Radicado No.: 2-2023-015150
Fecha: 31-05-2023

Código validación comunicación: edfb0

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

Bogotá, D.C.

Doctor
Eduardo Villamizar Carreño
Representante Legal
Empresa de Energía de Arauca S.A. E.S.P - ENELAR
gerencia@enelar.com.co
Carrera 22 No. 22-46
Arauca, Arauca

Asunto: Respuesta a solicitud de suspensión PRONE 676-21

Cordial saludo,

De manera atenta, con el fin de dar respuesta a su petición con radicado 1-2023-027100 de fecha 23 de mayo de 2023, por medio de la cual solicita *"Suspensión del contrato PRONE GGC 676 de 2021 suscrito con Empresa de Energía de Arauca E.S.P"*, en cumplimiento de las funciones de supervisión y una vez analizada la razón aducida en su solicitud de suspensión, nos permitimos indicar que dicha solicitud resulta improcedente por las siguientes razones:

El Contrato PRONE GGC 676 de 2021 suscrito entre el Ministerio de Minas y Energía y ENELAR E.S.P., estableció en la CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA – SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL CONTRATO, lo siguiente:

> *"Podrá suspenderse temporalmente la ejecución del presente Contrato por circunstancias de* ***fuerza mayor o caso fortuito o por acuerdo entre las partes****. El tiempo de suspensión no se computará dentro del plazo de ejecución del Contrato. En este caso las Partes*

suscribirán un acta en donde conste el evento que ocasiona la suspensión y el término de la misma. (…)" Negrilla fuera de texto.

En este sentido, la suspensión debe versas sobre causas de fuerza mayor o caso fortuito, figuras definidas por el Código Civil como aquel imprevisto que no es posible resistir[1], y cuyos requisitos para su configuración han sido determinados por la Jurisprudencia[2] en el siguiente sentido:

a. ***El hecho debe ser irresistible****: el fenómeno constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor debe poner a quien lo alega,* ***a pesar de sus mayores esfuerzos****, en una situación de imposibilidad absoluta y permanente de cumplir (en materia contractual) o de evitar el daño (en materia extracontractual).*

b. ***El hecho debe ser imprevisto****: debe ser un evento de carácter tan remotamente probable y súbito* ***que ni siquiera una persona diligente hubiera razonablemente tomado medidas para precaverlo****.*

c. *El hecho debe ser jurídicamente ajeno al causante del daño: el fenómeno constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito debe haberse producido* ***sin contribución o culpa alguna del obligado****.*

d. ***Debida diligencia del obligado****: la exigencia de la demostración de la naturaleza imprevista e irresistible del fenómeno alegado como fuerza mayor o caso fortuito* ***lleva implícita la prueba de la debida diligencia del obligado****.*

De acuerdo con lo expuesto, efectuado el análisis de las razones en las cuales se funda la solicitud de suspensión presentada por ENELAR E.S.P. las mismas no obedecen a hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, ya que dicha petición se basa en los retrasos por parte del contratista contratado por el OPERADOR DE RED para la ejecución de la obra.

[1] ARTÍCULO 64. <FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO>. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de febrero de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente No. 54614

De conformidad con el contrato, la construcción del proyecto se encuentra bajo cuenta y riesgo de ENELAR E.S.P., tal como lo dispone el PARÁGRAFO – ALCANCE DEL OBJETO de la CLÁUSULA PRIMERA – OBJETO, así:

> *(…)*
> ***PARÁGRAFO – ALCANCE DEL OBJETO:*** *En desarrollo del objeto de este Contrato, el OPERADOR DE RED deberá ejecutar los recursos del fondo PRONE asignados para llevar a cabo El Proyecto, realizando las actividades previas a la contratación de obras, las actividades de contratación de obras, las actividades de suministro, construcción y liquidación de obras, las actividades de recibo y terminación del contrato PRONE. (…)"*

Así mismo, en concordancia con lo pactado en el PARÁGRAFO – ALCANCE DEL OBJETO de la CLAUSULA PRIMERA – OBJETO, precitado, el literal a) del numeral 1. de la CLAUSULA DECIMA – OBLIGACIONES DEL OPERADOR DE RED, establece:

> *"**CLÁUSULA DÉCIMA – OBLIGACIONES DEL OPERADOR DE RED***
>
> ***1. FRENTE A LA ACTIVIDAD DE CONSTRUCCIÓN Y PUESTA EN OPERACIÓN:***
>
> *a) **Contratar la construcción de la obra del proyecto bajo su riesgo y responsabilidad**, aplicando el marco legal previsto en los estatutos del OPERADOR DE RED y su Reglamento Interno de Contratación, **(…) cumpliendo con el cronograma presentado y aprobado por el MINISTERIO** a la firma del contrato y actualizado en el acta de inicio, remitido en el formato definido por el MINISTERIO y que hará parte integrante del Contrato como Anexo No. 2, el cual deberá incluir como mínimo las siguientes actividades y etapas.*
> *(…)*
> *Los contratos de obra y de interventoría se suscribirán de manera exclusiva para la ejecución del proyecto objeto de este contrato.*
> *(…)"*
> *El cronograma, será de obligatorio cumplimiento, por lo cual el OPERADOR DE RED deberá **adelantar todas las acciones y procedimientos administrativos, financieros, técnicos, jurídicos, ambientales y sociales, entre otros que aseguren su cumplimiento**.*

(...)" Negrilla fuera de texto.

Conforme a estas estipulaciones, no solo es de cargo de ENELAR E.S.P. construir la obra del proyecto bajo su propio riesgo y responsabilidad, de lo cual no se exime por la contratación de la obra para el efecto, sino que también y para el mismo fin es de su resorte cumplir con el cronograma presentado y aprobado por el MINISTERIO.

En tal sentido, la relación entre el contratista de Obra y ENELAR E.S.P. es una relación externa al Ministerio de Minas y Energía, y mientras el contrato de obra se encuentre en estado de ejecución y siempre que el mismo no se suspenda, cualquier proceso de incumplimiento o sancionatorio que se inicie entre dichas partes, no afecta la ejecución del contrato de administración PRONE GGC 676 de 2021.

Además de lo anterior, se evidencia con el soporte allegado en la solicitud de suspensión, que, si bien ENELAR E.S.P. ha solicitado al contratista de obra los soportes requeridos y el cumplimiento de su cronograma, solo hasta el 23 de mayo de 2023 notificó al contratista derivado de obra sobre el inicio del proceso de imposición de medidas de apremio por la no remisión de información requerida por la interventoría, atraso en el cronograma de obra y falta de entrega de dotación de elementos de protección personal; situación que demuestra la falta de diligencia por parte de ENELAR E.S.P., de iniciar las acciones o procedimientos administrativos a que hubiere lugar, frente al contratista de obra.

En el mismo sentido, la obra del proyecto se efectúa **bajo el riesgo y responsabilidad de ENELAR E.S.P.,** por lo que no podría trasladarle dicho riesgo al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA pretendiendo para el efecto acordar la suspensión del plazo contractual y eximirse de responsabilidad, bajo el argumento que debe iniciar un proceso de apremio porque su contratista derivado no ha cumplido con la ejecución de la totalidad de las actividades de obra, máxime que el contrato de obra continúa su ejecución.

Luego en este entendido, no podía el MINISTERIO llegar a un acuerdo con ENELAR E.S.P. de suspensión del plazo contractual del contrato PRONE GGC 676 de 2021.

De lo anterior se concluye que la circunstancia argumentada por ENELAR E.S.P. no encuadra en ninguna de las situaciones pactadas por las partes para la suscripción de la respectiva acta de suspensión y por lo tanto resulta improcedente.

En consecuencia, se requiere a ENELAR E.S.P. para que dé cumplimiento al contrato PRONE GGC 676 de 2021 de acuerdo al cronograma vigente según otrosí No 1 del 16 de enero de 2023, cuya fecha próxima a vencerse es "c) Etapa 3 – Actividades de suministro y construcción de obras y Liquidación, hasta **el 10 de julio de 2023."**

Así las cosas, se recuerda que de conformidad con la cláusula segunda del contrato PRONE GGC 676 de 2021:

> "*El plazo para la finalización de esta actividad es el propuesto por el* ***OPERADOR DE RED*** *en el Anexo No. 2 como "Finalización del Plazo de la Actividad de Construcción y Puesta en Operación" y aprobado por* ***MINISTERIO****. Los plazos establecidos en el Anexo 2 "Cronograma" del presente Contrato son de obligatorio cumplimiento. No obstante, las Partes podrán convenir su modificación, previa solicitud y justificación del* ***OPERADOR DE RED,*** *avalada por el Interventor, la cual deberá ser solicitada* ***con al menos treinta (30) días calendario de anticipación a su vencimiento,*** *anexando el cronograma propuesto."*

Por lo tanto, en caso de existir circunstancias debidamente justificadas que den lugar a la suspensión o prórroga de dicho plazo, deberá allegar la solicitud junto con los **soportes** que demuestran tal condición en el término antes enunciado.

Lo anterior, so pena de presentar al Ordenador del Gasto, de este MINISTERIO, el Informe de Supervisión, con el fin de que inicie las acciones conminatorias pactadas contractualmente a través del procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Cordialmente.

Cristian Andrés Díaz Durán
Jefe
Dirección de Energía Eléctrica

Documento firmado electrónicamente amparado en las disposiciones referidas por la Ley 527 de 1999.

Elaboró: Alba Nury Arias Hincapie
Revisó: Carlos Arturo Rodríguez Castrillón, Diana Marcela Palmera Aguilera
Aprobó: Cristian Andrés Díaz Durán