luego de un análi-

sis 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-L15- 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 C del contrato FAZNI GGC 433-L15-2020 de la siguiente manera:

C-1. Pago equivalente al diez por ciento (10%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) El interventor verifique mediante un acta suscrita con el Contratista FAZNI, los materiales adquiridos que deben corresponder al cincuenta por ciento (50%) de los materiales nacionales para la 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.

C-2. 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-L15-2020." (...)

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 se encuentra objeción a la solicitud de la interventoría y dado que jurídicamente es admisible la modificación del contrato FAZNI GGC 433 Lote 15, recomendamos proceder a la modificación del *literal C de la CLAUSULA DECIMA. FORMA DE PAGO AL ENCARGO FIDUCIARIO* del "*DOCUMENTO COMPLEMENTARIO CONTRATO DE INTER-*

VENTORÍA GGC 433 DE 2020 – LOTE 15 - CELEBRADO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y CONSORCIO INTER-FAZNI E&P 2020." el cual actualmente dispone:

(...)"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*."(...)

Esta modificación también encuentra como sustento el memorando radicado No. 3-2021-022571 del 24 de noviembre de 2021, mediante el cual se fundamenta la viabilidad de la revisión a la ejecución presupuestal del contrato principal FAZNI GGC 798 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. 798 de 2019, al indicar:

El apoyo técnico de la supervisión 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:

a) Se analizó la información enviada por DISPAC S.A. E.S.P y validada por la interventoría, para realizar la modificación CAPÍTULO IV – ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO, del Contrato FAZNI GGC No. 798 de 2019, en la cual se solicitan la modificación del CAPÍTULO IV – ASPECTOS ECONÓMICOS 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, teniendo en cuenta que a la fecha, DISPAC 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); la interventoría dio la aprobación de las especificaciones técnicas de los equipos.

b) La interventor solicitó modificar los pagos establecidos contractualmente en CAPÍTULO IV – ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO, numeral 4.4 pagos durante la etapa de instalación, literales a y b correspondientes a los avances del 40% y 60% de las unidades contratadas instaladas, 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. 798 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, 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. ESP 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 798-2019 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 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 798 de 2019 no generará costos adicionales para el contrato." (...)

D. 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 798 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 octubre de 2022, a causa de los problemas presentados durante la ejecución de este relacionados con restricciones por COVID-19. 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 los 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 798 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 – 798 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 798 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 15, 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 15 y el Contrato FAZNI No. GGC 798 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 1-2021-045911 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 c de la CLAUSULA DECIMA. FORMA DE PAGO AL ENCARGO FIDUCIARIO*** del contrato de interventoría No. GGC 433 DE 2020 - LOTE 15, 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 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. ***Pago equivalente al diez por ciento (10%) del valor del Contrato de interventoría respectivo, cuando i) El interventor verifique mediante un acta suscrita con el Contratista FAZNI, los materiales adquiridos que deben corresponder al cincuenta por ciento (50%) de los materiales nacionales para la 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. ***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***.
e. 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.

f. 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.
g. 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 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 15- 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: 1-2021-046299
Anexos: solicitud de la interventoría, informe técnico MME, Memorando 1-2021-022571 FAZNI 798/19

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