



RESOLUCIÓN NÚMERO 01841 DE 2025

(27 Octubre 2025)

“POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

EL SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA,

En uso de sus atribuciones legales y en especial las conferidas por el artículo 11º de la Ley 80 de 1993, el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Resolución 40408 del 30 de septiembre de 2024, y

CONSIDERANDO:

Que el Decreto 111 de 1996, por el cual se compilan el Estatuto Orgánico del Presupuesto, en el artículo 110 establece:

“Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes.”

Que, el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, dispone que:

“Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar las licitaciones o concursos públicos en los servidores que desempeñen los cargos del nivel directivo o ejecutivo o sus equivalentes”.

Que mediante Resolución No. 40408 del 30 de septiembre de 2024 “Por la cual se modifica el artículo 2 de la Resolución 40548 del 18 de junio de 2019 y se dictan otras disposiciones”, en el párrafo cuarto se dispuso:

“(…) Las facultades de ordenación del gasto y suscripción de contratos y/o convenios, conferidas en la presente resolución, comprenden la expedición de los actos administrativos en materia precontractual y contractual, los derivados de las actuaciones sancionatorias contractuales, así como la celebración de modificaciones contractuales y suscripción de actas de liquidación de los contratos respecto de los cuales es delegatario”.

Asimismo, el párrafo 5, de la Resolución citada anteriormente, establece:

“Las actuaciones administrativas que en materia contractual se desprendan de los contratos o convenios celebrados antes de la entrada en vigencia de la presente resolución, serán de competencia del (la) Subdirector (a) Administrativo (a) y Financiero (a).”

Que el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia preceptúa que el debido proceso debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, mandato de imperioso cumplimiento para el Estado en sus distintos niveles de jerarquía y en general, para todas las ramas del poder público y organismos de control, con respecto a las actuaciones que adelanten dentro de sus competencias.

Que el debido proceso en sede administrativa, no sólo se refiere al respeto de las garantías procesales, sino también al acatamiento de los principios orientadores de la función pública con el fin de asegurar la correcta producción de los actos administrativos, cobijando todas las manifestaciones de la administración pública en cuanto a la formación y ejecución de los mismos, y la salvaguarda de los derechos de defensa y contradicción del ciudadano, al señalarle los medios de impugnación de los que puede hacer uso cuando estime afectados sus intereses.

Que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, establece:

"Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo, podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. (...)".

Que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, señala que las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios de este, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal, previa aplicación del procedimiento allí establecido.

Índice

1. ANTECEDENTES GENERALES DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019	2
2. ASPECTOS RELEVANTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA	3
2.1. Citación a las partes (literal a del artículo 86 de la ley 1474 de 2011)	3
2.2. Desarrollo de la Audiencia (inciso 1º del literal b del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011)	3
2.2.1. Primera sesión: 5 de julio de 2023	3
2.2.2. Segunda sesión: 17 de junio de 2025	18
2.2.3. Tercera sesión: 11 de septiembre de 2025	18
2.2.4. Traslado de pruebas decretadas en audiencia	19
3. PRUEBAS	19
3.1. Pruebas aportadas por el Ministerio de Minas y Energía en la citación	19
3.2. Pruebas decretadas en audiencia	20
3.2.1. Pruebas documentales aportadas por el contratista	21
3.2.2. Pruebas rendidas por la Dirección de Energía Eléctrica	21
3.2.3. Pruebas que negadas por el Ministerio de Minas y Energía	21
4. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA DECISIÓN ADOPTADA A TRAVÉS DEL PRESENTE ACTO	21
4.1. De la naturaleza del contrato GGC 795-2019	21

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO
POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019
SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA
S.A.S E.S.P. - AFINIA”

4.2. La responsabilidad contractual y la imputabilidad del incumplimiento 23

4.3. Inexistencia de causales eximentes de responsabilidad 24

4.4. El equilibrio de la ecuación económica 28

4.5. El incumplimiento de las obligaciones contractuales 29

4.6. Los hechos de presunto incumplimiento no fueron superados por el contratista 40

4.7. Avances de obra con recursos propios sin certificación RETIE ni validación independiente 42

4.8. El incumplimiento de las obligaciones del contrato de la Fase 1 es imputable al contratista 42

4.9. La asignación de riesgos del Contrato 43

4.10. Inexistencia de vulneración del debido proceso administrativo44

4.11. Del contrato de seguro 45

4.12. Aplicación del principio de proporcionalidad 46

4.13. Imposición de multa al contratista47

4.13.1. De la Compensación 47

5. DECISION 48

1. ANTECEDENTES GENERALES DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019

1.1. El 13 de diciembre de 2019, se suscribió el contrato PRONE GGC No. 795 de 2019 entre la Nación – Ministerio de Minas y Energía, y Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., identificada con Nit.802.007.670-6, representada legalmente por Ángela Patricia Rojas, identificada con cedula de ciudadanía No. 52.064.781, por valor de Seiscientos Dos Millones Seiscientos Cuarenta y Seis Mil Doscientos Cincuenta y Nueve Pesos (\$602.646.259,00) Mcte., con fecha de inicio del 31 de diciembre de 2019.

El objeto del presente contrato consiste en “Mejorar la calidad y confiabilidad del servicio de energía eléctrica en los barrios subnormales del Mercado de Comercialización del OPERADOR DE RED ubicados en los municipios del Sistema Interconectado Nacional – SIN conforme los reglamentos técnicos vigentes, mediante la ejecución del proyecto NORMALIZACION DE REDES ELECTRICAS BARRIO LA PLAZA SECTOR LA CANDELARIA, el cual será ejecutado por el OPERADOR DE RED bajo su responsabilidad en los términos del presente Contrato, para la entrega al MINISTERIO y es financiado con los fondos del Programa de Normalización de Redes Eléctricas.”.

1.2. El día 30 de septiembre de 2020, se suscribió otrosí No. 1 mediante el cual Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. cedió el contrato a Caribemar de la Costa S.A.S E.S.P. – AFINIA, identificada con Nit. 901.380.949-1, representada legalmente por Ricardo Arango Restrepo, identificado con cédula de ciudadanía No. 98.553.166.

1.3. El día 13 de diciembre de 2021, se suscribió otrosí No. 2, en donde se prorrogó el término para la finalización de la actividad de administración, ejecución de los recursos, asistencia técnica y energización hasta el 31 de octubre de 2022 y se modificó la forma y condiciones de los desembolsos.

1.4. El contrato se encuentra garantizado con la póliza de cumplimiento No. BQ-100025961 expedida por Compañía Mundial de Seguros S.A. La última acta de aprobación de garantías de acuerdo con el otro sí No. 2, es del 7 de enero de 2022, amparos que cuentan con las siguientes vigencias:

AMPAROS	VIGENCIA	
	DESDE	HASTA

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	13/12/2019	31/10/2023
PAGO ANTICIPADO	13/12/2019	31/10/2023

1.5. En cuanto a la información financiera del contrato, la entidad desembolsó el valor de \$301.323.129,50 girados a la fiducia y a corte del mes de abril del 2024, el saldo en la cuenta es de \$301.844.923,50.

1.6. La supervisión esta designada al director de la Dirección de Energía Eléctrica.

2. ASPECTOS RELEVANTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

2.1. Citación a las partes (literal a del artículo 86 de la ley 1474 de 2011)

La Subdirectora Administrativa y Financiera, en su calidad de Ordenadora del Gasto, en uso de sus facultades otorgadas a través del artículo 1 parágrafo segundo de la Resolución No. 40210 del 16 de junio de 2022, citó al contratista y a la Compañía Mundial de Seguros S. A., a la audiencia establecida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a través de los oficios con radicado 2-2023-017944 y 2-2023-017947 del 21 de junio de 2023, fijada para el 5 de julio de 2023.

2.2. Desarrollo de la Audiencia (inciso 1º del literal b del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011)

2.2.1. Primera sesión: 5 de julio de 2023

Se llevó a cabo la audiencia de forma virtual a la cual asistieron el apoderado de Caribemar de la Costa S.A.S., el abogado Hernando Castro Nieto así como la apoderada del garante la abogada Manuela Castellanos. En desarrollo de la diligencia se reconoció personería jurídica a los apoderados y los apoderados aceptaron prescindir de la lectura de la citación a audiencia enviada a las partes. Acto seguido, se le concedió la palabra al abogado del contratista quien realizó sus descargos y solicitó pruebas. Después de dicha intervención se le concedió la palabra al garante quien igualmente presentó sus descargos y coadyuvó la solicitud de pruebas del contratista. La audiencia fue suspendida.¹

2.2.1.1. Citación para audiencia de posible incumplimiento

A continuación, el Despacho resume los fundamentos que dieron lugar a iniciar el presente proceso administrativo. A través de la citación, el Ministerio informó al contratista y garante las posibles cláusulas y/o normas vulneradas con el presunto incumplimiento y los hechos relacionados:

“(…) II.8. El 29 de diciembre de 2021, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA., mediante comunicación con radicado MME No. 2-2021-027784, remitió comunicación con asunto “Cumplimiento cronogramas contratos PRONE 2019”.

II.9.El 4 de febrero de 2022, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, mediante comunicación con radicado MME No. 2-2022-001646, remitió comunicación con asunto: “Cumplimiento cronogramas contratos PRONE 2019”, se informó a CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. los días en mora que presentan con respecto al cronograma vigente del Otrosí N°2, adicional, se solicitó los documentos que acreditaran el cumplimiento del cronograma vigente.

II.10. El 21 de febrero de 2022, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA., mediante comunicación con radicado MME No. 2-2022-002841, remitió comunicación con asunto: “Reiteración radicado 2-2022-001646 de asunto: “Cumplimiento cronogramas contratos PRONE 2019”.

II.11. El 21 de febrero de 2022, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., mediante comunicación con radicado MME No. 1-2022-006776, remitió comunicación con asunto: “Respuesta a comunicación con radicado No. 2-2022-001646 de fecha 04-02-2022 y asunto “Cumplimiento cronogramas contratos PRONE 2019”. Con ello, solicitud de Otrosí No. 3 a los Contratos PRONE

¹ En el siguiente enlace se encuentra la grabación en audio y video de la audiencia:
https://minenergiacol-my.sharepoint.com/:f/g/personal/mclozanog_minenergia_gov_co/EijCEQmTND5NhI8DKrkZq5sBsIAVwkcENRGZlApjq4yf7w?e=8jvzkZ

Continuación de la Resolución **“POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”**

GGC No. 768, 773, 774, 775, 777, 780, 781, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 790, 791, 792, 793, 795, 796, 797 y 799 de 2019”, en este documento CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. Solicita la ampliación de cronograma por medio de un Otrosí N°3 a contratos PRONE 2019.

II.12. El 1º de marzo de 2022, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, mediante comunicación con radicado MME No. 2-2022-003645, remitió comunicación con asunto: “Respuesta a solicitud de Otrosíes No. 3 a los Contratos PRONE GGC No. 768, 773, 774, 775, 777, 780, 781, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 790, 791, 792, 793, 795, 796, 797 y 799 de 2019 allegada con radicado MME 1-2022-006776 y radicado Afinia No. 202204000008801”.

II.13. El 8 de marzo de 2022, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., mediante comunicación con radicado MME No. 1-2022-009221, remitió comunicación con asunto: “Solicitud ampliación tiempo de respuesta de la comunicación con radicado 2-2022-003645 de fecha 01/03/2022”, donde solicita se amplie el tiempo de repuesta de la comunicación con radicado MME 2-2022-003645 de fecha 1 de marzo hasta el 18 de marzo de 2022, toda vez que, se encontraban recopilando los soportes respectivos.

II.14. El 10 de marzo de 2022, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA mediante comunicación con radicado MME No. 2-2022-004567, remitió comunicación con asunto “Respuesta a comunicación 1-2022-009221 de asunto: “Solicitud ampliación tiempo de respuesta de la comunicación con radicado 2-2022-003645 de fecha 01/03/2022”, en la cual, se informó a CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. que la solicitud de ampliación en tiempo de la respuesta anteriormente requerida no es procedente, donde se iniciara el proceso para notificar al ordenador del gasto, con el fin de comenzar con el debido proceso por el no cumplimiento del cronograma y por otra parte que el MME está atento a los diferentes soportes que demuestren el no cumplimiento en el cronograma vigente de los contratos PRONE 2019.

II.15. El 10 de marzo de 2022, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, mediante comunicación con radicado MME No. 2-2022-004566, de asunto: “Solicitud informe detallado Contratos PRONE 2019 a Firma interventoría de los contratos PRONE 2019”, donde se solicitó a INGENIERIA Y SOLUCIONES ESPECIALIZADAS S.A.S, un informe detallado de los días de mora de cada actividad no cumplida por CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. según el cronograma vigente.

II.16. En correo electrónico del 23 de marzo de 2022, INGENIERIA Y SOLUCIONES ESPECIALIZADAS S.A.S. remitió comunicación con radicado interno No. COE-2022-INT-PRONE AFINIA -025 con asunto: “solicitud informe detallado Contratos PRONE 2019”.

II.17. El MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, mediante comunicación con radicado MME No. 2-2022-006422, remitió comunicación con asunto: “Mora cumplimiento Obligaciones PRONE 795”, donde se reiteró el no cumplimiento del cronograma y adelantan las acciones y/o gestiones pertinentes para notificar al Ordenador del Gasto el no cumplimiento de las obligaciones de CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P.

II.18. El 11 de abril de 2022, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., mediante comunicación con radicado MME No. 1-2022-013882, remitió comunicación con asunto: “Respuesta a comunicación con radicado 2-2022-003645 de fecha 01-03-2022 y asunto “Respuesta a solicitud de Otrosíes No. 3 a los Contratos PRONE GGC No. 768, 773, 774, 775, 777, 780, 781, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 790, 791, 792, 793, 795, 796, 797 y 799 de 2019 allegada con radicado MME 1-2022-006776 y radicado Afinia No. 202204000008801”, en este documento se da alcance a la solicitud Ampliación Cronogramas PRONE 2019, también, adjunto el cronograma propuesto por CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P.

II.19. El 25 de abril de 2022, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., mediante comunicación con radicado MME No. 1-2022-015209, remitió comunicación con asunto: “Respuesta a comunicaciones con radicado No 2-2022-006258, 2-2022-006259, 2- 2022-006260, 2-2022-006261, 2-2022-006262, 2-2022-006264, 2-2022-006277, 2-2022- 006278, 2-2022-006414, 2-2022-006416, 2-2022-006422, 2-2022-006424, 2-2022-006425, 2-2022-006426, 2-2022-006427, 2-2022-006428, 2-2022-006175, 2-2022-006176, 2-2022- 006174, 2-2022-006173”, este documento manifiesta que el no cumplimiento del cronograma se debe a que la actividad “Recibo evaluación y adjudicación de ofertas” de la etapa II fue declarada desierta, además, reitera la necesidad de la ampliación de cronograma vigente de para así poder llevar a buen término los contratos PRONE 2019.

La Dirección de Energía Eléctrica aclara que a la fecha de la comunicación remitida por CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P, el operador de red se encontraba en mora del cumplimiento de actividades según cronograma vigente.

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

II.20.El 27 abril de 2022, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, mediante comunicación con radicado MME No. 2-2022-008259, remitió respuesta a solicitud de ampliación de cronogramas vigentes, en dicho documento se establece no procedente el realizar actualización de las actividades vencidas, según cronograma vigente.

II.21.El 9 de mayo de 2022, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, mediante comunicación con radicado MME No. 2-2022-009095, remitió respuesta con asunto: “Rta. comunicación radicada No. 2022040000018801 del 11 de abril de 2022 y con radicado MME No. 1-2022-015209 del 25 de abril de 2022” donde se reitera la no procedencia de realizar actualización de las actividades vencidas, según cronograma vigente.

II.22.El 13 de mayo de 2022, el director de Energía Eléctrica actuando como supervisor del contrato PRONE-GGC-795-19, remitió al Grupo de Gestión Contractual memorando con radicado MME No. 3-2022-012156, con asunto: “Remisión de informe de incumplimiento contractual en el contrato PRONE-GGC-795-19 para dar inicio a proceso sancionatorio”.

II.23.El 23 de mayo de 2022, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., mediante comunicación con radicado MME No. 1-2022-019276, remitió comunicación con asunto: “Respuesta a comunicación con radicado 2-2022-008259 de fecha 27-04-2022 y asunto “Alcance solicitud ampliación cronogramas PRONE 2019 de radicado 022050010017861” y Respuesta a comunicación con radicado 2-2022-009095 de fecha 09-05-2022 y asunto “Rta. Comunicación con radicado No. 2022040000018801 del 11 de abril de 2022 y con radicado MME No. 1-2022-015209 del 25 de abril de 2022”, este documento informa sobre el nuevo proceso de contratación de obras de los contratos PRONE 2019, solicita al Ministerio de Minas y Energía la modificación de la cláusula tercera - valor de los contratos PRONE 2019, además, reitera la necesidad de la ampliación de cronograma vigente de para así poder llevar a buen término los contratos PRONE 2019.

II.24.El 31 mayo de 2022, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, mediante comunicación con radicado MME No. 2-2022-010851, remitió respuesta comunicación con asunto: “Respuesta a comunicación con radicado MME 1-2022-019276 de fecha 23-05-2022 y radicado CARIBEMAR DE LA COSTA 2022040000025981”, en dicho documento se reitera que el cronograma es de obligatorio cumplimiento e indica que las solicitudes de modificación de cronograma deben ser remitidas previo al vencimiento del plazo que es sujeto de modificación, según cronograma vigente, además, que con respecto a lo manifestado por Afinia que los proyectos presentan variaciones en el presupuesto, para lo cual el MINISTERIO informó lo relacionado en la cláusula de riesgos asumidos por el operador de red.

II.25. El 3 de junio de 2022, el Grupo de Gestión Contractual dio respuesta al radicado N° 3-2022-012151, mediante memorando 3-2022-013870, solicitó dar alcance al informe de incumplimiento contractual del contrato PRONE-GGC-795-19 para dar inicio a proceso sancionatorio.

II.26. El 30 de junio de 2022, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., mediante comunicación con radicado MME No. 1-2022-024260, remitió comunicación con asunto: “Solicitud de revisión y actualización de precios del contrato PRONE-GGC-795-19”, en este documento se solicitó la revisión y actualización de precios del contrato PRONE-GGC-795-19.

La Dirección de Energía Eléctrica aclara que a la fecha de la comunicación remitida por CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P, el operador de red se encontraba en mora del cumplimiento de actividades según cronograma vigente del contrato en mención.

II.27. El 1° de septiembre de 2022, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., mediante comunicación con radicado MME No. 1-2022-033261, remitió comunicación con asunto: “Resultado proceso de contratación de las obras PRONE 2019”, en este documento informo a MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA que el proceso fue declarado desierto. (...)”

- De acuerdo con el informe de supervisión y el oficio de citación a audiencia, el contratista presuntamente incumplió las siguientes obligaciones contractuales:
 - a) CLAUSULA PRIMERA - OBJETO y su párrafo.
 - b) CLÁUSULA SEGUNDA - PLAZO.
 - c) CLAUSULA CUARTA - FORMA Y CONDICIONES DE DESEMBOLSO DE LOS RECURSOS.
 - d) CLÁUSULA DECIMA - OBLIGACIONES DEL OPERADOR DE RED.
 - e) OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL OPERADOR DE RED.

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

- f) CLÁUSULA VIGÉSIMA - IMPREVISIONES, EMERGENCIAS, FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO.
g) CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA - RIESGOS.

En consecuencia, y en atención a lo indicado por el supervisor del contrato, el operador de red incumplió con los plazos establecidos en el Anexo 2 - Cronograma como se indica a continuación:

Ítem	Actividad	Finalización Actividad	Estado de Cumplimiento
		(según Cronograma)	
Etapa 2 – Actividades de contratación de obras			
1	Publicación de pliegos o invitación directa según corresponda.	16/08/2021	CUMPLIDA
2	Recibo, evaluación y adjudicación de ofertas.	6/09/2021	INCUMPLIDA
3	Firma de contratos de suministros y obras, según corresponda, y suscripción de Actas de Inicio	27/09/2021	INCUMPLIDA
4	Enviar cronograma de obra con horizonte semanal aprobado por la interventoría	13/10/2021	INCUMPLIDA
Etapa 3 – Actividades de suministro y construcción de obras y Liquidación			
1.1	Replanteo Obra	18/10/2021	INCUMPLIDA
1.2	Órdenes de compra	18/04/2021	INCUMPLIDA
1.3	Suministro de Materiales	15/06/2022	INCUMPLIDA
1.4	Construcción Redes MT/BT	12/07/2022	INCUMPLIDA
1.5	Pruebas y puesta en servicio	28/07/2022	INCUMPLIDA
1.6	Entrega de listado usuarios normalizados	5/08/2022	INCUMPLIDA
1.7	Inspección, certificación final RETIE	13/08/2022	INCUMPLIDA
2	Acta de recibo de obras	29/08/2022	INCUMPLIDA
4	Actas de liquidación de los contratos de interventoría, suministro y obra, según corresponda.	29/09/2022	INCUMPLIDA
d) Etapa 4 – Actividades de recibo y Terminación del contrato de Administración			
1	Acta de recibo de infraestructura y entrega de inventarios entre el MINISTERIO y el OPERADOR DE RED para la actividad de Administración, Operación y Mantenimiento-AOM, que será ejecutada por el OR.	15/10/2022	INCUMPLIDA
2	Entrega de todos los documentos y soportes requeridos para efectuar el acta de Terminación y Balance Financiero de la Etapa de ADMINISTRACIÓN del presente Contrato.	31/10/2022	INCUMPLIDA

- Respecto a las consecuencias en caso de declararse el incumplimiento del contrato PRONE GGC 795 de 2019, se indicó la imposición de multa tasada por valor de Ciento Dos Millones Cuatrocientos Cuarenta y Nueve Mil Ochocientos Sesenta y Cuatro Pesos con tres centavos (\$102.449.864,03) equivalente al 85% de la no ejecución del contrato.

2.2.1.2 Descargos de Caribemar de la Costa S.A.S. E.S.P.

El apoderado del contratista presentó los siguientes argumentos de defensa de manera oral y por escrito que se consolidan en los siguientes términos:

“(…) 4. El 16 de julio de 2021 CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. realizó un estudio de mercado con las cantidades de diseño aprobadas por el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA para todos los contratos PRONE suscritos, donde invitó a proveedores y en el cual se evidenció que existían variaciones significativas entre los valores arrojados en el estudio del mercado, frente a los valores aprobados por el CAPRONE, llegando incluso a duplicar los valores aprobados.

5. Además, realizando un análisis por proveedor se encontró que existía una variación entre el valor ofertado por los proveedores vs el aprobado por el CAPRONE para la ejecución de todos los contratos PRONE suscritos:

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

Valor aprobado MME	Valor Ofertado	Valor Ofertado	Valor Ofertado FSCR
\$ 31.128.124.695	\$ 91.892.419.494	\$40.647.295.581	\$51.368.966.414
Diferencia Oferta Proveedor	\$ 60.764.294.799	\$ 9.519.170.886	\$ 20.240.841.719

6. Aun así, el 13 de agosto de 2021, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. decidió adelantar el proceso de contratación de las obras PRONE – 2019, con el objetivo de tomar las medidas procedentes respecto al cronograma, puesto que, las fechas de este seguían corriendo.

(...)

8. Posteriormente, el 28 de diciembre de 2021 se declaró desierto el proceso de selección del contratista porque no fue posible la adjudicación de las obras del Contrato PRONE GGC 795-2019, toda vez que las ofertas recibidas durante el proceso no cumplieron con los requisitos legales, técnicos y financieros requeridos en las condiciones generales de compra.

9. Ante dicho incremento, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. por medio de Comunicación escrita con radicado MME No. 1- 2021–44365 de fecha 05 de noviembre de 2021, se vio en la obligación de poner en conocimiento del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA dicha situación con la finalidad de buscar soluciones².

10. El MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, a través de comunicación con radicado MME No. 2-2021-023353 y en respuesta a CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. manifestó que CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., debía asumir todos los riesgos asociados al aumento de presupuesto del Contrato.

11. CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., a través de comunicación con radicado No. 202204000008801 de fecha 16 febrero de 2022, solicitó al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA una ampliación del plazo de la actividad de Administración de la Construcción y Puesta en Operación del contrato PRONE GGC 795-2019, toda vez que, era necesario por parte de CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. realizar los ajustes a las condiciones para elaborar nuevos pliegos de condiciones para el nuevo proceso de contratación, ya que se requería iniciar un nuevo proceso que permitiera la adjudicación del contrato en el asunto.

12. CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P al solicitar al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA la ampliación del plazo de la actividad de Administración de la Construcción y Puesta en Operación del contrato PRONE GGC 795-2019 lo hizo bajo el entendido que en el marco del cronograma del contrato para tal actividad se le había estipulado hasta el 31 de octubre de 2022 como fecha final para desarrollar la mencionada actividad, como se aprecia en el ítem correspondiente del cronograma relacionado en el cuerpo del Otro Si número 2, razón por la cual la modificación del plazo contractual era procedente, toda vez que CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. había adelantado un primer proceso de contratación, el cual había sido declarado desierto. Muy a pesar de que a CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P le correspondía estructurar las nuevas condiciones con nuevas reglas para un subsiguiente proceso de contratación, el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, no accedió a dicha solicitud de ampliación del plazo de la actividad de Administración de la Construcción y Puesta en Operación del contrato.

13. El 6 de abril de 2022 CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., con la finalidad de cumplir sus obligaciones contractuales, inició un nuevo proceso de contratación realizando la publicación de pliegos a través del portal de concursos de AFINIA.

14. Durante la apertura del proceso de contratación se recibieron diferentes comunicaciones de los posibles oferentes donde manifestaron que no participarán en el proceso, debido a que, el análisis financiero que realizaron sobrepasa el valor máximo establecido; además indican que al momento de realizar el ejercicio de elaboración de la propuesta económica fue evidente la desventaja en precio respecto a los valores unitarios de referencia.

15. Considerando lo expuesto por los posibles oferentes, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P realizó un análisis comparativo de la variación de las materias primas que existió durante la suscripción del contrato PRONE GGC No. 795-2019 y la vigencia del proceso de contratación que se encontraba realizando CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. y se evidenciaron diferencias sustanciales que duplicaban el presupuesto aprobado por el CAPRONE, lo cual difiere de las condiciones actuales del mercado.

16. El 29 de junio de 2022 se declaró desierto el segundo proceso de contratación.

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

17. La anterior circunstancia hace que sea mucho más oneroso el costo de la obra y, por ende, se excedan las obligaciones de CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. como administrador de los recursos.”.

Fundamentos de derecho:

1. SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR POR FUERZA MAYOR:

La ejecución del Contrato PRONE GGC 795-2019 se ha vuelto imposible por causa de la fuerza mayor debido al alza excesiva de precios en virtud de las afectaciones producidas por la Pandemia del COVID-19.

El Código Civil colombiano, en su artículo 64, subrogado por el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, establece: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”.

El Consejo de Estado ha entendido que “La fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo”.³ Así mismo estableció que la fuerza mayor debe ser:

“1) Exterior: esto es que “está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aun indirectamente por la actividad del ofensor”.

2) Irresistible: esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho”

3) Imprevisible: cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo.”²

Dichas condiciones se cumplen en el presente caso, como se observará a continuación.

En primer lugar, existe un hecho exterior a las partes que se produce después de la celebración del contrato y no es producto de la actividad de alguna de las partes: el alza de precios producto de las afectaciones a la cadena de suministros por la pandemia del COVID-19. En Colombia, el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, declaró la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, hasta el 30 de mayo de 2020 y mediante la Resolución 666 de 2022 prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 30 de junio de 2022. Debido a las afectaciones de la Pandemia, que se ve representado en el presente caso con la crisis de la cadena de suministro a nivel mundial, al aumento de los precios de las materias y recursos utilizadas (en parte por el aumento de los costos de envío de mercancías a nivel mundial) y la mano de obra, como se observa en las comunicaciones remitidas al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA y los hechos de estos descargos, los costos para realizar la obras relacionadas con el Contrato PRONE GGC 795-2019 aumentaron considerablemente. Este es un hecho que no es imputable a CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. y se produce con posterioridad a la firma del Contrato.

En segundo lugar, este hecho ha sido irresistible y ha impedido sistemáticamente el cumplimiento de las obligaciones del Contrato PRONE GGC 795-2019. Si bien CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. ha sido diligente, los dos procedimientos de contratación que se han iniciado han sido declarados desiertos por falta de cumplimiento de requerimientos y la imposibilidad de seleccionar a un oferente bajo los rangos de precios establecidos por el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. En ese sentido, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., aun sabiendo que los precios habían aumentado y habiéndose comunicado al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, no habría podido actuar de forma distinta, pues de acuerdo con las obligaciones del Contrato PRONE GGC 795-2019 tenía que contratar a un tercero para el desarrollo de las obras. Una actividad que devino imposible como se ha ilustrado anteriormente. En ese sentido, el alza de precios, producida por las afectaciones económicas de la Pandemia del COVID-19 a la cadena de suministro, es un hecho irresistible para CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P.

En tercer lugar, con las condiciones en las que se celebró el contrato no era previsible que durante su ejecución se materializa un riesgo que generara una desviación extrema en los precios de los insumos, esto con ocasión a que, debido a la Pandemia del COVID-19, los principales puertos en el mundo colapsaran por cierres, los fletes internacionales se fueron alza, existencia de escasez de contenedores para las operaciones de importación y exportación, plazos más largos de operación

² Consejo de Estado. (Sentencia del 26 de febrero de 2004). Exp 13833. [C.P. German Rodríguez Villamizar]

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

por los represamientos de carga en los terminales portuarios, cancelaciones de itinerarios, cambios de fecha de embarque, entre otros. Todos estos riesgos eran imprevisibles al momento de la suscripción del Contrato. Cabe destacar, que la teoría de la imprevisión procede cuando la ejecución de un contrato sinalagmático como el que nos ocupa se torna excesivamente oneroso para una de las partes, en razón a hechos sobrevinientes, extraordinarios e imprevisibles a su celebración.

Ante la identificación del nuevo Coronavirus (COVID-19) desde el 7 de enero de 2020, se declaró este brote como Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) por parte de la Organización Mundial de la Salud, razón por la cual el Ministerio de Salud y Protección Social al propagarse la pandemia en el territorio nacional como evento de fuerza mayor, que paralizó gran sector de la economía, mediante Resolución 385 de 12 de marzo de 2020, declaró “la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional(...)” señalando que tal declaratoria podría finalizar antes de la fecha indicada (hasta el 30 de mayo de 2020) reseñando en dicha declaratoria: “ o cuando desaparezcan las causas que le dieron origen o, si estas persisten o se incrementan, podrá ser prorrogada” y para ello adoptó medidas sanitarias extraordinarias, estrictas y urgentes relacionadas con la contención del virus y su mitigación. En efecto, el Gobierno Nacional con el fin de mitigar la propagación del contagio mediante la Resolución 666 de 2022 prorrogó la emergencia sanitaria hasta el 30 de junio de 2022, adoptando medidas sanitarias, ordenando a los representantes legales de las entidades territoriales departamentales, distritales y municipales adoptar las medidas sanitarias que se requieren para la protección de la comunidad, de acuerdo con el comportamiento epidemiológico de la pandemia de la COVID-19.

Ante la evidente situación repentina e inesperada, el 17 de marzo de 2020 el Presidente de la República con la firma de todos los ministros mediante Decreto Legislativo 417 declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, señalando que mediante decretos legislativos, adoptaría las medidas de rango legislativo, autorizadas por el Estado de Emergencia, con el fin de fortalecer las acciones dirigidas a conjurar los efectos de la crisis en todos los ámbitos o sectores de la vida nacional, así como a mejorar la situación de los contagiados y evitar una mayor propagación del COVID-19, en tal sentido tales medidas se dirigieron “de un lado, a evitar la propagación de la misma, y de otro, a reducir la extensión de sus efectos negativos en la economía”³

En este contexto, con ocasión del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivada de la pandemia y en virtud de la expedición del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, se autorizó al Gobierno Nacional a “acudir al procedimiento de contratación directa para que los sectores de la salud, prosperidad social, educación, defensa y todos aquéllos que requieran prestar atención a la población afectada, puedan adquirir el suministro de bienes, prestación de servicios o la ejecución de obras con el objetivo de prevenir, contener y mitigar los efectos de la pandemia del COVID-19”.

Vale la pena destacar, que al lado de los decretos legislativos 457 del 22 de 2020 y 531 del 8 de abril de 2020, donde se ordenaba el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes del territorio nacional, el Gobierno nacional en ese distanciamiento individual durante el estado de emergencia sanitaria, respecto a la “contratación estatal y el mercado de compras públicas”, consideró que aprovechando los medios tecnológicos para cumplir la función administrativa era razonable expedir una nueva norma, sin afectar los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política”.

Justamente el Gobierno nacional consideró razonable “permitirle a las entidades públicas contratantes surtir por medios electrónicos los procedimientos administrativos sancionatorios por presunto incumplimiento contractual” como también permitirles a las entidades públicas “suspender los términos de los mismos para darle prioridad o prevalencia a aquellas actuaciones contractuales orientadas a mitigar la emergencia sanitaria o impedir la extensión de sus efectos y adicionar así el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011”, tal como quedó establecido en el Decreto 537 de abril 12 de 2020⁴.

En efecto, en el Decreto 537 de abril 12 de 2020 señaló el Gobierno nacional que lo razonable y adecuado era (i) “permitirle a las entidades públicas contratantes surtir por medios electrónicos los procedimientos administrativos sancionatorios por presunto incumplimiento contractual o suspender los términos de los mismos para darle prioridad o prevalencia a aquellas actuaciones contractuales orientadas a mitigar la emergencia sanitaria o impedir la extensión de sus efectos y adicionar así el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011”, (ii) “brindarle a las entidades públicas la posibilidad de modificar sus prioridades en el plan de adquisiciones y ejecución del gasto para

³ CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA 18 ESPECIAL DE DECISIÓN consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ Bogotá D.C., catorce (14) de julio de dos mil veinte (2020) Radicación número: 11001-03-15-000-2020-01686-00(CA)

⁴ “Por el cual se adoptan medidas en materia de contratación estatal, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

invertirlos en obras, bienes y servicios que aporten en la mitigación de la pandemia” y como consecuencia de lo anterior (iii) reseñó que (...) “se podría facultar a los ordenadores del gasto, adicionando un artículo nuevo a la legislación contractual, bien para revocar los actos mediante los cuales se abren los procesos de selección de contratistas o para suspender los mismos cuando sea complejo o imposible continuarlos”.

Coherente con lo aquí explicado el Decreto 537 de abril 12 de 2020, resolvió en su artículo 3, la “Suspensión de los procedimientos de selección de contratistas y revocatoria de los actos de apertura” al indicarse, que: “Durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, las entidades públicas podrán como consecuencia de la Emergencia Sanitaria suspender los procedimientos de selección”. (Negrillas y Subrayas fuera de texto) y en lo que respecta a su vigencia, conforme a su artículo 11, señaló que “este decreto” regía “a partir del 16 de abril de 2020”, precisando que estaría “vigente mientras se mantuviera a la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19”.

Bajo estas consideraciones es claro que al encontrarse inmersos en este evento de fuerza mayor tanto CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., como el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA incidió que la primera no pudiera ejecutar de forma ordinaria las obligaciones contraídas en los plazos estipulados, habida cuenta que tal circunstancia imprevista y detonante de la crisis económica generada por los efectos de la propagación de la pandemia, repercutió en su ejecución normal, tan es así que impactó en los procesos de contratación en todo el territorio nacional, conllevando a que el Gobierno nacional replanteara normativamente el esquema de la contratación pública, como se ha venido explicando en precedencia.

Es incontestable que en ese replanteamiento de los procesos de contratación que se encontraban en curso y los demás que se adelantarán durante la pandemia es decir hasta la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, tal como se indicó en el Decreto 537 de abril 12 de 2020, trajo como consecuencia que el Gobierno nacional permitiera a todas las entidades estatales (MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA) a que estas pudieran revocar los actos contractuales aun si habían o no iniciado los procesos de selección de contratistas, como también para suspender los mismos cuando se evidenciara su complejidad por hacerse imposible su continuidad. Esta posibilidad de acogerse al Decreto 537 de abril 12 de 2020 la tuvo el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, sin embargo, no hizo uso de las facultades ahí conferidas.

De tal modo, que por la misma complejidad de la contratación impactada por la pandemia y siendo evidente que la ejecución de estos Contratos PRONE de Normalización Redes en barrios subnormales implica la utilización de materias primas y bienes, no es menos cierto que para los años 2020 y 2021 estos insumos se encontraban con altos costos, que ameritaba claramente un replanteamiento del proceso de contratación por parte del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, (Decreto 537 de 2020), teniendo en cuenta que las medidas sanitarias extraordinarias para mitigar la propagación del contagio se extendieron hasta el 30 de junio de 2022 conforme a la Resolución 666 de 2022 que prorrogó la emergencia sanitaria. Por tanto (i) el efecto detonante y funesto de la pandemia que logró conmocionar el orden económico y social de nuestro país con alteración a las diferentes actividades productivas de las empresas, sumado a (i) la ausencia de actos contractuales del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA para reestructurar el proceso de contratación, y (iii) la negación del contratante a la solicitud del contratista de extender los términos establecidos para las fases de la contratación del cronograma, provocó un desequilibrio financiero para CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., cómo se explica en el discurrir de estos descargos.

Y es que esta situación grave y anormal, solo podía ser enfrentada por el Gobierno nacional a partir de medidas legales extraordinarias donde se declarará los estados de excepción como efectivamente ocurrió; de manera que siendo en palabras de la Corte Constitucional “un hecho cierto y notorio la amplificación de los efectos económicos negativos que han implicado las medidas de aislamiento social para evitar la propagación de la pandemia(...)” es inequívoco entonces que la ocurrencia propagación y gravedad de la pandemia del Coronavirus COVID-19, al ser de conocimiento público se encuentra excluida de la carga de la prueba por la prevalencia del principio del derecho sustancial sobre el formal, supremacía que aplica en las actuaciones administrativas sancionatorias y con primacía ante cualquier cláusula que se haya estipulado para el fenómeno de fuerza mayor como en el asunto en cuestión, dada la realidad sobre las formas.

De hecho, los riesgos eran tan imprevisibles que los niveles de precios, dependiendo de los oferentes consultados, podrían tener un aumento entre el 30% y el 200% aproximadamente de los valores aprobados por el CAPRONE para la ejecución de las obras del Contrato PRONE GGC 795-2019. De hecho, si bien CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. realizó dos procedimientos

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

de selección para contratar las obras, éstos fueron declarados desiertos. De hecho, algunos posibles oferentes se abstuvieron de presentar ofertas debido a que los precios y límites establecidos en las convocatorias no se ajustaban a la realidad del mercado (como se ha evidenciado en comunicaciones remitidas al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA).

Por lo expuesto anteriormente, el cumplimiento del Contrato PRONE GGC 795-2019 se tornó imposible debido al hecho de fuerza mayor del alza de precios por las repercusiones o efectos económicos de la Pandemia COVID-19. En ese sentido, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. se encuentra exento del presunto incumplimiento debido a que existe un hecho de fuerza mayor que impide el cumplimiento por parte de la compañía.

Frente a lo que denomina el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, en los términos de la citación de la presente audiencia como “consecuencias por el presunto incumplimiento del contratista”, respecto a las obligaciones contractuales, donde la entidad contratante señala que de configurarse dicha infracción puede generar “La declaratoria de Incumplimiento parcial, por no haber dado cumplimiento a las cláusulas 1, 2, 4, 10, 20 y 25 del contrato PRONE GGC 795 de 2019”, y que como consecuencia de tal eventualidad puede conllevar a que el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA pueda “Imponer a título de multa como consecuencia del incumplimiento del Contrato PRONE GGC 795 de 2019 por la suma de ciento dos millones, cuatrocientos cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y cuatro pesos con tres centavos (\$102.449.864,03) equivalente al 85% de la no ejecución.”, debemos precisar de manera categórica que CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. no ha incurrido deliberadamente en incumplimiento parcial ni definitivo de las obligaciones asumidas dentro del Contrato PRONE GGC 795-2019, por lo siguiente:

i. En desarrollo del Contrato PRONE GGC 795-2019, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P, si bien se puede entender que ha habido retraso en la ejecución del contrato por lo explicado precedentemente se han dado circunstancias extraordinarias que rodearon el proceso de contratación al impactar la normal ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales, por tanto no es procedente la aplicación de sanción contractual alguna y específicamente no hay lugar a la imposición de multas en los términos indicados en la cláusula vigésima primera, habida cuenta que en ejercicio del deber de control y vigilancia que tiene la entidad contratante, puede revisar las situaciones extraordinarias e inesperadas expuestas por CARIBEMAR S.A.S E.S.P, con la finalidad a posibilitar la ejecución del contrato, inclusive de manera directa por esta firma contratista.

ii. La ejecución del Contrato PRONE GGC 795-2019, se hizo imposible de ejecutar en la línea de tiempo y términos establecidos en el cronograma debido a los altos costos para realizar las obras materia del Contrato PRONE GGC 795 - 2019 como efecto de la Pandemia del COVID-19 que impactó toda la cadena de suministro a nivel mundial, en relación con las materias, recursos y mano de obra, tal como lo expuso CARIBEMAR S.A.S E.S.P al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, y como se acredita en todo el plenario, verbigracia las comunicaciones remitidas a la entidad contratante, por lo que es válido que el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA realice un ajuste con ampliación del plazo del cronograma de ejecución del contrato, como efectivamente lo ha solicitado CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P con antelación al inicio de esta actuación administrativa sancionatoria.

iii. Los dos procesos de contratación que había iniciado CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P fueron declarados desiertos, siendo que una de las causales consistió en la imposibilidad de que los potenciales oferentes (terceros) pudieran cumplir con los estándares de precios establecidos por el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. Asimismo, razón por la cual debe tenerse en cuenta por parte de la entidad contratante, como se ha explicado precedentemente por CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P, que esta empresa ha venido anunciando y solicitando al MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA la ampliación del plazo de la actividad de Administración de la Construcción y Puesta en Operación del contrato PRONE GGC 795-2019, toda vez que el cronograma del contrato para ejecutar dicha actividad se había estipulado con fecha final hasta el 31 de octubre de 2022 y en tal sentido, dicho cronograma amerita una modificación del plazo contractual. No obstante, el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA no accedió a la solicitud de la ampliación del cronograma, muy a pesar de la conveniencia de reprogramar el plazo de ejecución del contrato. En tal sentido, no se puede entender transgredido por parte de CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. los términos previstos en el cronograma de obra, por existir la circunstancia de la declaratoria de desierto de los procesos de contratación, que ha imposibilitado la selección de los contratistas para que estos pudieran ejecutar las obras connaturales con los contratos PRONE. En tal virtud, no hay lugar a la imposición de multas en los términos establecidos en la cláusula vigésima segunda del contrato.

2. SOBRE EL REAJUSTE DE PRECIOS Y EQUILIBRIO DEL CONTRATO

Los contratos de tracto sucesivo o ejecución diferida pueden presentar un alza en el valor de los diversos ítems o rubros que conforman los precios unitarios por el solo transcurso del tiempo. Esto

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

ocasiona una afectación directa al contratista, puesto que, este tendrá que incurrir en mayores costos de los presupuestados inicialmente pactados, ya que, a la hora de ejecutar las obras o servicios, los materiales equipos y mano de obra ya no valdrán lo mismo que valían en la fecha en la que se proyectó el presupuesto de la obra y se calcularon los costos de esta.

Teniendo en cuenta que el contratista sólo es un colaborador del Estado para el cumplimiento de los fines del contrato como lo es la adecuada prestación de los servicios públicos (artículo 3 de la Ley 80), se prevé la figura del reajuste de precios como una solución ante la situación antes descrita, puesto que, esta permite que se pueda realizar un reajuste de los precios unitarios que se hayan originado por la variación de los insumos, materiales o mano de obra que se presente en el mercado, de forma tal que los nuevos valores económicos correspondan a la realidad de los costos al momento de la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista.

El artículo 4 de la Ley 80 de 1993, que establece que las entidades estatales tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar, para lo cual deben de utilizar “los mecanismos de ajuste y revisión de precios”⁵.

Incluso en los casos en que no se haya pactado una fórmula de reajuste de precios o que estando incluida dentro del contrato esta resulte ser insuficiente para absorber las variaciones que se hayan presentado en algunos de los elementos componentes de los precios unitarios, de forma tal que al efectuar la formula esta no produzca una actualización de estos.

Bajo este contexto, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado señala que: Bajo este panorama la parte afectada tendrá derecho a pedir la revisión del contrato, es decir, que se analicen los términos en que aparecen pactadas las prestaciones a cargo de los contratantes y más específicamente, la composición de los precios unitarios que se hubieren acordado, para determinar en esta forma si efectivamente obedecen a la realidad de las variaciones que se hubieren podido presentar en los mismos entre la fecha de presentación de la oferta o de celebración del contrato y la fecha de ejecución y pago de las prestaciones o si, en efecto, la fórmula de reajuste acordada, si fuere el caso, resultó insuficiente, para obtener por este medio el reajuste de los precios y en consecuencia, el restablecimiento de la ecuación contractual inicialmente pactada (...)”⁶.

Todo lo anterior permite concluir que según la normativa colombiana el reajuste de precios procede ante hechos en donde por razón del transcurso del tiempo se presenta un alza en el valor de los diversos ítems o rubros que conforman los precios unitarios. Ahora, en el caso concreto, la aprobación del presupuesto para la ejecución del Contrato PRONE GGC 795 data del año 2019 y a la fecha del cumplimiento de las obligaciones a cargo de CARIBEMAR dicho presupuesto se ha visto afectado por diversos fenómenos en el mercado, especialmente por los efectos económicos del COVID19, con afectaciones al sistema económico, de magnitudes impredecibles para la economía y empresas colombianas como se ha evidenciado anteriormente.

Adicional a lo anterior, el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA indicó a CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., que no procede a realizar revisión en cuanto a variación en los precios de los materiales del contrato, toda vez que, esa compañía asumió los siguientes riesgos dentro del contrato PRONE GGC 795-2019, indicando lo siguiente:

“(…) Dado lo anterior, se reitera que la variación en los precios de los materiales es un riesgo que asumió el CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., al momento de recibir los contratos en cesión, y dicho riesgo entre otros quedaron señalados en la Cláusula Vigésima Quinta – Riesgos (…)

2. Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en los precios de mercado de los insumos o en las cantidades de material y personal necesarios para adelantar todas las demás actividades previstas a cargo del OPERADOR DE RED para la ejecución del Proyecto.

3. Los efectos favorables o desfavorables derivados de variaciones en el costo de la nómina que disponga el Contratista para la ejecución del presente contrato. 4. En general, los efectos favorables o desfavorables de las variaciones de los componentes económicos y técnicos necesarios para cumplir con las obligaciones del Contratista necesarias para la cabal ejecución de este Contrato. relacionadas con la contratación de los subcontratistas, la de personal, las labores administrativas, los equipos y materiales requeridos. el manejo ambiental y social, entre otros. (…)

6. Variaciones en la rentabilidad del negocio derivada de eventos ajenos e inimputables a las Partes.

⁵ Congreso de la República de Colombia, numeral 8, artículo 4, Ley 80 de 1993.

⁶ Sentencia número: 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912), de fecha veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014), Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH.

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

(...)

8. *Variación en el índice de Precios al Consumidor, índice de Precios al Productos, y cualquier otro índice o canasta de costos macroeconómica que tenga efectos económicos.*

(...)

10. *Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones de (i) el valor del Peso con relación a cualquier otra moneda, incluyendo, pero sin limitarse al dólar, (ii) los indicadores económicos colombianos, (iii) la economía colombiana o del país de origen del Contratista (o de cualquiera de sus accionistas o miembros) (...)*”

Esto ha generado que CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. incurriera en mayores costos de los presupuestados inicialmente porque al momento de ejecutar las obras, los materiales, equipos y mano de obra, no costaban lo mismo que costaban en la fecha en la que se proyectó el presupuesto de la obra y se calcularon los costos de la misma, ni cuando se presentó la oferta y se celebró el respectivo contrato, situación que puede ser verificada por el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA en los Análisis de Precios que presentó CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. en las comunicaciones dirigidas al Ministerio antes citadas.

La negativa del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA de realizar un ajuste de precios en virtud de la cláusula vigésima quinta constituye una violación a una figura de derecho público irrenunciable como lo es el equilibrio económico contractual. “No se pueden trasladar los hechos generadores de desequilibrio económico reconocidos por la jurisprudencia, pues ello implicaría la renuncia a una institución de derecho público, esencialmente irrenunciable.”⁷

(...) CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA – RIESGOS

Riesgos asignados al OPERADOR DE RED:

1. *Los efectos favorables o desfavorables derivados de variaciones en el costo de los insumos que sean necesarios para la ejecución de las actividades de Construcción y Administración. Operación y Mantenimiento.*

Todo lo anteriormente explicado debe entenderse en el marco del principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consistente en que a través de este mecanismo se debe garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deberán adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento. Para estos efectos, a las partes le corresponde celebrar los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, para lo cual podrán hacer los ajustes correspondientes tendiente a restituir tal equilibrio, como lo preceptúa el artículo 27 de la Ley 80 de 1993⁸.

Con fundamento en este principio del equilibrio económico, el contratista tiene derecho en consecuencia a exigir su restablecimiento, lo que indica que ante el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, tal situación conlleva a que a esta se le repare o atenúe los daños producidos por actos o hechos extraordinarios e imprevisibles que se presenten con posterioridad inclusive al nacimiento del contrato como efectivamente ha ocurrido en el asunto ut supra, donde se ha visto afectada de manera grave la empresa CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P, habida cuenta que las circunstancias extraordinarias imprevistas y detonantes de la crisis económica y social generada entre otros factores por la pandemia del Coronavirus COVID-19, como se expuso en precedencia, ha sido un factor trascendental en tal desequilibrio.

En síntesis, la ejecución del contrato sin un reajuste razonable de los precios genera una falla sistemática en la gestión contractual y consecuentemente un limitante para la consecución de los fines del objeto del contrato, como lo demuestra la declaratoria de desierta de los procesos de contratación, en ese orden, el incumplimiento o retraso de los cronogramas derivados de los contratos PRONE 2019, obedecen a circunstancias extraordinarias que no pueden ser imputables a CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P, lo que debe llevar razonablemente al necesario restablecimiento del equilibrio económico del contrato, que impliquen una adecuada ecuación

⁷ Laudo arbitral dictado para resolver las diferencias entre el Consorcio Cosacol y ECOPETROL. Fecha 28 de mayo de 2000, Árbitros: María Cristina Morales de Barrios, César Gómez Estrada y José Alejandro Bonivento.

⁸ El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración, preceptúa: “Artículo 27. De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.” “Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de qué trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

financiera conforme a las nuevas exigencias y necesidades del interés público y no a la imposición de la multa como se pretende.

3. SOBRE LA INEFICACIA DE PLENO DE DERECHO DE LA CLÁUSULA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO PRONE GGC 795 - 2019

La asignación de riesgos realizada por el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA en el contrato PRONE GGC 795-2019, invocada en los documentos de respuestas del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, adolece de vicios puesto que difiere conceptualmente de la forma como deben ser estimados, tipificados y asignados los riesgos en la contratación pública y se configura la ineficacia de pleno derecho de la cláusula pactada.

3.1. Sobre la extralimitación del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA en la asignación de los riesgos.

El MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA se extralimita en la distribución y asignación de riesgos al establecer la cláusula vigésima quinta del Contrato PRONE GGC 795-2019 porque asigna riesgos al Contratista que no hacen parte de aquellos riesgos derivados del alea normal del negocio. Esto va en contravía del equilibrio económico de los contratos que implica que “debe haber una equivalencia honesta entre las prestaciones”⁹.

Existen unos límites en la distribución de riesgos que establecen que existen ciertos riesgos que no se pueden trasladar al contratista. El artículo 2.4.1.11 del Decreto 1068 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, establece que el contratista debe asumir los riesgos derivados de su álea normal, es decir aquellos que sean susceptibles de lucro.

La jurisprudencia ha desarrollado esta limitación de la siguiente así:

“Los riesgos que superen el área normal u ordinaria del contrato no son trasladables”¹⁰.

“Es la alea extraordinaria que ningún contratista del Estado está llamado a asumir en su función de colaborador del Estado en la consecución de sus fines, so pena de que se quiebre el principio constitucional fundamental de la igualdad de los administrados ante las cargas públicas.”¹¹

Los documentos CONPES 3107, 3133 y 3714, con base en la regulación vigente y en la jurisprudencia han señalado que los riesgos deben ser asumidos por quien esté en mejores condiciones de soportarlos, mitigarlos, administrarlos y disminuir los efectos nocivos que su acaecimiento puede generar en la economía del contrato. Esto ha sido ratificado por la jurisprudencia, así: “De esta manera, el riesgo debe asignarse y asumirse por quien lo conoce, sabe manejarlo, puede evitar o solucionar sus efectos, y cuenta con la capacidad jurídica y económica para controlarlo”.¹²

En consecuencia, el traslado de un riesgo correspondiente al álea anormal o extraordinaria, o de un riesgo de los denominados irresistibles, o uno que constituya un ofrecimiento ilimitado, o una causal de desequilibrio económico reconocido por la jurisprudencia o de una obligación que depende de la voluntad exclusiva de la Administración, estarán afectados con la ineficacia derivada de la ilegalidad de dicha determinación. Esto se debe a que los riesgos que se pretenden trasladar no pueden desconocer los principios generales contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, en especial las limitaciones previstas en la Ley 80 de 1993, así como la especificidad y taxatividad que respecto del riesgo previsible prevé la Ley 1150 de 2007, el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 1510 de 2013.

Ahora bien, el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, a través de diferentes comunicaciones manifestó a CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. que:

“De acuerdo con lo dispuesto en el numeral III del Anexo No. 1 de la Resolución No. 40669 del 22 de agosto de 2019, “por la cual se convoca a los Operadores de Red para presentar Planes, Programas y/o Proyectos de Normalización de Redes Eléctrica, para la adjudicación de recursos del Programa de Normalización de Redes Eléctricas PRONE, así como para llevar a cabo su desarrollo” (Anexo 2), se estableció que:

“En caso de que se requieran recursos adicionales para llevar a cabo el 100% de las obras previstas en cada proyecto, y que implique la prestación del servicio de energía eléctrica a nuevos

⁹ Rodríguez R. L. El Equilibrio económico en los contratos públicos. Cuarta edición. Editorial Temis: Bogotá.

¹⁰ LAUDO ARBITRAL. TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO GASES DE OCCIDENTE S.A. ESP Vs. LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Bogotá, D.C., febrero 10 de 2012. ÁRBITROS. ANTONIO PABÓN SANTANDER, MARIA TERESA PALACIO JARAMILLO Y SUSANA MONTES DE ECHEVERRI.

¹¹ Ibidem

¹² COLOMBIA, LAUDO ARBITRAL, Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Invías, agosto 24 de 2001, Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil uno (2001).

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

usuarios no contemplados en el proyecto presentado, le corresponderá al respectivo Operador de Red (OR) que presenta el proyecto, aportar los mismos”.

En este sentido, a partir de los lineamientos de la Convocatoria en la cual fueron presentados estos proyectos, y cuya ejecución asumió CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P., el riesgo consistente en la necesidad de una mayor cantidad de recursos recae en el Operador de Red. En este sentido, es CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P., quien tiene a su cargo la responsabilidad de asumir los sobrecostos que se presenten en los respectivos proyectos”.

No obstante, en la “Convocatoria PRONE 01 de numeral III” no se establece que cualquier aumento en el presupuesto de los contratos (costos de materiales, mano de obra, herramienta y equipos y transporte) sería asumido por el Operador de Red. Los aumentos a los que hace referencia dicha convocatoria se entienden que corresponden a los que implique la prestación del servicio de energía eléctrica a nuevos usuarios no contemplados en el proyecto presentado.

Ahora bien, no se debe perder de vista, que el tercer criterio de selección, establecido en el título VII. CRITERIO DE SELECCIÓN DE PROYECTOS del Anexo 1 a la Resolución MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA No. 40669 del 22 de agosto de 2019, obedece a la aplicación de la fórmula correspondiente para establecer el orden de prioridad de cada proyecto. En ella se consideró, entre otros criterios, el menor costo por usuario de cada proyecto objeto de evaluación, en virtud de ello, el presente proyecto fue aprobado por el CAPRONE. En ese sentido, el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA no puede pretender que el Operador de Red asuma el aumento del costo por usuario, toda vez que la obligación que se estableció desde la “Convocatoria PRONE 01 de 2019” numeral III es que el Operador de Red asumiría los recursos adicionales que implique la prestación del servicio de energía eléctrica a nuevos usuarios no contemplados en el proyecto presentado. Sin embargo, el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA manifiesta que:

“(…) En este sentido, a partir de los lineamientos de la Convocatoria en la cual fueron presentados estos proyectos, y según lo establecido en la Cláusula Vigésima Quinta Riesgos de los Contratos en mención, cuya ejecución asumió CARIBEMAR DE LA COSTA S. A.S E.S.P., el riesgo consistente en la necesidad de una mayor cantidad de recursos recae en el Operador de Red. Es por ello que, es CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P., quien tiene a su cargo la responsabilidad de asumir los sobrecostos que se presenten en los respectivos proyectos. (...)”.

Como se manifestó anteriormente, el aumento en el presupuesto del contrato PRONE GGC 795-2019, no obedece a “la prestación del servicio de energía a nuevos usuarios” ni a hechos previsibles a la luz del contrato, se refieren a lo que tiene que ver con la sumatoria de los costos generales (materiales, mano de obra, herramienta y equipos y transporte), donde se encontraron diferencias extremas respecto a los precios aprobados por el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA. La aprobación de precios del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA difiere de las condiciones actuales del mercado, circunstancia que hace mucho más oneroso el costo de la obra.

En efecto, y entendiendo que CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., solo está obligada a asumir los costos adicionales cuando implique la prestación del servicio de energía eléctrica a nuevos usuarios no contemplados en el proyecto presentado, a esta compañía no le asiste asumir cualquier aumento en el presupuesto de los contratos, toda vez, que en dicha disposición no se entiende dicha obligación.

Es de referir que el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA trasladó definitiva y totalmente todos los riesgos a CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., sin precisar su limitación, alcance y costo, lo cual, en materia de costos de acuerdo con el análisis económico realizado del presupuesto del contrato PRONE GGC 795-2019 el mismo aumentó de forma extraordinaria y anormal como se ha demostrado, lo cual, conlleva a que CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P se encuentre adquiriendo obligaciones de extensión ilimitada, las cuales son sancionadas con la ineficacia por la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia.

En consecuencia, es ilícito de acuerdo con nuestro ordenamiento un ofrecimiento ilimitado (Art. 24 No. 5 Ley 80 de 1993), por lo anterior asumir riesgos que no puedan ser cuantificables, ni determinables desde los pliegos o que el contratista no pueda establecer.

3.2. Sobre la inducción al error por parte del MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, al establecer una asignación de riesgos divergente de la establecida en la Convocatoria PRONE 01 de 2019 y sin sus respectivos soportes.

Con lo establecido en el Numeral III. Alcance del Anexo 1 de la Resolución MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA No. 40669 de 2019, el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA indujo a error a los licitantes de esta convocatoria por no existir claridad sobre la asignación de riesgos al momento de presentarse a la Convocatoria PRONE 01 de 2019.

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

La Ley 80 de 1993 establece que las actuaciones de las entidades en desarrollo de los contratos estatales deberán ceñirse a los principios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales, los cuales son: “transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa”

La Ley ha creado una carga adicional en cabeza de la administración pública, pues exige que dichos riesgos en cuanto a su “identificación”, “tipificación”, “estimación”, “cuantificación” y “asignación”, deben estar debidamente soportados, previendo adicionalmente, que dichos soportes se deben entregar a los proponentes, para que ellos puedan evaluar el valor del riesgo, e incorporar adecuadamente a su propuesta, previendo en el ejercicio de determinación de su oferta económica, el costo del acaecimiento de los eventuales riesgos que asume, en virtud del traslado realizado por la entidad estatal (artículo 4 de la Ley 1150 de 2007).

En líneas generales implica que no se puede inducir a error al licitante¹⁶, por lo cual, las distribuciones de riesgos que no impliquen ni tengan cuantificado el valor del riesgo que se asume, o el porcentaje de ese riesgo que está cubierto por el contratista, carecen de los elementos legales exigidos por el legislador, para ser vinculantes, y en consecuencia, las mismas resultan ineficaces. Por lo anterior, una matriz de riesgos que coloque en cabeza del contratista, el cien por ciento de un riesgo, o de hecho cualquier porcentaje, sin cuantificar o estimar, o sin que ese porcentaje corresponda a la realización de un estudio previo que le permita al proponente contar con los elementos de juicio para ajustarlo o incluirlo en su oferta económica, implica una obligación de naturaleza ilimitada, la cual se encuentra prohibida por nuestro ordenamiento jurídico y es ineficaz de pleno derecho conforme a la sanción prevista en el artículo 24, numeral 5º, literal e) de la Ley 80 de 1993.

En el Contrato PRONE GGC 795 de 2019 se estableció en su cláusula vigesimoquinta que:

CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA – RIESGOS
Riesgos asignados al OPERADOR DE RED:

1. Los efectos favorables o desfavorables derivados de variaciones en el costo de los insumos que sean necesarios para la ejecución de las actividades de Construcción y Administración. Operación y Mantenimiento.
2. Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en los precios de mercado de los insumos o en las cantidades de material y personal necesarios para adelantar todas las demás actividades previstas a cargo del OPERADOR DE RED para la ejecución del Proyecto.
3. Los efectos favorables o desfavorables derivados de variaciones en el costo de la nómina que disponga el Contratista para la ejecución del presente contrato.
4. En general, los efectos favorables o desfavorables de las variaciones de los componentes económicos y técnicos necesarios para cumplir con las obligaciones del Contratista necesarias para la cabal ejecución de este Contrato. relacionadas con la contratación de los subcontratistas, la de personal, las labores administrativas, los equipos y materiales requeridos. el manejo ambiental y social, entre otros.
5. Los efectos derivados de variaciones en los ingresos percibidos con ocasión del cargo tarifario CREG aprobado para la actividad.
6. Variaciones en la rentabilidad del negocio derivada de eventos ajenos e inimputables a las Partes.
7. Variaciones en el costo de la prima de las garantías que deba constituir para afianzar el presente contrato.
8. Variación en el índice de Precios al Consumidor, índice de Precios al Productos, y cualquier otro índice o canasta de costos macroeconómica que tenga efectos económicos.
9. Los efectos derivados de la obtención de las Licencias y Permisos previstas al momento de estructuración del contrato.
10. Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones de (i) el valor del Peso con relación a cualquier otra moneda, incluyendo, pero sin limitarse al Dólar, (ii) los indicadores económicos colombianos, (iii) la economía colombiana o del país de origen del Contratista (o de cualquiera de sus accionistas o miembros)
11. Los efectos de la gestión ambiental a que haya lugar con ocasión de la ejecución del contrato.
12. Los efectos derivados de cambios en las leyes o en las regulaciones aplicables en Colombia al presente contrato y las actividades, obligaciones y responsabilidad derivadas del mismos, en lo que se refiere a las actividades de prestación del servicio de energía y AOM.
13. El daño total o parcial o cualquier pérdida de la infraestructura construida a través del presente contrato, bien sea cuando ocurra por eventos imputables al ADMINISTRADOR o por eventos de fuerza mayor o caso fortuito cubiertos por la garantía contra todos riesgos indicada en la cláusula décima segunda.

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

14. Cualquier daño ambiental relacionado con la prestación del servicio de energía, las actividades de AOM causado por el Contratista o sus subcontratistas.
15. Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en la rentabilidad de la operación y obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas.
16. Los efectos económicos derivados de la oposición de la comunidad a la realización del Proyecto.

Es decir, que si por esta causa no es posible ejecutar el proyecto se hará devolución del dinero desembolsado por el MINISTERIO (...)” (Negritas fuera de texto).

Como se puede observar, en especial los apartados resaltados con negrilla, la asignación de riesgos de este contrato es distinta a aquella señalada en el Alcance de la Convocatoria PRONE 01 de 2019. Por lo anterior, el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA induce a error a los contratistas de dicha convocatoria PRONE 01 de 2019 puesto que se asignan riesgos y aportes adicionales de recursos diferentes de aquellos señalados en la Convocatoria.

Adicionalmente, el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA incumple con sus obligaciones de transparencia al no publicar los soportes de la identificación, tipificación, estimación, cuantificación y asignación de los riesgos a lo largo de la convocatoria. La contratación estatal exige el cumplimiento de las exigencias técnicas, la determinación clara, expresa y completa de los estudios previos, ahora incluidos entre ellos, los riesgos previsibles del contrato. Es decir, el riesgo previsible debe ser claramente determinado en su objeto y alcance por parte de la administración, debe ser íntegro y completo¹³.

Por un lado, los estudios previos del contrato fueron publicados en la plataforma SECOP I el 28 de abril de 2022, después del inicio de la ejecución del contrato. Por otro lado, al revisar los estudios previos del presente contrato, dichos riesgos no se encuentran relacionados en la matriz de riesgo, lo que hace que dicha cláusula pactada en el contrato implique una obligación de naturaleza ilimitada, la cual se encuentra prohibida por nuestro ordenamiento jurídico y es ineficaz de pleno derecho conforme a la sanción prevista en el artículo 24, numeral 5º, literal e) de la Ley 80 de 1993¹⁴, dichos riesgos fueron asignados todos al contratista, dejando de lado la cuantificación y calificación del riesgo basado en sus causas y consecuencia e ignorando el tratamiento específico de asignación y mitigación que se ha desarrollado a través de los documentos CONPES 3107 y 3714.

En ese sentido, debido a la inducción al error por la divergencia en el alcance de la asignación de riesgos de la Convocatoria PRONE 01 de 2019 y el Contrato PRONE GGC 795 de 2019 y por la falta de soportes técnicos que justifiquen dicha asignación de riesgos, se entendería que la presente cláusula es ineficaz de pleno derecho.

4. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO QUE CONTEMPLA EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011

El MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA al desplegar la actuación administrativa sancionatoria debió sujetarse al procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y a las disposiciones aplicables a esta materia, puesto que al anunciar que podría declarar el incumplimiento parcial de las obligaciones del contrato PRONE GGC 795 – 2019 a cargo de CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P., está al momento de cuantificar a título de multa “la suma de ciento dos millones, cuatrocientos cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y cuatro pesos con tres centavos (\$102.449.864,03) equivalente al 85% de la no ejecución”, no explica las razones y variables que determinan tal sanción, de modo que no existe claridad respecto a la liquidación del monto, y a más de esto, no le da relevancia el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA a los elementos fácticos que han caracterizado este proceso de contratación, dado que es evidente todas las circunstancias extraordinarias que han incidido en el proceso de contratación, razón por la cual la multa anunciada perdería su razón de ser, una vez el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA haga una verificación de todos los hechos extraordinarios y de los aspectos fácticos que han rodeado este proceso de contratación.

Aunado a lo anterior, el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA al proferir la citación que nos ocupa y anunciar la imposición unilateral de la multa, si bien indica que tiene un carácter conminatorio, le corresponde al contratante verificar la inobservancia, el incumplimiento parcial de las obligaciones

¹³ COLOMBIA, RAMA JUDICIAL, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Bogotá, D. C., trece (13) de febrero de dos mil seis (2006), Radicación número: 44001-23-31-000-2003-00090-01. En qué medida afectan su contrato, se constituyen en ofrecimientos o disposiciones ilimitadas, afectadas de ineficacia.

¹⁴ e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

a cargo del contratista, puesto que “la mora” en la ejecución del contrato corresponde a una prerrogativa de control y de coerción, la cual debe ser acreditada por parte de la entidad contratante, dado que el “retardo”, en el marco de la figura de la multa tiene su propia naturaleza y ésta eventualmente obedece como tal a una circunstancia distinta a lo que puede configurar una cláusula penal pecuniaria, que de contera no tiene ninguna configuración en el asunto en cuestión, pues se enfatiza que la multa y cláusula penal pecuniaria son dos figuras distintas aunque se deriven de una presunta declaratoria de incumplimiento, dado que la finalidad de cada una de ellas son disímiles, tal como lo ha entendido la jurisprudencia y doctrina colombiana. (...).”

2.2.1.3 Descargos del garante

La apoderada de la aseguradora en principio coadyuvó los descargos del contratista y adicional expuso argumentos que se sintetizan de la siguiente forma:

1. No se cumplieron los requisitos establecidos en el art. 17 de la Ley 1150 de 2011 frente a la imputabilidad del contratista.
2. Existe fuerza mayor debido al estado de emergencia surgido por la pandemia del covid-19, siendo un hecho impredecible e irresistible.
3. Según el art. 64 del C.C. el hecho debe ser irresistible, imprevisible y ajeno, y esto se cumple respecto a la pandemia.
4. Debe existir un nexo de causalidad entre el hecho generador del daño y el incumplimiento y no existe.
5. Dicha situación alteró las condiciones del contrato e impactó el equilibrio económico y que requería una modificación que el Ministerio no aceptó.
6. La entidad debió aplicar al principio de proporcionalidad en la tasación de la multa, teniendo en cuenta el porcentaje de ejecución.
7. En el evento en que se declare una responsabilidad por parte del contratista, se debe tener en cuenta los montos del amparo.
8. Se debe aplicar la figura de la compensación en caso de saldos adeudados al contratista.

2.2.2. Segunda sesión: 17 de junio de 2025

Mediante memorando No. 3-2024-023001 del 18 de julio de 2024, la supervisión remite informe de presunto incumplimiento actualizado y a través de correo electrónico del 11 de junio de 2025 se dio traslado a las partes del informe actualizado y se citaron a la reanudación de la audiencia fijada para el 17 de junio de 2025, para que se pronunciaran sobre dicho informe.

El 17 de junio de 2025, se reanudó la audiencia en la que, una vez realizada la presentación de los apoderados de las partes, se le otorgó la palabra al apoderado del contratista, quien se pronunció sobre el informe trasladado y solicitó pruebas; por parte del garante, se dejó constancia de la inasistencia. La audiencia fue suspendida para el análisis de los requerimientos realizados por el apoderado del contratista.¹⁵

2.2.2.1. Pronunciamiento del contratista:

Frente al informe actualizado, el apoderado presentó sus argumentos, los cuales se consolidan así:

1. Solicita aclaración sobre las consecuencias establecidas en el informe actualizado frente al oficio de citación, ya que difiere en cuanto a la aplicación de multa y a la cláusula penal y el porcentaje de cada una de ellas, ya que podría generar una trasgresión al debido proceso.
2. Se presenta informe técnico del 16/6/2025, con un avance de media tensión y de baja tensión de redes del 100% y una instalación de media del 80%, se han normalizado a la fecha 137 usuarios.

¹⁵ En el siguiente enlace se encuentra la grabación en audio y video de la audiencia:
https://minenergiacol-my.sharepoint.com/:f/g/personal/mclozanog_minenergia_gov_co/Erad3f9mnG5OmMZUyNjX1ZABglKg9uvmpWD-5-jUMAYmcQ?e=9OTgQJ

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

3. Caribemar se encuentra en la fase final de ejecución del proyecto, enfocándose en la culminación de los trabajos relacionados con la instalación de acometidas y medidores individuales para cada uno de los usuarios beneficiarios.
4. Solicita la aplicación del literal d) del art. 86 de la Ley 1474/2011.
5. Solicita visita técnica para verificación del avance del contrato para realizar por parte de la supervisión del contrato.
6. Reitera los argumentos de defensa expuestos en diligencia del 5 de julio de 2023.

2.2.2.2. Por medio de escrito con radicado 1-2025-034926 del 14 de julio de 2025, el apoderado del garante presentó derecho de petición por no haberse notificado en debida forma de la citación a audiencia y solicitó el acta de la diligencia.

Mediante oficio con radicado 2-2025-030765 del 31 de julio de 2025, la entidad respondió la anterior petición por la cual se remitió el audio de grabación de la sesión de audiencia del 17 de junio de 2025 y se precisó que tendría la oportunidad de pronunciarse sobre el informe actualizado en la próxima reanudación de audiencia.

2.2.3. Tercera sesión: 11 de septiembre de 2025

El 11 de septiembre de 2025, se reanudó la audiencia con la asistencia de los apoderados de las partes en cuyo desarrollo se le otorgó la palabra al apoderado del garante quien se pronunció sobre el informe actualizado, los cuales se sintetizan así:

- Se configura la prescripción de las acciones derivadas del contrato seguro, de conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio y en concordancia con lo establecido en el Decreto 1082 de 2015.
- Los hechos de presunto incumplimiento datan del 16/08/2021 y 06/09/2021 y así sucesivamente hasta llegar al último ítem que es de la etapa 3, de fecha 31/10/2021.
- El Decreto 1082/2015 menciona la forma en cómo se hace efectiva la garantía, pero a la fecha no se ha emitido el acto administrativo.
- El Consejo de Estado ha establecido que se debe tomar en cuenta cuál es el porcentaje de ejecución del contrato para aplicar la proporcionalidad.

Seguidamente la entidad decretó las siguientes pruebas por ser pertinentes, conducentes y útiles al proceso:

- (i) Dictamen pericial sobre variación de precios del contrato.
- (ii) Visita técnica al sitio de la obra para verificar el avance del contrato.
- (iii) Informe técnico con radicado 2025040000055811 del 16 de junio de 2025.
- (iv) Prueba por informe para ser presentada por la Dirección de Energía Eléctrica

Adicionalmente, negó la práctica del testimonio del Ingeniero Hollman Schmalbach solicitado por el contratista. La audiencia fue suspendida para la práctica de las pruebas.¹⁶

2.2.4. Traslado de pruebas decretadas en audiencia

El Ministerio a través de los oficios con radicado 2-2025-042610 y 2-2025-042611 del 26 de septiembre de 2025, dio traslado a las partes.

A través de los oficios con radicado 2-2025-043876 y 2-2025-043875 del 3 de octubre de 2025, se corrió traslado del informe de peritaje al contratista y a la aseguradora para su pronunciamiento.

Por medio de correo electrónico del 17 de septiembre de 2025, el contratista remite el informe de peritaje decretado en audiencia.

¹⁶ En el siguiente enlace se encuentra la grabación en audio y video de la audiencia:
https://minenergiacol-my.sharepoint.com/:f/g/personal/mclozanog_minenergia_gov_co/EgDVOdT2HC9Fk4Mm3xclo-wBGg1Kf7lnXMqebHV4DCnAMQ?e=s4jgJ5

A través de memorando con radicado 3-2025-038260 del 18 de septiembre de 2025, la supervisión informa sobre la omisión en la presentación de los documentos requeridos para la práctica de la visita técnica por parte del contratista.

Mediante memorando 3-2025-038261 del 18 de septiembre de 2025, la supervisión remite informe decretado por la entidad, del cual a través de los oficios con radicado 2-2025-042610 y 2-2025-042611 del 26 de septiembre de 2025, se dio traslado a las partes.

A través de los oficios con radicado 2-2025-043876 y 2-2025-043875 del 3 de octubre de 2025, se corrió traslado del informe de peritaje al contratista y a la aseguradora para su pronunciamiento.

El 6 de octubre de 2025 el apoderado del contratista descorre el traslado de la prueba por informe presentada por la supervisión, con el cual desestimó el condicionamiento del Ministerio para asignar al supervisor el seguimiento del contrato en la etapa de ejecución, teniendo en cuenta la falta de interventoría. Además, aseveró que la entidad desconoció la cláusula décima tercera del contrato al no verificar los avances de obra reportados por el contratista y que no le asiste razón a la entidad de exigir al contratista requisitos de terminación de las obras, para adelantar la visita técnica como prueba del proceso sancionatorio.

El 17 de octubre de 2025, a través de escrito con radicado 1-2025-052397, el apoderado del contratista descorrió el traslado del informe de peritaje, donde reafirmó las consideraciones expuestas por el perito frente a las circunstancias que alteraron el precio del proyecto que generaron aumentos en los costos de materiales y mano de obra en los proyectos de infraestructura eléctrica y concluyó que la imposibilidad para cumplir con el contrato obedeció a los actores externos que alteraron el presupuesto del proyecto tales como los efectos de la pandemia y la postpandemia y la percepción de los posibles contratistas de que el presupuesto no reflejaba los precios reales del mercado, que generó la negación de presentar propuestas por las diferencias significativas entre los presupuestos base y la realidad del mercado. Finalmente, el contratista solicitó se absolviera al contratista del incumplimiento del contrato.

3. PRUEBAS

3.1. Pruebas aportadas por el Ministerio de Minas y Energía en la citación

Informe de la Dirección de Energía Eléctrica remitido a través de memorando con radicado 3-2022-029349 del 1º de diciembre de 2022. El informe contiene los siguientes anexos:

ANEXO 1-20211105-1-2021-044365- Respuesta modificaciones contratos PRONE 2019
ANEXO 2 -20211111-2-2021-023353-Respuesta a su comunicación recibida a través de radicado 2-2021
ANEXO 3-20211229-2-2021-027784- Cumplimiento de cronogramas PRONES de 2019
ANEXO 4-20220204-2-2022-001646-Cumplimiento cronogramas.
ANEXO 5-20220221-2-2022-002841-Reiteracion cumplimiento cronogramas
ANEXO 6-20220221-1-2022-006776 Comunicación solicitud otrosíes No 3 PRONE 2019
ANEXO 7-20220301-2022-003645-rta a solicitud ampliación de tiempo otro si N°3
ANEXO 8-20220308-1-2022-009221- Solicitud de ampliación de tiempo de rta.
ANEXO 9 -20220310 -2-2022-004567- Rta. Solicitud ampliación tiempo rta
ANEXO 10-20220310-2-2022-004566- Solicitud Informes Interventoría
ANEXO 11-20220323-Informes detallado Interventoría
ANEXO 12- Mora cumplimiento Obligaciones PRONE 2019
Anexo 13-20220411-1-2022-013882 - Alcance solicitud Ampliación Cronogramas PRONE 2019
ANEXO 14-20220425-1-2022-015209- Rta Mora Incumplimientos
ANEXO 15-20220427-2-2022-008259-Rta. Alcance solicitud ampliación cronogramas PRONE 2019 de

radicado 022050010017861

ANEXO 16-20220509-2-2022-009095

ANEXO 17-20220523-1-2022-019276-2022040000025981 - Alcance solicitud ampliación cronogramas

PRONE 2019

ANEXO 18-20220531-2-2022-010851- RTA ALCANCE SOLICITUD AMPLIACION CRONOGRAMAS

ANEXO 19 - Solicitud ajuste de precios

ANEXO 20-20220907-2-2022-019623 -Respuesta a la solicitud ajuste de precios de los Contratos

PRONE

ANEXO 21-20220929-2-2022-021984-Notificación vencimiento Etapa 3 Contratos PRONE 2019

ANEXO 22 - Solicitud revisión y actualización de precios

ANEXO 23-20221028-2-2022-025429-Respuesta a solicitud de revisión y actualización de precios.

ANEXO 24- REMISION INFORME INCUMPLIMIENTO N°1

ANEXO 25-20220603-3-2022-013870-Devolución informes de presunto incumplimiento PRONE.

ANEXO 26 - 3-2022-023068-Memorando solicitud trámite de incumplimientos contratos PRONEAFINIA.

ANEXO 27-3-2022-025488-Presuntos incumplimientos del operador de red CARIBEMAR DE LA COSTA

S.A. E.S.P.

ANEXO 28-20220901-1-2022-033261- Resultado proceso de contratación de las obras PRONE 2019.

ANEXO 29-3-2022-025971 Respuesta a memorandos No 3-2022-023068 y 3-2022-025488

ANEXO 30-20221102-1-2022-043655-Propuesta Ejecución contratos PRONE

ANEXO 31-2-2022-027558 - Respuesta a comunicación 2022040000059981 - Propuesta Ejecución

contratos PRONE 2019

ANEXO 32-3-2022-028240 Memo OAJ a DEE Concepto contractual

Anexo 33. informe de incumplimiento del contrato PRONE-GGC-795-19

ANEXO 34-Informe de avance de obra del contrato

ANEXO 35-Solicitud suspensión contrato PRONE-GGC-787-19I

ANEXO 36-Respuesta solicitud suspensión contrato PRONE-GGC-787-19

Póliza de garantía

3.2. Pruebas decretadas en audiencia

3.2.1. Pruebas documentales aportadas por el contratista

- Dictamen pericial emitido por el profesional Mauricio García Hernández.
- Informe técnico con radicado 2025040000055811 del 16 de junio de 2025

3.2.2. Pruebas rendidas por la Dirección de Energía Eléctrica

- Memorando con radicado 3-2025-038260 del 18 de septiembre de 2025, sobre la verificación de documentos requeridos para la práctica de la visita técnica.
- INFORME ADMINISTRATIVO CONTRATO PRONE GGC 795-2019, remitido a través de memorando con radicado 3-2025-038261 del 18 de septiembre de 2025.

3.2.3. Pruebas que negadas por el Ministerio de Minas y Energía

En sesión de audiencia del 5 de julio de 2023, el apoderado del contratista solicitó la práctica de una prueba testimonial consistente en la declaración del Ing. Hollman Schmalbach, funcionario de normalización de redes de CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., domiciliado en la ciudad de Cartagena de Indias, para que rinda testimonio

sobre los hechos relacionados con la variación ostensible de precios de los recursos para ejecutar la obra del Contrato PRONE GGC 795 -2019.

El Ministerio consideró que la misma carece de utilidad, como quiera que su finalidad es similar a la que se espera ser clarificada a través del informe pericial aceptado por el despacho, por lo tanto, fue negada.

4. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA DECISIÓN ADOPTADA A TRAVÉS DEL PRESENTE ACTO

Verificada la información obrante en el expediente digital correspondiente al trámite del proceso administrativo sancionatorio que nos ocupa, ciertamente se verifica que la supervisión informó a la Subdirección Administrativa que el contratista presuntamente incumplió obligaciones del contrato PRONE GGC 795 de 2019, y para respaldar los cargos señalados en el informe, la supervisión aportó documentos como medios de pruebas.

Así mismo, reposa en dicho expediente documentos y grabaciones referentes a las sesiones de audiencia en las que participaron el contratista y el garante a través de sus apoderadas, quienes presentaron sus descargos y explicaciones sobre lo informado por la supervisión; y por parte de la entidad, se evidencia actuaciones administrativas correspondientes a las etapas del proceso, que evidencian la necesidad y el interés por observar los supuestos mínimos del debido proceso que le asisten a las partes, encaminado al ejercicio de valoración de la conducta del contratista para determinar la procedencia o no de una sanción con miras a garantizar los principios de proporcionalidad, equidad y razonabilidad.

De esta forma, una vez verificadas las actuaciones de las partes intervinientes en este procedimiento administrativo, el despacho se detendrá en determinar la configuración o no del incumplimiento de las obligaciones del contrato GGC 795-2019, de conformidad con el acervo probatorio que obra en el proceso sancionatorio.

4.1. De la naturaleza del contrato GGC 795-2019

El artículo 63 de la Ley 812 de 2003 señaló que el Gobierno Nacional desarrollaría un programa de normalización de redes eléctricas en los municipios del Sistema Interconectado Nacional, y el artículo 1 de la Ley 1117 de 2006, creó el Programa de Normalización de Redes Eléctricas (PRONE), que tiene por objetivo “*la legalización de usuarios y la adecuación de las redes a los reglamentos técnicos vigentes, en barrios subnormales, situados en municipios del Sistema Interconectado Nacional. (...)*”

Que de acuerdo con el artículo 2.2.3.3.3.3.1. del Decreto 1073 de 2015 el Ministerio de Minas y Energía tiene la facultad de realizar las convocatorias para la presentación de planes, programas o proyectos para la asignación de recursos del PRONE y establecer los requisitos, plazos y condiciones para la priorización y ejecución de los proyectos, por lo que a través de la Resolución No. 40669 del 22 de agosto de 2019, el MME convocó a los operadores de red para presentar planes, programas y/o proyectos para la Normalización de Redes Eléctricas, para la adjudicación de recursos del PRONE y su desarrollo.

En razón a lo anterior, la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P presentó el proyecto “NORMALIZACION DE REDES ELECTRICAS BARRIO LA PLAZA SECTOR LA CANDELARIA”, el cual resultó ser viable técnica y financieramente, por lo cual fue remitido al comité de asignación de recursos CAPRONE, mediante el Listado de Priorización de Proyectos y luego fue aprobado según consta en el Acta CAPRONE N° 29.

El objetivo del proyecto es la legalización de usuarios y la adecuación de las redes a los reglamentos técnicos vigentes en barrios subnormales situados en municipios del Sistema Interconectado Nacional -SIN, mediante la ejecución de recursos del PRONE.

Para el caso particular, el Contrato GGC 795-2019 es un contrato estatal dividido en dos fases, una correspondiente a la Actividad de la Administración de la Construcción y Puesta en Operación y otra fase correspondiente al AOM de un servicio público domiciliario, que a su turno implica la ejecución del proyecto de energización a los barrios subnormales ubicados en los municipios del Sistema Interconectado Nacional – SIN.

En este sentido, el régimen aplicable es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, teniendo en cuenta, que la integralidad del objeto y alcance no consiste en la prestación del servicio público de energía, pues la primera fase es una actividad que consiste en la construcción de una infraestructura que debe entregarse energizada, actividad en la que además es donde se efectúa la erogación de los recursos PRONE. Por lo que no se puede inferir que el objeto por el cual el MINISTERIO asigna recursos corresponda a su sola administración u obra, pues desde la creación del PRONE, desde su finalidad, desde los criterios de selección y asignación de recursos dispuestos en las Actas CAPRONE y desde el propio contrato, lo que se busca es que concluidas las obras el OPERADOR DE RED realice la legalización de usuarios y la adecuación de las redes conforme a los reglamentos técnicos, de tal suerte que se brinde el servicio de energía eléctrica a la comunidad objeto del proyecto.

Sin hacer una lectura detallada de las obligaciones contractuales y con solo detenerse en el objeto del contrato se puede establecer que el contratista tiene una clara obligación de ejecución de los proyectos, por lo cual, si bien es cierto hay un componente de administración de recursos, la responsabilidad no se encuentra encasillada únicamente en la asignación de éstos, si no por el contrario, debe garantizar una correcta y eficiente ejecución dando cumplimiento al mismo.

En consonancia con lo anterior, el operador dentro de las obligaciones contractuales debe entregar el acta de recibo de infraestructura y entrega de inventarios entre el MINISTERIO y el OPERADOR DE RED para la actividad de Administración, Operación y Mantenimiento-AOM, por lo que está a su cargo la necesidad de efectuar una debida diligencia con su contratista de obra, encaminada a cumplir con el objeto y alcance contractual.

Ahora bien, en términos generales, conforme con la naturaleza misma del contrato, el contratante debe determinar la obra a ejecutar, suministrar al contratista lo necesario para el cumplimiento de sus actividades como los fondos económicos y remunerar al administrador en la forma y periodos convenidos. A su vez, el operador de red toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, según las cláusulas contractuales; maneja los fondos que le entrega el contratante para la ejecución, invirtiéndolos en la forma que indique el contrato y presentando informes pormenorizados, detallados y documentados sobre su manejo; entrega la infraestructura y realiza la liquidación de los contratos de obra e interventoría que haya subcontratado, dentro del plazo estipulado por las partes en el cronograma establecido en el anexo 2 del contrato.

Por lo anterior, se concluye que la contratación de las obras así como su realización efectiva, la contratación de la interventoría, la entrega de la infraestructura construida, de informes, la certificación RETIE y la entrega de las actas de liquidación de los subcontratos constituyen subactividades necesarias para llevar a feliz término la Actividad de la Administración de la Construcción y Puesta en Operación, para la legalización de usuarios y la adecuación de las redes a los reglamentos técnicos vigentes en barrios subnormales situados en municipios del Sistema Interconectado Nacional -SIN.

Por otra parte, a pesar de que la Actividad de la Administración de la Construcción y Puesta en Operación cuente con subactividades no por ello resulta ser divisible, en este sentido dichas actividades surgen del objetivo del Programa de Normalización de Redes Eléctricas (PRONE), que es “la legalización de usuarios y la adecuación de las redes a los reglamentos técnicos vigentes, en barrios subnormales, situados en municipios del Sistema Interconectado Nacional(...)”, de allí, que el objeto del contrato GGC 795-2019 sea: “Mejorar la calidad y confiabilidad del servicio de energía eléctrica en los barrios subnormales del Mercado de Comercialización del OPERADOR DE RED ubicados en los

municipios del Sistema Interconectado Nacional – SIN conforme los reglamentos técnicos vigentes, mediante la ejecución del proyecto NORMALIZACION DE REDES ELECTRICAS BARRIO LA PLAZA SECTOR LA CANDELARIA, el cual será ejecutado por el OPERADOR DE RED bajo su responsabilidad en los términos del presente Contrato, para la entrega al MINISTERIO y es financiado con los fondos del Programa de Normalización de Redes Eléctricas.”, el cual sólo puede considerarse cumplido cuando el OPERADOR DE RED normalice las redes eléctricas y esto se ratifica con el cumplimiento de la última actividad establecida en Anexo 2 del contrato referente a la entrega de todos los documentos y soportes requeridos para efectuar el acta de Terminación y Balance Financiero de la Etapa de ADMINISTRACIÓN del presente Contrato que hace parte de la d) Etapa 4 – Actividades de recibo y Terminación del contrato de Administración.

4.2. La responsabilidad contractual y la imputabilidad del incumplimiento

La responsabilidad contractual se estructura conforme con lo regulado en los artículos 1602 al 1617 del Código Civil. Con base en esas normas, la responsabilidad se configura con los siguientes elementos:

(i) la existencia de un contrato válidamente celebrado; (ii) la infracción de lo pactado, esto es, el incumplimiento imputable al deudor de una o más obligaciones contractuales; (iii) un daño antijurídico; (iv) un vínculo causal entre éste y aquél; y, (v) que quien reclame sea un contratante cumplido o que, de no serlo, su incumplimiento no justifique el que reclama¹⁷.

Lo anterior implica que existe un incumplimiento del contrato cuando una parte no ejecuta sus obligaciones en los términos pactados, por una causa que le es imputable o atribuible. Sobre este punto, el Ministerio señaló en la citación que el contratista incumplió el contrato porque, a la fecha de finalización del plazo establecido en el cronograma del Anexo 2, el contratista presuntamente incumplió las siguientes actividades:

1. Etapa 2 – Actividades de contratación de obras:

- Recibo, evaluación y adjudicación de ofertas.
- Firma de contratos de suministros y obras, según corresponda, y suscripción de Actas de Inicio
- Enviar cronograma de obra con horizonte semanal aprobado por la interventoría

2. Etapa 3 – Actividades de suministro y construcción de obras y Liquidación:

- Replanteo Obra
- Órdenes de compra
- Suministro de Materiales
- Construcción Redes MT/BT
- Pruebas y puesta en servicio
- Entrega de listado usuarios normalizados
- Inspección, certificación final RETIE
- Acta de recibo de obras
- Actas de liquidación de los contratos de interventoría, suministro y obra, según corresponda.

3. Etapa 4 – Actividades de recibo y Terminación del contrato de Administración

- Acta de recibo de infraestructura y entrega de inventarios entre el MINISTERIO y el OPERADOR DE RED para la actividad de Administración, Operación y Mantenimiento-AOM, que será ejecutada por el OR.
- Entrega de todos los documentos y soportes requeridos para efectuar el acta de Terminación y Balance Financiero de la Etapa de ADMINISTRACIÓN del presente Contrato.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de julio de 2021, Rad. 48.427.

Los descargos del contratista y del garante se encaminaron a desvirtuar la ocurrencia del incumplimiento, en torno a: (i) la existencia de causal de fuerza mayor con ocasión a la variación de precios ocasionado por la pandemia del covid-19 que imposibilitó la ejecución del contrato; (ii) desequilibrio económico de la ecuación contractual; (iii) ineficacia de pleno de derecho de la cláusula de asignación de riesgos del contrato invocada en las respuesta de la entidad; (iv) violación del debido proceso por indebida tasación de la sanción; (v) prescripción de acción de seguro; y (vi) proporcionalidad de la cláusula penal.

El Ministerio estudiará los argumentos precitados con base en los hechos jurídicamente relevantes y los medios de prueba oportunamente recaudados, que no fueron tachados. En materia probatoria, el artículo 40 del CPACA establece que serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso (CGP).

Según el artículo 244 del CGP, los documentos públicos y privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, es decir, existe certeza sobre la persona que los ha elaborado, manuscrito o firmado. Esa presunción puede desvirtuarse a través de la tacha de falsedad o el desconocimiento, de conformidad con los artículos 269 a 272 del CGP. La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando alegue su falsedad al presentarlo.

4.3. Inexistencia de causales eximentes de responsabilidad

El contratista argumenta un eximente de responsabilidad de fuerza mayor debido a los efectos producidos por la pandemia del covid-19, que generó un alza en la cadena de suministro a nivel mundial, aumento de los precios de las materias y recursos utilizados debido al acrecentamiento de los costos de envío de mercancías a nivel mundial y la mano de obra.

En su argumentación, la defensa estableció que los costos para realizar la obras relacionadas con el contrato aumentaron considerablemente, siendo un hecho no imputable a CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. originado con posterioridad a la firma del contrato; además alega que fue diligente para el cumplimiento de la obligación establecida en el numeral 1, literal H) que corresponde a: *“adelantar los procesos de contratación para cada una de las obras, bienes y servicios necesarios para la ejecución del proyecto relacionado la CLÁUSULA PRIMERA del presente contrato, aplicando el marco legal previsto en los estatutos del OPERADOR DE RED y su reglamento interno de contratación”*, ya que realizó dos procedimientos de contratación que se declararon desiertos por falta de cumplimiento de requerimientos y la imposibilidad de seleccionar a un oferente bajo los rangos de precios establecidos por la entidad respecto al presupuesto establecido para el contrato 795-2019.

Así mismo, refrenda que el MME no aceptó la solicitud de ampliación del cronograma del Anexo 2, pese a que por parte del contratista se insistió con ocasión de las declaratorias desiertas de los procesos contractuales para la selección del contratista de obra y respecto a la oportunidad legal que se concedió por parte del Gobierno Nacional para suspender los procesos contractuales durante las medidas administrativas de control de la pandemia que fueron expedidas hasta el 30 de junio de 2022.

Respecto a dichos argumentos, sea lo primero aludir sobre la diferencia entre las figuras de fuerza mayor y caso fortuito, que para el caso el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha determinado la existencia de una teoría dualista, señalando diferencias sustanciales entre la fuerza mayor y el caso fortuito, en este sentido la sentencia 11001-03-06-000-2006-00119-00(1792) del 12 de diciembre de 2006, C.P Luis Fernando Álvarez Jaramillo, indica:

“(…) A diferencia de la asimilación que históricamente hace la Corte Suprema de Justicia entre la fuerza mayor y el caso fortuito, la jurisprudencia del Consejo de Estado distingue estos dos conceptos, en principio definiendo el caso fortuito como el suceso interno que se da dentro del campo de actividad de quien produce el daño, mientras que la fuerza mayor se identifica como un acaecimiento externo a la actividad de quien produce el daño; y señalando, en términos generales, que la irresistibilidad es el criterio fundamental determinante de la fuerza mayor; mientras que la imprevisibilidad, lo es del caso fortuito.

(…)

En materia de contratación estatal, es necesario diferenciar varios eventos, que aunque presentan similitudes, se distinguen por su naturaleza, intensidad y efectos. En primer término, hay que identificar aquellos eventos de fuerza mayor - externos, irresistibles e imprevisibles-, cuya intensidad llevan a que se produzca una terminación anormal del contrato, por imposibilidad en su continuación. Cosa diferente sucede con aquellas circunstancias, que inicialmente muchas de ellas pueden ser calificadas como fuerza mayor, pero que no imposibilitan la continuación en la ejecución del contrato, sino que la hacen excepcionalmente gravosa (…)”

Según Sentencia del 26 de febrero de 2004¹⁸, se precisó:

“Para efectos de la distinción, y de acuerdo con la doctrina se entiende que la fuerza mayor debe ser:

1) Exterior: esto es que “está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aun indirectamente por la actividad del ofensor”.

2) Irresistible: esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho”

3) imprevisible: cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo.

A su vez, el caso fortuito debe ser interior, no porque nazca del fuero interno de la persona, sino porque proviene de la propia estructura de la actividad riesgosa, puede ser desconocido y permanecer oculto, En tales condiciones, según la doctrina se confunde con el riesgo profesional y por tanto no constituye una causa de exención de responsabilidad.”

Conforme a lo indicado anteriormente, se precisa que en cuanto al caso fortuito este corresponde a un suceso interno del contratista, que hace parte de su actuación y que se funda en la imprevisibilidad, es decir, en un hecho que escapa de cualquier previsión normal sin que se haya podido evitar previamente. A su turno, la fuerza mayor y el hecho de un tercero corresponden a la existencia de un hecho ajeno al contratista que resulta imprevisible, irresistible e inevitable. Respecto de los cuales el contratista tiene el deber de probar la constitución de cada uno de estos elementos y su grado de diligencia y su comportamiento frente al obstáculo durante la ejecución del contrato.

El Consejo de Estado ha señalado que el hecho exógeno debe alterar “de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, es decir que constituya un álea extraordinaria, que hace mucho más onerosa su ejecución para una de las partes”, de tal suerte que el contratista frente a esto deberá acreditar que la afectación que sufrió fue tan grave que imposibilitó la ejecución del contrato.

Frente a esto, es necesario determinar si se configura una causal eximente de responsabilidad o es un elemento a considerarse para la revisión del contrato en virtud de la teoría de la imprevisión.

¹⁸ Consejo de Estado. (Sentencia del 26 de febrero de 2004). Exp 13833. [C.P. German Rodríguez Villamizar]

En este sentido frente al argumento principal sobre alza excesiva de precios en virtud de las afectaciones producidas por la pandemia del COVID-19, efectivamente la pandemia del covid-19 se configuró como un hecho imprevisible e irresistible y externo, no obstante, la fuerza mayor como eximente de responsabilidad no lo constituye directamente el virus como tal sino las diferentes normas o disposiciones expedidas en el estado de excepción por el gobierno nacional que en algunas situaciones imposibilitó el cumplimiento de contratos por las diferentes medidas restrictivas.

El contratista no discute las restricciones o medidas emitidas para enfrentar la pandemia, si no que alude a un efecto en el mercado nacional e internacional que generó el aumento de los precios de los diferentes insumos y servicios necesarios para llevar a cabo la obra.

En este punto tenemos que, si bien el alza de los precios en diferentes bienes y servicios de la economía nacional fue algo imprevisible teniendo en cuenta los efectos de la pandemia, y que está probado con el informe de peritaje emitido por el profesional Mauricio García, en donde estableció en el punto 3.3. *Conclusiones* que “*La pandemia de COVID-19 provocó aumentos considerables en los precios de metales como el cobre, el acero y el aluminio, debido a interrupciones en las cadenas de suministro, mayor demanda y cambios estructurales en el consumo global. Previo a la pandemia, los precios de estos metales eran relativamente estables, pero a partir de 2020 subieron significativamente.*”, esta situación no origina la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato, por lo menos no existe prueba que así lo demuestre.

Ciertamente para la época de los hechos, el contratista puso en conocimiento al Ministerio a través del escrito con radicado 1-2022-033280 del 02 de septiembre de 2022 de las situaciones presentadas en torno a los procesos de selección del contratista de obra que se fueron desierto e informó que los oferentes al realizar el ejercicio de elaboración de la propuesta económica evidenciaron la desventaja en precio respecto a los valores unitarios de referencia establecidos por el MINISTERIO.

Así mismo, obra en el expediente varias comunicaciones generadas por el contratista donde propone algunas alternativas para superar la situación de los procesos declarados desiertos, como la solicitud de ampliación del plazo del cronograma y el reajuste en los precios unitarios de las actividades de obra, entre las cuales se tienen los escritos con radicado 1-2022-006776 del 16-02-2022; 1-2022-013882 del 11-04-2022; 1-2022-019276 del 23-05-2022, y 1-2022-024161 del 30-06-2022, de las cuales la supervisión dio respuesta a través de los oficios con radicado 2-2022-025429 del 28-10-2022, 2-2022-027558 del 17-11-2022 y 2-2022-031473 del 21-12-2022, en donde respondió haciendo alusión a la asignación de riesgos establecida en el contrato en la cláusula vigésima quinta del contrato, a cargo del contratista sobre los efectos favorables o desfavorables derivados de variaciones en el costo de los insumos y las variaciones en los precios de mercado de los insumos o en las cantidades de material y personal necesarios para adelantar todas las demás actividades de Construcción y Administración. Operación y Mantenimiento.

De dicha situación se destaca las gestiones realizadas por el contratista para adelantar la actividad de *Publicación de pliegos o invitación directa según corresponda*, no obstante, frente a los dichos del apoderado del contratista sobre una causa de fuerza mayor que imposibilitó la ejecución del contrato, no se encuentra soporte donde se demuestre que el contratista sufrió económica o financieramente al punto de no poder cumplir con las obligaciones contractuales.

Se debe aclarar lo correspondiente a los requisitos de la fuerza mayor y de la teoría de imprevisión, de esta forma, quien alegue la existencia de una fuerza mayor debe demostrar que el hecho constitutivo fue imprevisible e impidió el cumplimiento de las prestaciones a su cargo; y frente a la teoría de la imprevisión, resulta necesario probar que el hecho externo e imprevisible, si bien no imposibilitó la ejecución del contrato, hizo más gravoso el cumplimiento de sus obligaciones.

En cuanto a las diferencia entre fuerza mayor y la teoría de la imprevisión, Marienhoff aduce:

“Si bien existe una evidente correlación entre ‘imprevisión’ y fuerza mayor’, las diferencias entre ellas son fundamentales. Ambas figuras reposan sobre la misma noción básica: los acontecimientos que respectivamente las determinan deben ser ajenos o extraños a la voluntad de las partes. Además, tanto la ‘fuerza mayor’ como la ‘imprevisión’ deben responder a acontecimientos ‘imprevisibles.’ Tales son las semejanzas. Pero difieren fundamentalmente: a) en lo que respecta a la ‘ejecución’ del contrato. La fuerza mayor torna imposible tal ejecución; la imprevisión sólo la hace más onerosa. b) Mientras la fuerza mayor altera el equilibrio contractual de manera ‘definitiva’, ‘la teoría de la imprevisión’ sólo es aplicable cuando tal trastorno es ‘temporario’ o ‘transitorio’ (1966, pp. 504-505).”

El Consejo de Estado, resalta la diferencia entre la fuerza mayor y la teoría de la imprevisión, considerándolos como conceptos que no pueden ser asimilados. Al respecto, dicha corporación sustenta:

“Algunos autores han considerado la teoría de la imprevisión como un disfraz de la fuerza mayor. Ambas nociones (en derecho privado) son difícilmente asimilables. Es que mientras en la teoría de la imprevisión el contrato puede ser ejecutado, aunque la ejecución sea en extremo gravosa para el cocontratante, la fuerza mayor implica la imposibilidad poco menos que absoluta de cumplir. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 1792, 2006).

La imprevisión no exonera de responsabilidad; habilita, si acaso, una revisión cuando concurren imprevisibilidad, ajenidad, reclamo oportuno y prueba del desequilibrio.¹⁹

Así, tomando como referencia la teoría de la imprevisión, respecto al contrato GGC 795-2019, si bien el apoderado del contratista alega la variación de precios del presupuesto establecido en el contrato y para ello se cuenta con un dictamen pericial ordenado por la entidad, con el que se demostró efectivamente un porcentaje de aumento en los precios de insumos, suministros y mano de obra, el contratista no demostró la afectación grave que sufrió durante las vigencias 2021 y 2022 que originó la imposibilidad de cumplir con las actividades de la fase **1 Actividad de la Administración de la Construcción y Puesta en Operación**, es decir, que con el peritaje se demostró una situación de fluctuación en el mercado que varió los precios en las actividades para la construcción de la obra, pero no existe prueba que permita identificar la afectación directa del contratista en sus recursos económicos, no hablando del punto de pérdida en el negocio, si no de la situación gravosa que originó la inejecución del objeto del contrato.

Tan es así, que el contratista adelantó actividades entorno a la ejecución del proyecto de normalización de redes eléctricas en el barrio LA PLAZA SECTOR LA CANDELARIA, según el informe No. 2023040000070231 del 2 de noviembre de 2023 presentado por el contratista, en el cual informa lo siguiente:

“(…) 2. En el segundo y tercer trimestre del año 2023, se inició con la construcción de las redes eléctricas asociadas al proyecto PRONE GGC No. 795 – 2019, logrando construir 0.713 Km de red de media tensión, 1.32 Km de red de baja tensión, y se instalaron 5 transformadores de distribución para beneficiar a los 112 usuarios incluidos en el proyecto acorde al contrato PRONE GGC No. 795 -2019. (...)”

Así mismo, mediante informe técnico radicado No.: 2025040000055811 del 16-06-2025, el contratista realiza el siguiente reporte en el avance de ejecución del contrato:

- Localización: Ubicado en el Municipio de San Cristóbal, Departamento del BOLIVAR.
- Usuarios Iniciales en Revisión de Diseño: 170 usuarios.

¹⁹ Consejo de Estado. 26-ene-2011, Rad. 20683; 16-sep-2013, Exp. 30571.

- Usuarios Normalizados a la fecha: 137 usuarios.
- Avance de la Obra MT/BT: 100%. Instalación de Medida: 80%

De acuerdo con lo anterior, los argumentos sobre la configuración de una causal de fuerza mayor no son de recibo, ya que en la actualidad, según lo manifestado por la defensa del contratista y/o lo establecido en el informe técnico, existe un cumplimiento del 100% de ejecución de la obra, dejando sin efecto uno de los requisitos para que se configure la fuerza mayor que corresponde al de la “*imposibilidad de ejecución*”, pues con ello se infiere, sin que ello implique validación técnica de los avances manifestados, que el contratista logró superar las circunstancias “transitorias” y avanzó con la culminación de las actividades de obra y es por ello que ahora solicita la aplicación del literal d) del art. 86 de la Ley 1474 de 2011, con lo cual se desvirtúa dicho alegato de causal eximente de responsabilidad.

4.4. El equilibrio de la ecuación económica

Al respecto, es preciso señalar que, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato estatal, señalando que este puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores extraños a las partes involucradas en la relación contractual.

A los primeros se les denomina “*hecho del príncipe*”, y “*potestas ius variandi*” (álea administrativa), mientras que a los supuestos de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “*teoría de la imprevisión*” y paralelamente en la “*teoría de la previsibilidad*”. Lo anterior permite deducir, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar.

Para el caso del contrato GGC 795-2019, como ya se estableció, Caribemar de la Costa solicitó la revisión y actualización de precios del contrato PRONE GGC 795 – 2019, a través del informe con radicado 1-2022-024252 del 30 de junio de 2022 y remitió el análisis económico de la variación del presupuesto del contrato y con ello elaboró análisis de precios unitarios basado en los valores actuales de materiales, mano de obra, equipos y herramientas, y transporte, dejando constancia de una variación total en los costos directos del valor del contrato que ciertamente encuentra sustento en el informe de peritaje decretado como prueba dentro del proceso.

Así las cosas, lo que se evidencia es una afectación a la ecuación económica del contrato, que para el caso se trae a colación el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado:

“(…)

2. *por otra parte, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si éstos pueden calificarse como propios del álea normal del contrato, puesto que se requiere que la afectación sea extraordinaria y afecte de manera real, grave y significativa la equivalencia entre derechos y obligaciones convenida y contemplada por las partes al momento de la celebración del contrato. Ahora bien, el hecho anormal debe ser inimputable a la parte que lo alega. Como la obligación de restablecer la ecuación contractual se fundamenta en hechos ajenos a las partes, o en*

expresiones de poder de la Administración, no es procedente cuando el desequilibrio es causado por actuaciones del contratista. Lo anterior, con fundamento en el principio bajo el aforismo latino nemo auditur propriam turpitudinem allegans (nadie puede alegar a su favor su propia culpa).^[2] (...)”

En este sentido se infiere que el equilibrio económico se predica respecto de aquellas condiciones y contraprestaciones que las partes han pactado en el contrato, y en virtud de las cuales esperan recibir los beneficios mutuamente que les otorgará la ejecución del objeto negocial debido a la equivalencia de prestaciones que se generaron.

En el contrato GGC 795-2019, no se presentó imposibilidad para su cumplimiento, pese a que el contratista haya solicitado a la entidad el restablecimiento del presupuesto del proyecto y esto no se hubiere realizado, el contratista tenía la obligación de cumplir.

Lo anterior, de conformidad con el pronunciamiento realizado por el Consejo de Estado, quien indicó:

“(..) En aras de mantener el equilibrio económico del contrato, las partes pueden celebrar los acuerdos necesarios para conjurar los efectos de las situaciones imprevistas que afectaron la ejecución contractual. Sin embargo, y atendiendo al interés general que pretende satisfacer el contrato estatal, aun en caso de que dichos acuerdos no puedan celebrarse, el contratista estará obligado a continuar su ejecución así dicha actividad le cause pérdidas económicas. Lo que tendrá, después, es un derecho para que la entidad contratante lo lleve a «un punto de no pérdida» el cual podrá solicitar directamente a la entidad, o en caso de respuesta negativa, acudir ante el juez del contrato para su reconocimiento. Sobre este aspecto, la doctrina ha indicado que:

«... la aplicación de la teoría de la imprevisión exige probar concretamente el déficit de la economía global del contrato. Y para ello es necesario hacer un balance general en el que se determine el total de todos los ingresos del contratista, el total de sus gastos y los costos imputables al contrato, para luego compararlos y obtener un saldo positivo o negativo, teniendo en cuenta que la de ganancia genera un saldo neutro y no negativo»^[3]

Así las cosas, se puede determinar que frente al contrato, dichas circunstancias que originó la pandemia del covid-19, no imposibilitó al contratista para que cumpliera con las obligaciones encomendadas, por lo que no lo exime de responsabilidad, pero sí ocasionó una alteración de la ecuación económica, según las resultas del dictamen pericial sobre la variación de precios, en el que se demostró efectivamente un porcentaje de aumento en los precios de insumos, suministros y mano de obra que afectó el presupuesto del contrato.

No obstante, el despacho no se pronunciará sobre la configuración o no de un desequilibrio económico en el contrato, toda vez que no es el objeto del presente proceso y no se cuenta con los soportes correspondientes para su análisis, de tal forma que en su lugar se precisa que la supervisión del contrato deberá verificar la aplicación de lo establecido en el art. 27 de la Ley 80 de 1993, en lo que corresponda:

ARTÍCULO 27.- De la Ecuación Contractual. *En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

Lo anterior, en consonancia con lo manifestado por el Consejo de Estado, que se pronunció sobre el particular, así:

“(…) no basta con demostrar que hubo un aumento en algunos costos del contrato, sino que, es necesario demostrar el impacto en la totalidad de la ecuación contractual, así:

“Para acreditar la prueba del desequilibrio económico, no basta demostrar el incremento o la sobreejecución de una cuenta, la carga de la prueba implica cuantificar el impacto sobre la ecuación (...)”²⁰

4.5. El incumplimiento de las obligaciones contractuales

Respecto de las obligaciones incumplidas dentro de los contratos suscritos entre CARIBEMAR de la Costa SAS ESP, se contemplan las siguientes Cláusulas relacionadas con el cumplimiento de las Actividades de la Etapa 1 relacionadas en el Anexo No. 2 con la Actividad de Administración de la Construcción:

1.1. “CLAUSULA PRIMERA - OBJETO: *Mejorar la calidad y confiabilidad del servicio de energía eléctrica en los barrios subnormales del Mercado de Comercialización del OPERADOR DE RED ubicados en los municipios del Sistema Interconectado Nacional — SIN conforme los reglamentos técnicos vigentes, mediante La ejecución del proyecto NORMALIZACIÓN DE REDES ELÉCTRICAS BARRIO SBN 9 DE AGOSTO el cual será ejecutado por el OPERADOR DE RED bajo su responsabilidad, en Los términos del presente Contrato, para la entrega al MINISTERIO y el cual es financiado con fondos del Programa de Normalización de Redes Eléctricas- PRONE*

PARÁGRAFO — ALCANCE DEL OBJETO: *En desarrollo del objeto de este Contrato, el OPERADOR DE RED deberá administrar los recursos del fondo PRONE asignados para llevar a cabo EL Proyecto, ejecutando 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 del administrador.*

Así mismo, deberá energizar y recibir en aporte, en los términos del artículo 87.9 de la Ley

142 de 1994, la infraestructura construida, realizar las actividades inherentes a la Administración, Operación y Mantenimiento (en adelante AOM), efectuar La reposición de los activos de distribución aportados en caso de ser necesario y ejecutar las actividades referentes a la devolución de la Infraestructura para el Proyecto descrito en el Apéndice Técnico.”

Respecto de la obligación mencionada se encuentra probado que el contratista no cumplió, teniendo en cuenta el detalle de las actividades por ítems a ejecutar las cuales se encuentran descritas en el cronograma del Anexo 2.

1.2. “CLÁUSULA SEGUNDA — PLAZO: *El plazo del presente Contrato es de veinte (20) años contados a partir de la suscripción del acta de inicio del presente Contrato.*

EL acta de inicio del presente Contrato se suscribirá una vez se acredite el registro presupuestal y la aprobación de las garantías por parte del MINISTERIO.

Para la ejecución del objeto contractual y su alcance, se establecen las siguientes actividades con sus respectivos plazos:

²⁰ Sentencia del 16 de junio de 2020, radicación 11001-03-15-000-2020-01242-00(CA), MP Ramiro Pazos Guerrero

1. *Actividad de Administración de la Construcción y Puesta en Operación, de acuerdo con el alcance establecido en la cláusula PRIMERA del presente Contrato: De acuerdo con lo establecido en el Anexo 2 "Cronograma" del presente Contrato, el plazo para la finalización de esta actividad es el propuesto por el OPERADOR DE RED como "Finalización del Plazo de la Actividad de Administración de La 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.*

2. *Actividad de Administración, Operación, Mantenimiento y Reposición - AOM. Esta actividad iniciará a partir de la suscripción del acta de recibo de obra por parte del Operador de Red, El contratista y el Interventor, no obstante, el MINISTERIO suscribirá con posterioridad a este recibo un acta de recibo de la infraestructura con el Operador de Red y así mismo el acta de entrega de los activos construidos, hasta alcanzar los Veinte (20) años contados a partir de La suscripción del acta de inicio del presente Contrato.”*

Respecto de la obligación mencionada se encuentra probado que el contratista no cumplió, teniendo en cuenta la no ejecución del cronograma establecido en el Anexo No.2 de conformidad con las fechas pactadas para la Actividad de Administración de la Construcción, por lo tanto, no se pudo continuar con la Actividad de Administración, Operación, Mantenimiento y Reposición- AOM.

1.3. *“CLAUSULA CUARTA — FORMA Y CONDICIONES DE DESEMBOLSO DE LOS RECURSOS: Para la administración de los recursos del PRONE objeto de este Contrato, el OPERADOR DE RED se obliga a constituir un ENCARGO FIDUCIARIO en los términos establecidos en el presente contrato. Todos los costos y gastos derivados de la ejecución de dicho contrato, de la constitución y de la administración del mismo serán asumidos directamente por el OPERADOR DE RED. El MINISTERIO realizará los desembolsos al ENCARGO FIDUCIARIO dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al cumplimiento de los requisitos previstos para cada desembolso y dependerán del Programa Anual Mensualizado de Caja – PAC. Los desembolsos se realizarán así:*

a) *Primer desembolso, equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato, con recursos de la vigencia de 2019, cuando el OPERADOR DE RED presente al MINISTERIO el contrato de ENCARGO FIDUCIARIO debidamente suscrito y la aprobación de las GARANTÍAS establecidas en el presente Contrato.*

b) *Segundo desembolso, equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del contrato, con recursos de la vigencia 2020, cuando el OPERADOR DE RED acredite a satisfacción de la Interventoría, el avance del treinta por ciento (30%) de las obras.*

c) *Tercer desembolso, equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, con recursos de la vigencia 2021, cuando el OPERADOR DE RED acredite, a satisfacción de la Interventoría, el avance del ochenta por ciento (80%) de las obras.*

PARÁGRAFO 1: Para la ejecución presupuestal de los recursos de la vigencia 2020 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 para el año 2020 mediante el procedimiento de tesorería “Valor Líquido 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 neto.

PARÁGRAFO 2: 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 de conformidad con el literal b) de 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 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, así como 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 trámite de giro de estos recursos.”

I

Respecto de la obligación mencionada se encuentra probado que el contratista no cumplió, teniendo en cuenta que la forma de pago estaba condicionada a la ejecución y avances de las actividades a ejecutar descritas en el objeto contractual, alcance del objeto, obligaciones del contratista etc.

1.4. “CLÁUSULA DECIMA - OBLIGACIONES DEL OPERADOR DE RED

OBLIGACIONES GENERALES DEL OPERADOR DE RED

Sin perjuicio de las demás obligaciones previstas en este Contrato o en sus Apéndices, el Contratista tendrá las siguientes obligaciones durante la ejecución del Contrato:

- a) Construir por su propia cuenta y riesgo la infraestructura objeto del proyecto que luego será entregada al MINISTERIO de conformidad con lo establecido en el presente Contrato.*
- b) Adelantar los trámites presupuestales internos que sean necesarios para la ejecución del presente Contrato.*
- c) Realizar la revisión y dar aceptación por escrito al presupuesto suministrado del proyecto.*
- d) Prestar la dirección y asistencia técnica requerida para la debida ejecución del objeto contractual del presente Contrato.*
- e) Realizar la revisión y dar aceptación por escrito a los diseños y especificaciones del Proyecto.*
- f) Realizar la verificación en el campo de la localización prevista del proyecto.*
- g) Administrar los recursos asignados al Proyecto de conformidad con lo establecido en el presente Contrato.*
- h) Verificar la localización y condiciones técnicas favorables (replanteo) de las diferentes obras de infraestructura del proyecto y reportar las diferencias o anomalías al MINISTERIO, previo al inicio de construcción.*
- i) Verificar la necesidad de servidumbres y/o permisos de paso. cuando corresponda: y realizar los requerimientos necesarios a las entidades territoriales para el logro de la consecución y legalización de las mismas, previo de la construcción del proyecto.*
- j) Verificar el número y ubicación de los usuarios (replanteo) y reportar a MINISTERIO si existen diferencias, se reportarán al Ministerio, previo al inicio de la construcción.*
- k) Verificar, previo al inicio de las obras objeto de ejecución que éstas no se encuentran ubicadas en zonas de alto riesgo.*
- l) Verificar la necesidad de licencias y permisos ambientales. Si es el caso, gestionarlos y cumplir con todos los planes exigidos en ellos.*
- m) Asegurar la financiación y brindar el apoyo técnico requerido para la adecuación de las instalaciones internas de las viviendas beneficiadas del proyecto.*
- n) Mantener informado al MINISTERIO sobre los avances e inconvenientes de la construcción del proyecto de tal manera que se puedan tomar decisiones oportunas.*
- o) Realizar la entrega a satisfacción del MINISTERIO de la infraestructura energizada y con el respectivo inventario detallado de los activos construidos.*
- p) Recibir en aporte para uso y goce, los activos construidos.*

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

q) Realizar las actividades de Administración. Operación y Mantenimiento, en adelante AOM, y efectuar la reposición de los activos aportados en caso de que sea necesario.

r) Mantener indemne al MINISTERIO de cualquier tipo de reclamación proveniente de terceros en razón de acciones u omisiones generadoras de daños y perjuicios derivados del actuar del Contratista.

OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL OPERADOR DE RED:

1. FRENTE A LA ACTIVIDAD DE ADMINISTRACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS RECURSOS PREVISTOS EN LA CLAUSULA PRIMERA:

a) Construir la obra del proyecto bajo su propio riesgo y responsabilidad y cumpliendo con el cronograma presentado y aprobado por el MINISTERIO a la firma del contrato, remitido en el formato definido por el MINISTERIO y que hará parte integrante del Contrato como Anexo N° 2, el cual deberá incluir como mínimo las siguientes actividades y etapas:

Etapas 1 - Actividades previas a la contratación de obras:

- i. Suscripción del Encargo Fiduciario.
- ii. Incorporación de los recursos al presupuesto de la entidad (si aplica).
- iii. Suscripción del contrato de interventoría de acuerdo con lo establecido en el literal k) de esta cláusula.
- iv. Revisión y aceptación de diseños, especificaciones y presupuesto.
- v. Realización de socialización y verificación de usuarios.
- vi. Realizar verificación de la localización prevista del proyecto en el campo.
- vii. Verificar la realización de las consultas previas, en caso de ser necesarias.
- viii. Verificación de la existencia de las servidumbres y/o permisos de so necesarias.
- ix. Verificación de licencia o permiso ambientales necesarios, y planes de aprovechamiento forestal, según corresponda.
- x. Verificación que las obras objeto de ejecución se encuentran en zonas técnicamente viables y no en zonas de alto riesgo.
- xi. Elaboración de pliegos de contratación del contrato de obra/suministro.
- xii. Con base en toda la información recopilada en los literales anteriores, revisar el cronograma oficial para las etapas siguientes y confirmar o solicitar modificación, con el nivel de detalle exigido por el MINISTERIO.

El OPERADOR DE RED, deberá suscribir el contrato de interventoría en el término establecido en el Anexo 2 de este contrato. El OPERADOR DE RED, no podrá adelantar las actividades listadas en los numerales al xii) de la etapa 1 indicadas en este literal sin antes haber contratado la interventoría.

Los contratos de obra se suscribirán de manera exclusiva para la ejecución del proyecto objeto de este Contrato. El OPERADOR DE RED deberá contratar un interventor para que realice la interventoría de uno o más de los proyectos que le fueron aprobados por el Comité de Administración del PRONE No. 29 de 2019, siempre y cuando, dicho contratista cuente con personal exclusivo para el seguimiento y control de cada uno de los mismos. En todos los casos, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 4 de la Resolución No. 4 0069 del 22 de agosto de 2019 del MINISTERIO.

El costo de la Interventoría será asumido por el OPERADOR DE RED, por lo que el MINISTERIO no tendrá relación contractual alguna con el Interventor. Sin embargo, el contrato que suscriba el OPERADOR DE RED debe establecer que el Interventor está obligado a responder los requerimientos, solicitudes de información, suscripciones de Actas y en general expedir cualquier documentación que el MINISTERIO le solicite con ocasión de la ejecución de éste Contrato.

En caso de que se suscriban contratos de suministros para la ejecución del proyecto. se realizará en Forma exclusiva para los materiales del proyecto objeto de este Contrato y

será absoluta responsabilidad del OPERADOR DE RED el manejo de los excedentes de aquellos suministros no utilizados en el proyecto, en el evento de presentarse. El equivalente en valor de los suministros no utilizados deberá reintegrarse al Encargo Fiduciario, debiéndose informar de tal hecho al Supervisor.

Etapa 2 — Actividades de contratación de obras:

- i. Publicación de pliegos o invitación directa según corresponda.*
- ii. Recibo, evaluación y adjudicación de ofertas.*
- iii. Firma de contratos de suministros y obra, según corresponda, y suscripción de Actas de inicio.*

Etapa 3 - Actividades de suministro, construcción y liquidación de obras:

- i. Actividades o ítems relevantes de suministro y construcción.*
- ii. Acta de recibo de obras.*
- iii. Actas de liquidación de los contratos de suministro y obra, según corresponda.*
- iv. Colocar dos vallas informativas del proyecto. La ubicación y diseño gráfico será acordado con el MINISTERIO.*

Etapa 4 — Actividades de recibo y Terminación del Contrato del Administrador:

- i. Acta de recibo de infraestructura y entrega de inventarios entre el MINISTERIO y el OPERADOR DE RED, para la actividad de Administración, Operación y Mantenimiento-AOM.*
- ii. Entrega de todos los documentos y soportes requeridos para efectuar el acta de Terminación y Balance Financiero de la Etapa de ADMINISTRACIÓN del presente Contrato.*

Incumplida, teniendo en cuenta que no se llevó a cabo las actividades consagradas dentro del cronograma Anexo No. 2.

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.

No obstante, las partes podrán convenir modificar el cronograma, previa justificación objetiva del OPERADOR DE RED por causales extrañas a las partes y avalada por el Interventor, si existiere, la cual deberá ser solicitada con al menos treinta (30) días calendario de anticipación a su vencimiento, anexando el nuevo cronograma propuesto, el concepto de la interventoría y los soportes correspondientes.

Como parte de los ajustes al Cronograma, OPERADOR DE RED, podrá solicitar la modificación en el número de usuarios beneficiados con el contrato, una vez adelantada la respectiva revisión en campo requerida e identificando el número de identificación de los usuarios beneficiados y miembros residentes.

La solicitud realizada por el OPERADOR DE RED, debe ser aprobada por el interventor de la obra y contar con los soportes documentales y fotográficos del caso.

Asimismo, el OPERADOR DE RED, podrá proponer la sustitución de usuarios por aquellos usuarios que por razones justificadas ya no sean beneficiarios del proyecto inicialmente presentado.

El MINISTERIO, estudiará la solicitud y para el efecto, emitirá su concepto favorable o desfavorable con respecto de la modificación en el número de usuarios beneficiados en el proyecto.

En caso de que el MINISTERIO apruebe la solicitud, se suscribirá un Acta entre el Interventor, el MINISTERIO y el OPERADOR DE RED, en el que se consignaran las variaciones en el número de usuarios que finalmente será beneficiado a través de la ejecución del presente contrato, lo que deberá ser consignado en un Otrosí. Las variaciones que se realicen en el número de usuarios debe respetar el Costo por Usuario definido en el acta Comité de Administración - CAPRONE No. 29 de 2019 y, en caso de ser menos usuarios, se reducirá proporcionalmente el valor del presente contrato, y consecuentemente, el OPERADOR DE RED y/o la entidad fiduciaria, deberá devolver al MINISTERIO el excedente desembolsado o pagado. cuyas condiciones ser -n determinadas en el respectivo Otrosí.

En caso de que haya variaciones superiores a un 20% del valor del contrato, el CAPRONE determinará, la viabilidad de continuar la ejecución del proyecto o proceder a su terminación anticipada valorando entre otros el orden de elegibilidad.

Una vez aprobado el nuevo cronograma, éste será cargado en el Módulo Fondos de Inversión del Sistema BPM (Business Project Management — Proyecto de Administración de Negocios o su equivalente) que implementó el MINISTERIO. En caso de no encontrarse en operación esta funcionalidad del Módulo, será remitido en el formato que para el efecto establezca el MINISTERIO.

b) Presentar al MINISTERIO dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la fecha de suscripción del contrato de interventoría, una carta en la que se indique que el OPERADOR DE RED realizó la revisión y acepta los diseños, especificaciones y presupuesto del proyecto de que trata el presente Contrato, asumiendo el riesgo de su implementación, construcción y entrega al MINISTERIO en los términos del presente Contrato.

c) Efectuar la administración general de los recursos del presente Contrato. Para el efecto el OPERADOR DE RED deberá:

i. Manejar los recursos establecidos en la CLÁUSULA TERCERA del presente Contrato a través de un ENCARGO FIDUCIARIO, el cual se deberá suscribir en un plazo máximo de quince (15) días calendario contados a partir de la suscripción del contrato. Para la contratación de la constitución de dicho Encargo Fiduciario el OPERADOR DE RED deberá seguir de forma precisa su Reglamento Interno de Contratación y deberá asegurar una selección objetiva de la entidad Fiduciaria.

ii. La totalidad de los recursos del contrato deberán administrarse a través del Encargo Fiduciario en una cuenta bancaria exclusiva para el desarrollo del objeto del contrato, la cual deberá ser de renta fija y con vocación de medio de generar unos rendimientos financieros acordes a las condiciones del mercado.

iii. El OPERADOR DE RED también podrá constituir un (1) sólo Encargo Fiduciario para la administración de los recursos de los Proyectos aprobados por el Comité de Administración del PRONE No. 29 de 2019 que sean ejecutados por el OPERADOR DE RED, sin embargo, dicho Encargo Fiduciario deberá contar con cuentas exclusivas para la administración de los recursos de cada Proyecto aprobado. en dónde el MINISTERIO hará los desembolsos correspondientes de acuerdo con cada proyecto. En todo caso, la totalidad de los recursos de contrato deberán administrarse a través del Encargo Fiduciario en una cuenta bancaria exclusiva para el desarrollo del objeto del contrato, las cual deberá ser de renta fija y con vocación de medio de generar unos rendimientos financieros acordes a las condiciones del mercado. En el caso de utilizar esta modalidad, los informes presentados por la fiducia deberán ser independientes por cada Proyecto.

En todo caso, en el contrato de fiducia deberán establecerse las condiciones de rentabilidad de la cuenta que se tendrán para el manejo de los recursos"

iv. Los recursos de la cuenta bancaria exclusiva a la cual ingresará la totalidad

de los recursos del presente Contrato sólo podrán ser destinados a la ejecución del proyecto establecido en el presente contrato.

v. El OPERADOR DE RED remitirá al MINISTERIO la minuta de encargo fiduciario para que el MINISTERIO efectúe las observaciones a que hubiere lugar, las cuales deberán ser tenidas en cuenta en la minuta final del contrato de Encargo Fiduciario.

vi. El OPERADOR DE RED, mediante la firma del presente Contrato garantiza al MINISTERIO que la Fiduciaria con la cual se contratará el Encargo Fiduciario no tendrá, ni al momento de firma del contrato de encargo fiduciario, ni durante toda su vigencia conflicto de intereses alguno con el OPERADOR DE RED, ni la firma de dicho contrato será condición para la obtención de cualquier producto financiero adicional para el OPERADOR DE RED por parte de la Fiduciaria o cualquier entidad de su mismo grupo empresarial.

vii. Dicho Encargo Fiduciario deberá suscribirse con el mismo plazo establecido en el Cronograma del "Anexo No 2" para la Actividad de Administración y ejecución de recursos.

viii. Solicitar aprobación previa y escrita del Supervisor para cualquier modificación al contrato de Encargo Fiduciario.

ix. Atender con sus propios recursos todos los costos y gastos derivados de la constitución y manejo del Encargo Fiduciario, entre otros. gravámenes de movimiento financieros 4/1000, transferencias, comisiones y demás.

x. Entregar al Fiduciario, copia de todas las adiciones, prórrogas y/o modificaciones que se realicen al presente Contrato.

xi. Solicitar autorización para el cierre del Encargo Fiduciario, al Supervisor del Contrato.

xii. Ordenar a la Fiduciaria consignar, dentro de los primeros diez (10) días hábiles posteriores al cierre del mes en el que Fueron generados, en la cuenta que para tal fin determine el MINISTERIO, los rendimientos financieros que generen los valores de que trata la CLÁUSULA TERCERA de este Contrato. Este soporte deberá ser remitido a la Dirección de Energía Eléctrica, con copia al Grupo de Tesorería y al Grupo de Gestión Financiera y Contable o a quienes hagan sus veces.

xiii. Garantizar que la consignación mensual de los rendimientos financieros corresponda a las condiciones pactadas con el Encargo Fiduciario, remitiendo informe mensual al MINISTERIO con copia del extracto bancario.

d) Suscribir con el MINISTERIO el acta de Inicio, suspensión, reinicio, acta de terminación y balance financiero, acta de liquidación, acta de recibo de infraestructura, acta de recibo de activos e inventarios y demás documentos que resulten necesarios para el desarrollo del presente Contrato.

e) Asumir con cargo a sus recursos propios, los gastos que con ocasión del Proyecto puedan generarse frente a compra de predios, los requerimientos de servidumbres

y la ejecución de los planes de mitigación ambiental necesarios para el desarrollo de éste.

f) Aportar a título gratuito los diseños, especificaciones técnicas y la interventoría del Proyecto.

g) Divulgar ampliamente, previo a la apertura de los procesos, las condiciones para presentar las ofertas y los criterios de selección, elegibilidad y asignación que se aplicarán para los procesos de contratación, en los términos y condiciones establecidos en sus normas de contratación del OPERADOR DE RED.

h) Adelantar los procesos de contratación para cada una de las obras, bienes y servicios necesarios para la ejecución del proyecto relacionado la CLÁUSULA PRIMERA del presente Contrato, aplicando el marco legal previsto en los estatutos del OPERADOR DE RED y su Reglamento Interno de Contratación, así como los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y el principio de selección objetiva y el régimen de incompatibilidades e inhabilidades y los principios de la función fiscal.

i) Remitir a la Dirección de Energía Eléctrica del MINISTERIO, dentro del plazo previsto en el Cronograma del presente Contrato, lo siguiente:

i. Los contratos suscritos y actas de inicio para interventoría, suministro y construcción de obras, según corresponda.

ii. Las garantías de los contratistas de interventoría, suministro y obras, según corresponda, seleccionados y su aprobación.

j) Permitir al MINISTERIO, o a quien éste designe, la permanente inspección del proyecto, su documentación y avance.

k) Contratar con recursos propios la interventoría administrativa, técnica, jurídica, ambiental, social, financiera y contable del Proyecto con un tercero independiente del OPERADOR DE RED, con el fin de garantizar la adecuada ejecución del objeto contractual y el cumplimiento de las siguientes condiciones y actividades:

i. Si bien el Interventor será contratado por el OPERADOR DE RED el mismo atenderá los requerimientos que le presente para el efecto el MINISTERIO.

ii. El OPERADOR DE RED, deberá adelantar un proceso competitivo que se rija por el principio de selección objetiva para seleccionar al interventor del contrato. De acuerdo con lo establecido en el literal a) de esta cláusula, El OPERADOR DE RED, deberá suscribir el contrato de interventoría en el término previsto en el Anexo 2 del presente contrato.

iii. Las actividades establecidas en los numerales iv) al xii), de la etapa 1 del contrato, relacionadas en el literal a) de esta cláusula no podrán ser adelantadas por el OPERADOR DE RED sin que antes se haya contratado la interventoría.

iv. Como requisito previo a la contratación del interventor, su representante legal debe declarar, de manera juramentada, que la ejecución de sus actividades contractuales estará encaminada a colaborar al Ministerio de Minas y Energía a hacerle seguimiento y control a la ejecución del presente contrato.

v. Una vez el OPERADOR DE RED inicie el proceso de selección de la interventoría y conforme a su reglamento interno de contratación, el SUPERVISOR verificará

que se atiendan los siguientes requisitos para la contratación de la interventoría:

1. Su objeto Social debe referirse a interventoría:

2. Contar con por lo menos 5 años de experiencia en interventoría de proyectos del sector eléctrico;

3. No existir ninguna relación de control o propiedad accionaria directa o indirecta del contratante con el interventor, ni pertenecer al mismo grupo empresarial, en los términos de la Ley 222 de 1995 y todas aquellas normas que la modifiquen, adicionen o subroguen;

4. No existir ningún conflicto de interés entre el contratante y el interventor.

5. Para la contratación de la interventoría el contratante aplicará procesos que conlleven la selección objetiva del interventor, asegurando además la publicidad del mismo y la pluralidad de oferentes.

vi. La interventoría podrá ejecutarse a través de un contrato celebrado por el OPERADOR DE RED, siempre que: el objeto de ese contrato lo permita, que la selección de dicho interventor se haya adelantado en un proceso competitivo y que el interventor contratado cumpla con los requisitos establecidos en el numeral anterior (v).

- vii. Verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de los contratistas sujetos a su responsabilidad.
- viii. Verificar el pago de salarios, prestaciones sociales y pagos parafiscales y de seguridad social por parte de los contratistas en relación con el personal destinado a la ejecución de cada contrato a su cargo.
- ix. Verificar las entregas parciales o totales de los bienes o servicios contratados, de lo cual se dejará constancia en las correspondientes Actas de Recibo Parcial o Total según sea el caso.
- x. Llevar un registro de las novedades, órdenes e instrucciones impartidas durante la ejecución y efectuar las recomendaciones y ajustes necesarios.
- xi. Velar por el cumplimiento de las normas, especificaciones técnicas y procedimientos, que se establezcan en los planos de construcción y/o fabricación, y en general el cumplimiento del plan de calidad en lo que sea aplicable.
- xii. Verificar permanentemente la calidad de la obra, bienes o servicios que se estipulen en los contratos de obra sujetos de su vigilancia.
- xiii. Vigilar el correcto uso de los anticipos en caso que sean pactados en los contratos sujetos de su vigilancia.
- xiv. Dar el visto bueno de los pagos que se deban realizar a través del Encargo Fiduciario respecto de los contratos sujetos a su vigilancia.
- xv. Llevar un control de las pólizas exigidas en cada uno de los contratos firmados en desarrollo de este contrato e informar al MINISTERIO en caso de que no estén constituidas en debida forma.
- xvi. Remitir mensualmente al MINISTERIO, quien podrá exigir el cumplimiento de esta y las demás obligaciones, dentro los diez (10) primeros días del mes siguiente, un informe que contenga la ejecución de las obras del proyecto desde el punto de vista administrativo, técnico, jurídico, ambiental, social, financiero y contable, que permita conocer de manera detallada su ejecución, el cronograma de seguimiento del contrato de obra. incluyendo su ejecución de actividades constructivas y presupuestales, además de remitir el formato de la Ficha de Apoyo de Seguimiento y Control de los Proyectos dispuesto por el MINISTERIO.
- xvii. El informe se deberá cargar como anexo y de manera mensual, dentro de los diez (10) primeros días del mes siguiente, en el Módulo de Fondos de Inversión, del Sistema BPM (Business Project Management - Proyecto de Administración de Negocios). Esta obligación entrará a regir una vez se notifique al OPERADOR DE RED del funcionamiento del mismo por parte del MINISTERIO.
- xviii. El interventor deberá declarar y garantizar expresamente en el contrato correspondiente con el OPERADOR DE RED, que no tiene conflicto de intereses alguno con el OPERADOR DE RED y el subcontratista de obra (si los hubiere), ni en la fecha de firma del contrato ni durante su ejecución y que llevará a cabo las actividades de dicho contrato y el cumplimiento de sus obligaciones bajo estricto cumplimiento de los principios de transparencia administrativa y eficiencia presupuestal, así como comprometiéndose a mantener su imparcialidad frente al OPERADOR DE RED.
- xix. Conceptuar desde el punto de vista jurídico, técnico, administrativo, contable y financiero sobre las solicitudes de modificación, suspensión y adición de los contratos realizados por el OPERADOR DE RED en desarrollo del presente Contrato.
- xx. El interventor y el OPERADOR DE RED y sus respectivos funcionarios no podrán adelantar reuniones sin que previamente haya sido citado el Ministerio de Minas y Energía con suficiente antelación, siendo optativo para el MINISTERIO asistir o no a la reunión. Así mismo, todas las comunicaciones formales que se dirijan al Interventor y el OPERADOR DE RED deberán ser copiadas al Director de Energía Eléctrica del Ministerio de Minas y Energía.

Esta interventoría estará vigente por todo el tiempo del Contrato en sus etapas 1, 2 y 3 incluyendo el que resulte después de aplicar potenciales prórrogas o suspensiones. Sobre tales prórrogas y suspensiones, el OPERADOR DE RED no podrá eximirse de su obligación de siempre contar con un interventor externo.

- l) Contratar las obras, suministros y servicios requeridos para la construcción del proyecto objeto de este Contrato.

- m) *Presentar un cronograma de obra con horizonte semanal, en el que se incluya y especifique detalladamente cada una de las actividades de la obra que deben ejecutarse. El Cronograma, deberá ser presentado al MINISTERIO siete (7) días antes de la fecha prevista para iniciar la primera actividad de la etapa 3 (actividades de suministro y construcción de obras) de conformidad con lo dispuesto en el Anexo 2 del presente contrato. Frente al incumplimiento de este cronograma procederán las multas establecidas en la CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA.*
- n) *Exigir en los contratos que se suscriban con sus contratistas, las garantías señaladas en el numeral 10 de la CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA del presente Contrato.*
- o) *Coordinar con la Interventoría, la elaboración y suscripción de las actas de inicio, de suspensión, reinicio, de recibo técnico y de liquidación de los contratos que suscriba el OPERADOR DE RED con sus contratistas.*
- p) *Adoptar las medidas necesarias para subsanar de manera inmediata cualquier situación irregular en la ejecución de la actividad del Interventor.*
- q) *Cumplir la normatividad de seguridad en los trabajos y exigirla a los contratistas de suministro y montaje.*
- r) *Garantizar la utilización de bienes nuevos y que cumplan con las especificaciones técnicas aprobadas.*
- s) *Realizar el desmonte del material existente, que no podrá superar el tres por ciento (3%) del valor total del Proyecto y el cual deberá incluir un apoyo en la gestión del traslado de luminarias existentes a la nueva infraestructura construida.*
- t) *Realizar una adecuada gestión y la disposición final del material existente de acuerdo con la normatividad vigente sobre gestión de residuos.*
- u) *Verificar que el Usuario Beneficiado del Proyecto cuente con las instalaciones internas.*
- v) *Financiar y prestar apoyo técnico por su cuenta y riesgo, para la adecuación de las instalaciones internas de las viviendas de los Usuarios Beneficiarios del Proyecto, de conformidad con el numeral 3 de los Requisitos de Participación establecidos en la Convocatoria PRONE No. 01 de 2019 y por el respectivo compromiso suscrito por el Representante Legal del OPERADOR DE RED frente a dicha condición. Lo anterior, queda sujeto a la aceptación expresa del usuario de las adecuaciones internas en su vivienda.*
- w) *El OPERADOR DE RED deberá presentar un informe de manera mensual al supervisor, dentro los diez (10) primeros días del mes siguiente, en los formatos que para el efecto remitirá el MINISTERIO. Los informes contendrán, sin limitarse a ello, lo siguiente:*
- (...)
- x) *El OPERADOR DE RED deberá llevar los registros y actualizar mensualmente, dentro los diez (10) primeros días del mes siguiente, la información del proyecto (control y seguimiento de cada uno de los contratos suscritos), en el Módulo Fondos de Inversión del Sistema BPM (Business Project Management - Proyecto de Administración de Negocios) que implementó el MINISTERIO. Esta obligación entrará a regir una vez se notifique al OPERADOR DE RED el funcionamiento del mismo por parte del MINISTERIO.*
- y) *Ordenar a la Fiduciaria los pagos a los contratistas previa aprobación de la Interventoría con la previa aprobación del supervisor del OPERADOR DE RED.*

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

z) *Suscribir el Acta de recibo de la infraestructura que se construya como resultado de la ejecución del proyecto de que trata el presente Contrato, con el Interventor, el OPERADOR DE RED y el MINISTERIO, según corresponda, la cual deberá incluir el inventario detallado de los activos construidos.*

aa) *Suscribir el Acta de entrega de activos e inventarios detallando los activos*

construidos, equipos, cantidades y costos, debidamente identificados con el número del contrato, con el OPERADOR DE RED y el MINISTERIO, para la etapa de AOM.

bb) *Entregar dentro de los tres (3) meses siguientes de la fecha de finalización del plazo de ejecución del Contrato en su etapa de ADMINISTRACIÓN, un informe sobre los contratos suscritos y su liquidación, la utilización de los recursos y el giro al MINISTERIO de los rendimientos financieros. Así mismo, deberá suscribir con el MINISTERIO dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrega del anterior informe, el anexo 3 del presente contrato y el Acta de terminación y Balance Financiero del Contrato, de acuerdo con la CLÁUSULA VIGESIMA SÉPTIMA.*

cc) *El OPERADOR DE RED, acordará con el interventor los lugares en los cuales deberá imprimir mediante un sello o símbolo que en la infraestructura que fue construida con recursos de este contrato se indique i) el número del presente contrato; ii) el Fondo financiador (PRONE), y ii) el nombre del ADMINISTRADOR que la construyó. (...).”*

En relación con el cumplimiento de las obligaciones contractuales la CLÁUSULA DÉCIMA – OBLIGACIONES DEL OPERADOR DE RED, en su literal K, numeral XX, dispuso que sería responsabilidad del operador contratar la interventoría encargada de realizar el seguimiento administrativo, técnico, jurídico, financiero, contable y ambiental al proyecto.

Asimismo, dentro del cronograma de ejecución de la Actividad de Administración, Construcción y Puesta en Operación, se estableció la obligación de Caribemar de la Costa S.A.S. de suscribir, conforme a su manual de contratación, el contrato de obra para la construcción de la infraestructura eléctrica. La vigilancia de dicha obra debía realizarse mediante interventoría externa, en cumplimiento del artículo 32, numeral 1, inciso segundo, de la Ley 80 de 1993, que establece que la interventoría debe ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, respondiendo esta por los hechos u omisiones imputables en el ejercicio de sus funciones.

En ese sentido, se concluye que la vigilancia y seguimiento de la ejecución del contrato GGC 795-2019 en su fase 1 correspondía a la interventoría contratada por el operador y no a la supervisión designada por la entidad, dado que la naturaleza del proyecto requería conocimiento técnico especializado, condición expresamente pactada en el contrato. Por tanto, la supervisión no podía verificar las actividades de dicha fase sin la documentación previa establecida en la metodología de visita técnica.

Ahora bien, frente a los argumentos de Caribemar de la Costa S.A. E.S.P., según los cuales existe un avance en las obras de conformidad con el informe técnico y sería necesaria una inspección ocular por parte del Ministerio de Minas y Energía, se precisa que el Anexo No. 2 del contrato contempla la totalidad de las actividades y fechas de cumplimiento, siendo la última fecha de recibo de la infraestructura el 30 de octubre de 2022. En consecuencia, desde el punto de vista obligacional, la Actividad de Administración, Construcción y Puesta en Operación debía encontrarse finalizada a esa fecha para dar inicio a la siguiente fase: Actividad de Administración, Operación, Mantenimiento y Reposición (AOM).

Por tanto, la estructura contractual evidencia que el cumplimiento del contrato se concibe como un conjunto integral de actividades necesarias para alcanzar los objetivos del Programa de Normalización de Redes Eléctricas (PRONE). En este contexto, no basta con acreditar la existencia física de una infraestructura, sino que esta debe cumplir con los requisitos técnicos, legales y contractuales previstos.

Finalmente, se constató que el contratista no cumplió con las obligaciones contractuales referidas, lo cual se encuentra debidamente acreditado en las pruebas y documentos obrantes en el expediente. En consecuencia, se configura el incumplimiento contractual, siendo procedente la aplicación de lo previsto en la CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA – MULTAS, conforme a los alcances establecidos en la CLÁUSULA PRIMERA del contrato.

4.6. Los hechos de presunto incumplimiento no fueron superados por el contratista

No es viable la aplicación del literal d) del art. 86 de la Ley 1474/2011, ya que el contratista no ha superado las obligaciones presuntamente incumplidas que no solo corresponde a la construcción de la obra, pues el cumplimiento del contrato era predicable si Caribemar de la Costa S.A.S., hubiera entregado la infraestructura, debía haber construido la obra al 100% avalada por la interventoría y haber entregado las certificaciones RETIE y demás documentos relacionados en la **Etapas 3 – Actividades de suministro y construcción de obras y Liquidación y Etapa 4 – Actividades de recibo y Terminación del contrato de Administración**, consistente en:

Etapas 3 – Actividades de suministro y construcción de obras
Replanteo Obra
Órdenes de compra
Suministro de Materiales
Construcción Redes MT/BT
Pruebas y puesta en servicio
Entrega de listado usuarios normalizados
Inspección, certificación final RETIE
Acta de recibo de obras
Actas de liquidación de los contratos de interventoría, suministro y obra, según corresponda.
Etapas 4 – Actividades de recibo y Terminación del contrato de Administración
Acta de recibo de infraestructura y entrega de inventarios entre el MINISTERIO y el OPERADOR DE RED para la actividad de Administración, Operación y Mantenimiento-AOM, que será ejecutada por el OR.
Entrega de todos los documentos y soportes requeridos para efectuar el acta de Terminación y Balance Financiero de la Etapa de ADMINISTRACIÓN del presente Contrato.

A la fecha, no hay soporte probatorio que evidencia que la infraestructura que señala fue construida por el contratista, cumple con el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas (RETIE) y puede ser usada en forma normal sin generar un riesgo para la población. Por ello, no se ha dado cumplimiento total a las obligaciones contractuales y no se puede predicar un cumplimiento parcial ni total de la fase 1 cuyo objeto y obligaciones resultan indivisibles ya que su finalidad radica en la prestación del servicio de energía eléctrica.

De otra parte, es evidente que el contratista siguió ejecutando actividades después de vencido el plazo contractual, por lo que se debe revisar lo correspondiente al plazo de ejecución que para el caso corresponde al cronograma del Anexo 2 establecido dentro del contrato.

Es menester precisar que las actividades de la Fase 1 fueron incluidas en el cronograma inicial de actividades, en el cual se proyectó que para el mes de diciembre de 2019 el operador de red llevaría a cabo el proceso de contratación de la interventoría, el cual culminaría (según cronograma) en el mes de febrero de 2020; así mismo para la contratación de la obra/suministro se debería llevar a cabo el proceso en el mes de mayo de 2020, sin embargo, dicho plazo no fue cumplido por el contratista.

Posterior a ello se efectuaron 2 modificaciones al contrato, la primera que corresponde a la cesión del contrato y la segunda que es el otrosí No. 2 suscrito el 13 de diciembre de 2021, se suscribió con ocasión a las siguientes solicitudes realizadas por el contratista: i). Prorrogar el término de la FASE I: Actividad de Administración de la Construcción y Puesta en Operación contrato por seis (6) meses y diecinueve (19) días; ii). Ampliar y/o modificar el cronograma del contrato y iii). Se solicitó al Ministerio la autorización para ejecutar de forma simultánea las etapas No. 1,2 y 3 de cada uno de los referenciados contratos.

De dichas solicitudes, el Ministerio avaló: i). prorrogar el plazo de la FASE I hasta el 31 de octubre de 2022; ii). Modificar el cronograma de conformidad con la nueva fecha de finalización de la FASE I; iii) Modificar la cláusula cuarta – Forma y condiciones de desembolso de los recursos y cláusula quinta- Pagos al contratista por el operador de red a través del encargo fiduciario; y iv). Se Adicionó el literal dd) en el numeral 1 referente a las obligaciones del Operador de Red frente a la actividad de administración y ejecución de los recursos previstos en la cláusula primera, indicando que el Operador de Red podía ejecutar de forma simultánea las obligaciones derivadas de las etapas 1, 2 Y 3 de la minuta contractual.

Como se evidencia, el Otrosí No. 2 se formalizó por la solicitud de Caribemar de la Costa S.A.S. E.P.S., y en razón a esto se modificó el plazo del cronograma con la finalidad de que el contratista cumpliera con las actividades de la Fase 1.

De acuerdo con lo anterior se trae a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, radicado No. 10264, C.P: Ricardo Hoyos Duque, que indicó frente al plazo de ejecución:

“(...) De acuerdo al art. 1551 del Código Civil “el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación”, lo cual significa que en las obligaciones a plazo aquellas en las que se ha fijado una fecha determinada para su cumplimiento-, que son las que para el caso interesan, el cumplimiento está supeditado a la llegada de esa fecha, momento en el cual son exigibles las obligaciones que se contrajeron, pero en estricto sentido, no se extinguen todos los derechos que surgieron del contrato.

1.3 El plazo en los contratos que celebran las entidades públicas.

En los contratos que celebra la administración para la consecución de los fines estatales, el plazo no es únicamente el que se fija para la construcción, reparación o conservación de la obra, si éste es de obra pública, o para la entrega de los elementos si es de suministro, o para la prestación del servicio si es de esta naturaleza, etc., pues el plazo del contrato no se conviene solamente para el cocontratante sino también para la administración, toda vez que de su parte tiene la obligación de cumplir con los compromisos que asumió para con el contratista en los términos que se hayan previsto, vale decir, para la entrega de los terrenos, los diseños o planos para la ejecución de la obra, para ordenar la iniciación de los trabajos, para realizar los pagos, para que el contratista cumpla las órdenes que le imparta, etc. y habrá otros plazos que son comunes a las partes como el previsto para la liquidación del contrato por mutuo acuerdo. De tal forma que el incumplimiento de cualquiera de estos plazos depara para el causante consecuencias sancionatorias y pecuniarias que se hacen más exigentes en el tráfico administrativo al estar de por medio la continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Sin duda, cualquiera sea el tipo de contrato que celebre la administración dispone de un plazo limitado en el tiempo de acuerdo a su objeto, puesto que puede asumirse como un negocio jurídico a plazo fijo, dentro del cual el contratista debe cumplir con su obligación principal (construir la obra, entregar los suministros, etc.) y la administración podrá ejercer sus potestades

sancionatorias (multas, caducidad y cláusula penal) frente al incumplimiento del cocontratante. Para que la administración pueda asumir la dirección y control de la ejecución del contrato y ejercer la correspondiente potestad sancionatoria, se establece un programa o cronograma de trabajo que contiene una serie de plazos parciales, dentro de los cuales el contratista debe ejecutar el contrato de tracto sucesivo.

De manera que el vencimiento del plazo estipulado en el contrato sin que el contratista haya satisfecho sus prestaciones o las haya atendido tardía o defectuosamente, configura ipso iure o de pleno derecho el fenómeno del incumplimiento contractual. En estos casos, opera automáticamente la mora sin necesidad de reconvencción o intimación para que el contratista cumpla la prestación, conforme al aforismo romano dies interpellat pro homine previsto en el artículo 1608, ordinal 1º del Código Civil. (...)

De esta forma, aun cuando el contratista, según informe técnico del 11 de junio de 2025, continuó ejecutando actividades, incumplió al no haber realizado la obra dentro del plazo contractual estipulado en el cronograma del contrato el cual feneció el 31 de octubre de 2022.

4.7. Avances de obra con recursos propios sin certificación RETIE ni validación independiente

El apoderado del contratista manifestó haber ejecutado obras y avances con recursos propios. Sin embargo, el reconocimiento de tales obras depende de la existencia de certificaciones técnicas y supervisión independiente. El Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas – RETIE (Resolución 90708 de 2013 del Ministerio de Minas y Energía) establece que ninguna instalación eléctrica puede ser energizada sin la previa certificación de cumplimiento de los requisitos de seguridad eléctrica.

La ausencia de certificación RETIE y de validación por interventoría implica que las obras ejecutadas carecen de garantía técnica y jurídica, la administración no puede reconocer o pagar obras que no han sido debidamente certificadas ni verificadas.

El Consejo de Estado ha reiterado que la administración no puede reconocer como cumplimiento efectivo lo que no ha sido objeto de verificación y certificación por los órganos de control técnico previstos en el contrato.

El RETIE (Res. 90708/2013 Minenergía) exige certificación previa para energizar instalaciones. Sin interventoría ni certificación RETIE, los avances no pueden ser reconocidos como cumplimiento ni dan lugar a pagos, por tanto, los avances reportados por Caribemar de la Costa S.A.S., no pueden validarse ni reconocerse económicamente, toda vez que su ejecución no fue supervisada por interventoría ni cuenta con soporte técnico habilitante.

4.8. El incumplimiento de las obligaciones del contrato de la Fase 1 es imputable al contratista.

Con base en lo expuesto en los acápites precedentes, el Ministerio concluye que el contratista incurrió en incumplimiento del contrato, al no cumplir con las actividades para la selección del contratista de obra, al no ejecutar las actividades obras conforme a lo previsto en el cronograma del Anexo 2 y por la consecuente falta de entrega de la documentación técnica para la entrega de la obra. La responsabilidad por el atraso y por el fracaso parcial del contrato, es atribuible al contratista, quien incumplió los términos pactados y no puede alegar válidamente causas de fuerza mayor como exoneración de sus obligaciones contractuales.

El Ministerio probó que se cumplen los presupuestos de la responsabilidad contractual en el presente caso, así:

- (i) Las partes suscribieron el contrato PRONE GGC No. 795 de 2019 el 13 de diciembre de 2019.
- (ii) El contratista incumplió desde la Etapa 2 – Actividades de contratación de obras, a partir del ítem de recibo, evaluación y adjudicación de ofertas y se extendió hasta la Etapa 4 – Actividades de recibo y Terminación del contrato de Administración. Ello derivó en que la ejecución del contrato en la fase 1 *Actividad de la Administración de la Construcción y Puesta en Operación* fuese únicamente de un 15%.
- (iii) Los incumplimientos referidos constituyen razón suficiente para que el Ministerio declare el incumplimiento del contrato e imponga multa al contratista.
- (iv) Existe un nexo causal entre el hecho de incumplimiento del contratista y la infracción de las obligaciones contractuales, en cuanto el contratista no logró probar que hubo una causa extraña que le impidió ejecutar el contrato, tal como lo establece el artículo 1604 del Código Civil.
- (v) El Ministerio cumplió a cabalidad con sus deberes y ninguno de los hechos alegados por el contratista y por la aseguradora justifican el incumplimiento del contratista.

4.9. La asignación de riesgos del Contrato

Al respecto, el apoderado del contratista en sus descargos manifestó que era ineficaz de pleno de derecho la cláusula de asignación de riesgos del contrato PRONE GGC 795 - 2019, sobre lo cual se advierte que los riesgos establecidos en el contrato fueron inicialmente asumidos por Electricaribe, en su calidad de contratista original, quien no presentó objeción alguna y aceptó expresamente los términos del contrato al momento de su suscripción. Posteriormente, Caribemar de la Costa S.A.S. E.S.P., en su calidad de cesionaria, debió, antes de la suscripción y aceptación de la cesión, conocer los documentos que sirvieron de fundamento al contrato recibido, así como su estado actual.

En efecto, en el Otrosí No. 01 del 30 de septiembre de 2020 mediante el cual se perfeccionó la cesión del contrato, la Cláusula Primera dispone la transferencia de todas las obligaciones contenidas en el mismo, previendo expresamente que CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. *“por medio del presente documento acepta las obligaciones del contrato en mención de manera íntegra y acepta su ejecución en el estado en el que se encuentra el mismo a la fecha de suscripción del presente documento.”*

Ahora bien, conforme al numeral III del Anexo No. 1 de la Resolución No. 40669 del 22 de agosto de 2019, *“por la cual se convoca a los Operadores de Red para presentar Planes, Programas y/o Proyectos de Normalización de Redes Eléctricas, para la adjudicación de recursos del Programa de Normalización de Redes Eléctricas PRONE, así como para llevar a cabo su desarrollo”*, se estableció que *“En caso de que se requieran recursos adicionales para llevar a cabo el 100% de las obras previstas en cada proyecto, y que implique la prestación del servicio de energía eléctrica a nuevos usuarios no contemplados en el proyecto presentado, le corresponderá al respectivo Operador de Red (OR) que presenta el proyecto, aportar los mismos”*. No obstante, los riesgos contractuales no se analizan ni determinan únicamente con base en dicha disposición.

En la etapa precontractual, el Ministerio de Minas y Energía, conjuntamente con el operador de red, evaluó dichos riesgos considerando las variables susceptibles de presentarse durante la ejecución del contrato. Ello cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que el contrato fue suscrito con un plazo global de ejecución de veinte (20) años, y que, por las dinámicas propias del mercado, los precios podrían experimentar variaciones. En ese contexto, los riesgos fueron asignados razonablemente al operador de red, quien los aceptó al momento de suscribir el contrato.

En este sentido, se trae a colación lo estipulado en el artículo 1602 del Código Civil que establece: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”*, de tal forma que las obligaciones acordadas entre las partes son inmutables y solo es posible su

modificación por el acuerdo mutuo de los mismos contratantes o por la intervención de un juez, por lo tanto, las obligaciones y demás condiciones pactadas en el contrato PRONE GGC 795 – 2019 son de obligatorio cumplimiento para las partes y no se pueden desconocer o modificar de manera unilateral. Las partes se encuentran sujetas a lo allí pactado.

En cuanto a la manifestación del apoderado del contratista, quien alega que nadie está obligado a soportar obligaciones de extensión ilimitada, cabe precisar —en concordancia con el artículo 24, numeral 5, de la Ley 80 de 1993— que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, *“Durante la ejecución de todo negocio pueden sobrevenir circunstancias con vocación de impactarlo desde varios ángulos, al punto de entorpecer su cumplimiento en la forma y términos convenidos en la época de su celebración y hacerlo más oneroso. (...) La ocurrencia de dichas contingencias responde, en algunos casos, a situaciones atinentes al álea normal e inherente de su ejecución, aspecto que de suyo las convierte en previsibles –sobre todo desde la perspectiva del contratista por considerarse el experto y conocedor de la materia.”*²¹

En ese sentido, tratándose del operador de red, quien formuló y presentó el proyecto para su aprobación y posterior contratación, es este el experto en la materia, conocedor de las condiciones del mercado y de las posibles oscilaciones de precios. Por tanto, le correspondía evaluar la viabilidad del proyecto bajo tales condiciones y aceptar los riesgos asociados. No resulta entonces admisible alegar desconocimiento del riesgo asumido ni pretender su ineficacia, máxime cuando no se ha demostrado que el contratista estuviera obligado a soportar cargas que excedan el álea normal del contrato, conforme se ha indicado en apartados anteriores de la presente resolución.

De igual manera, se resalta que la asignación de riesgos acordada entre el Ministerio de Minas y Energía y el operador de red no comprende riesgos imprevisibles. Como se señaló, dada la naturaleza del contrato, los bienes y servicios involucrados, el plazo de ejecución y las fluctuaciones del mercado, resultaba previsible que los costos de ejecución pudieran variar. Dicha circunstancia fue debidamente contemplada en la asignación de riesgos, la cual fue aceptada por el contratista.

En relación con los riesgos imprevisibles, también el Consejo de Estado,²² ha señalado que *“No sobra indicar que son este tipo de riesgos los que, de llegar a acontecer, pueden romper el equilibrio económico del contrato y obligar a las partes contratantes, si se cumplen los presupuestos de la denominada ‘teoría de la imprevisión’, a adoptar las acciones necesarias para restablecerlo, en particular si el mayor costo de ejecución del contrato consume en su totalidad y/o rebasa el valor de utilidad, caso en el cual el restablecimiento debe estar orientado a reconocer únicamente dicho mayor costo y no la utilidad adicionada al mismo, cuestión que corresponde precisamente al punto de no pérdida. Esta Sala, además, ha sostenido que la prueba de la ruptura de la ecuación financiera del contrato impone el análisis macroscópico o consolidado del resultado económico y no solo el de la cuenta o ítem que se alega como causa o fuente del desequilibrio.”*

4.10. Inexistencia de vulneración del debido proceso administrativo

En primer lugar, no se configura violación alguna al debido proceso consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que el Ministerio de Minas y Energía adelantó la actuación sancionatoria con estricta observancia de las etapas procedimentales allí previstas: (i) formulación de cargos mediante comunicación debidamente motivada, (ii) otorgamiento de oportunidad al contratista para presentar

²¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, en sentencia del 23 de marzo de 2017, Radicación No. 08001-23-33-000-2013-00105-01 (51526), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico

²² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, mediante sentencia del 19 de julio de 2018, Radicación No. 05001-23-33-000-2013-01826-00 (57576), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico,

descargos y aportar pruebas, y (iii) decreto, valoración de las pruebas y motivación de la decisión sancionatoria.

El debido proceso administrativo no exige una estructura ritualista, sino la garantía efectiva de defensa y contradicción, de conformidad con lo establecido el Consejo de Estado²³, “*El debido proceso administrativo impone a las entidades del Estado adelantar cualquier actuación o procedimiento administrativo, cuyo propósito sea crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, con la estricta observancia de los lineamientos previamente consagrados por el legislador, esto con el objeto de garantizar a los ciudadanos que puedan verse afectados por el ejercicio de la función pública, la protección de sus derechos de contradicción y defensa*” por tanto, el debido proceso se entiende satisfecho siempre que la administración otorgue al administrado la oportunidad real y efectiva de conocer las actuaciones, controvertir las pruebas y exponer sus argumentos antes de la decisión, preceptos que el Ministerio de Minas y Energía a garantizado en su totalidad en el presente proceso.

Fundamentación suficiente de la sanción

El Ministerio no está obligado a detallar fórmulas matemáticas exhaustivas, sino a exponer los criterios objetivos que sustentan la determinación del monto sancionatorio. En el caso analizado, la multa se cuantificó con base en la cláusula contractual que prevé el porcentaje de sanción por incumplimiento parcial, en este caso, sobre el 85% de la no ejecución, lo cual constituye una aplicación directa del contrato, en armonía con el principio de legalidad y tipicidad contractual previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

El ajuste y cálculo de la multa por la mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en cabeza del operador de red Caribemar de la Costa S.A.S., no afecta el debido proceso de la presente actuación administrativa sancionatorio, ni el sentido de la presente decisión, por el contrario, se hace en aplicación al principio de proporcionalidad teniendo en cuenta lo pactado en la CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA – MULTAS DE ACUERDO CON LOS ALCANCES INDICADOS EN LA CLAUSULA PRIMERA del contrato.

Inexistencia de variación en la tipificación de la sanción

La supervisión remitió a través del memorando 3-2024-023001 del 18 de julio de 2024 informe actualizado en donde estableció en el numeral 6. CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA A IMPONER Y/O TASACIÓN DE PERJUICIOSCLAUSULA PENAL como sanción a aplicar la cláusula penal pecuniaria.

No constituye ninguna violación al debido proceso en el entendido que no es el ordenador del gasto quien está realizando dicha modificación de multa por clausula penal, ya que el informe fue emitido por la supervisión y por ello el Ordenador del Gasto lo puso en conocimiento de las partes con la finalidad de que se pronunciaron para garantizar el derecho de la defensa, lo que así sucedió, toda vez que tanto contratista como garante fueron citados para que en audiencia manifestaran sus argumentos sobre dicho documento, por lo que en las sesiones del 17 de junio y del 11 de septiembre de 2025 se pronunciaron al respecto y por parte de la entidad se confirmó que la consecuencia para el contratista en caso de declararse el incumplimiento correspondía a la definida en el informe de presunto incumplimiento remitido a través del oficio con radicado 2-2023-017944 del 21 de junio de 2023, en donde se solicitó la imposición de multa y no de la cláusula penal.

Se precisa que las decisiones en el proceso sancionatorio solo pueden ser emitidas por el ordenador del gasto, las demás intervenciones solo se aceptan en garantía del debido proceso y para ser verificadas y analizadas por el Ordenador del Gasto quien es el único facultado para decidir el proceso sancionatorio.

²³ Sala de lo Contencioso Administrativo, radicado No. 05001-23-33-000-2014-02189-01(1171-18) del 11 de abril del 2019.

4.11. Del contrato de seguro

Según lo establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio, el cual consagra el régimen especial de prescripción en materia de seguros, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro podrá ser ordinaria o extraordinaria. La ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. Por su parte, la prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos, no pueden ser modificados por las partes.

Por ejemplo, en Sentencia del 30 de abril de 1991 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Exp. R 087 la corte manifiesta que:

“De manera que si el título ejecutivo no se conforma dentro de los 2 años señalados por la norma primeramente citada, (haciendo referencia al artículo 1081 del Código de Comercio) no será viable el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de la obligación derivada del contrato de seguro, en razón a que la obligación y el derecho ya se encuentran prescritos”

Para el presente proceso se tiene que, la entidad tiene conocimiento del hecho generador del incumplimiento con certeza el del 6 de septiembre de 2021 que es cuando según el anexo 2 del contrato GGC 795-2019 el contratista debió cumplir con la actividad de recibo, evaluación y adjudicación de ofertas de la Etapa 2 – Actividades de contratación de obras, desde ese momento, contando los 2 años con que contaba la administración para proferir el acto administrativo que declarara el siniestro se configura el día 6 de septiembre de 2023.

Para ello, Consejo de Estado mediante sentencia del 20 de agosto de 1998, retornando lo indicado a su vez en sentencia del 14 de diciembre de 1992, M.P. Dr. Yesid Rojas Serrano hace referencia a la oportunidad de la Administración para proferir el acto administrativo que declare el siniestro en los siguientes términos:

“Es preciso dentro de una elemental lógica, que el beneficiario del seguro, en este caso la Administración, ante el conocimiento del siniestro, no solamente a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de dicho incumplimiento, como lo previenen las condiciones generales estipuladas en el cuerpo de las pólizas, sino que debe dictar la resolución administrativa que declare su ocurrencia dentro de su vigencia, que sería lo más lógico e indicado o, si no, dentro de los dos años subsiguientes a la fecha en que tuvo conocimiento, o razonablemente pudo tenerlo, de la existencia del riesgo asegurado, para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción, tal y como se encuentra consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio”

Teniendo en cuenta lo anterior, y lo manifestado por el garante en los descargos, se desvincula de la presente actuación administrativa al garante por operar la figura de la prescripción ordinaria de la acción del contrato de seguros.

4.12. Aplicación del principio de proporcionalidad.

El artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 indicó que en materia administrativa sancionatoria, además de los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, economía y celeridad, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, no siendo viable entonces establecer una sanción sin su existencia en la ley.

Por su parte, el artículo 44 de la norma en cita preceptuó que "En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, el Consejo de Estado mediante documento 4201813000008918, donde se pronuncian sobre la proporcionalidad en la aplicación de multas y la cláusula penal, indicó:

“(…) En materia administrativa el principio de proporcionalidad es el instrumento de adecuación para la determinación de la administración de un acto de carácter discrecional. A pesar de que en las normas de contratación estatal no existe una disposición específica sobre la aplicación del principio de proporcionalidad al momento de hacer efectivas las multas y la cláusula penal estipulada en el contrato estatal, su aplicación se entiende inmersa en aras de asegurar el debido proceso de una actuación administrativa de naturaleza sancionatoria. (...)”

4. El Consejo de Estado se ha referido a la imposición de las multas en los contratos estatales, indicando que “(...) las mismas tienen por objeto, apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial, su imposición unilateral por parte de la Entidad Estatal se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración (...)”.

En este sentido, verificado el oficio de citación con radicado 2-2023-017944 del 21 de junio de 2023, se estableció en el numeral 6.CONSECUENCIAS POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATIS TA en la tasación de la multa, una inejecución del contrato del 85%, teniendo en cuenta que el supervisor del contrato a través del informe de supervisión referenció un 15% de avance de ejecución del contrato, por lo que es viable la aplicación del principio de proporcionalidad para la estimación de la sanción toda vez que la entidad recibió y aceptó a satisfacción dichas actividades.

4.13. Imposición de multa al contratista.

Respecto al incumplimiento del contrato GGC 795-2019, este despacho considera que procede la imposición de la multa por la mora o incumplimiento parcial de las cláusulas primera, segunda y cuarta; y las obligaciones generales a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l, m, n, o, p, y las específicas 1, 6 y 7 del contrato.

Para el caso particular, en la cláusula vigésima primera del contrato, se establece las condiciones para la imposición de la multa, así:

“(…) CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA – MULTAS DE ACUERDO CON LOS ALCANCES INDICADOS EN LA CLAUSULA PRIMERA: En caso de presentarse mora en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones del Contrato por parte del OPERADOR DE RED, el MINISTERIO le impondrá a éste, multas diarias y sucesivas por una suma igual al cero coma cero quince por ciento (0,015%) del valor de los aportes del PRONE por cada obligación incumplida las cuales sumadas no podrán superar el dos coma cinco por ciento (2,50%) del valor del mismo.

PARÁGRAFO 1: Las multas establecidas en esta cláusula y en la VIGÉSIMA PRIMERA, tendrán carácter conminatorio y facultan al MINISTERIO para imponerlas y descontar el valor de las mismas de los saldos pendientes por pagar al OPERADOR DE RED, o para cobrárselas directamente a éste o hacerlas efectivas con cargo a la garantía que ampara el cumplimiento del Contrato. El OPERADOR DE RED renuncia a cualquier requerimiento judicial o extrajudicial para efectos de constitución en mora”.

Ahora, teniendo en cuenta que dentro del informe de incumplimiento se establecieron los días de mora de la *Etapas 2 – Actividades de contratación de obras* y en la *Etapas 3 – Actividades de suministro y construcción de obras y Liquidación*, el conteo para la estimación de la sanción se tomará a partir de la primera actividad en mora que corresponde a la de *Recibo, evaluación y adjudicación de ofertas*, con un retraso a corte 01/09/2022 de 360 días, no obstante, como quiera que se demostró la mora en el cumplimiento del Anexo 2, se aplicará el máximo porcentaje indicado en la cláusula del

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

2,50% sobre el valor del contrato dejado de ejecutar, en concordancia con lo indicado en el punto anterior sobre la aplicabilidad del principio de proporcionalidad.

A continuación, se procederá a tasar la multa de la siguiente forma:

Valor del contrato: \$602.646.259,00
Porcentaje ejecutado: 15%
Valor no ejecutado: \$ 512.249.320,15
Porcentaje multa: 2,50%
Valor multa: \$12.806.233,00

En consecuencia, el valor de la multa es de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$12.806.233,00) MCTE.

4.13.1. De la Compensación

Frente a la aplicación de la figura de la compensación, el Código Civil señala lo siguiente:

“ARTICULO 1715 <OPERANCIA DE LA COMPENSACIÓN>. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

- 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.*
- 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y*
- 3.) Que ambas sean actualmente exigibles.”*

“ARTICULO 1716 <REQUISITO DE LA COMPENSACIÓN>. Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras.

Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador.

Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle por vía de compensación lo que el tutor o curador le deba a él.

Ni requerido uno de varios deudores solidarios puede compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor; salvo que éstos se los hayan cedido”.

Como se puede apreciar, las facultades otorgadas a las entidades estatales son plenamente concordantes con el deber de cobro de las sanciones contenido en el artículo 4-2 de la Ley 80 de 1993 y se circunscriben en la misma lógica del Estatuto Contractual sobre deberes y responsabilidades de los contratistas que las entidades estatales deben hacer cumplir para garantizar los fines de la contratación, por lo cual, ante la existencia de obligaciones recíprocas de la misma naturaleza, la compensación constituye una figura viable para extinguir la obligación.

Así mismo, el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, señala respecto a la compensación:

“(…) PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva. (...)”

De esta forma, en virtud del artículo 1715 del Código Civil, el MINISTERIO considera aplicable la compensación en caso de que existan saldos a favor del contratista, para lo cual la Dirección de Energía Eléctrica revisará dicha situación y si es del caso, informará al contratista si se compensaron o no saldos a favor del contratista, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a que la presente decisión quede en firme.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Subdirector Administrativo y Financiero del Ministerio de Minas y Energía,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento del contrato GGC 795-2019 suscrito entre la Nación – Ministerio de Minas y Energía, y Caribemar de la Costa S.A.S E.S.P. – AFINIA, identificada con Nit. 901.380.949-1, representada legalmente por Ricardo Arango Restrepo, identificado con cédula de ciudadanía No. 98.553.166, de conformidad con la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer multa por valor de DOCE MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$12.806.233,00) MCTE., por el incumplimiento del contrato GGC 795-2019 suscrito entre la Nación – Ministerio de Minas y Energía, y Caribemar de la Costa S.A.S E.S.P. – AFINIA, identificada con Nit. 901.380.949-1, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar a Caribemar de la Costa S.A.S E.S.P. – AFINIA, el pago de la suma indicada en el artículo segundo de la presente decisión, dentro del mes siguiente a la fecha en que la Dirección de Energía Eléctrica informe si se descontó de alguna suma adeudada al contratista. El pago debe efectuarse a órdenes de la DIRECCIÓN DEL TESORO NACIONAL, en la cuenta corriente N° 61011110 del Banco de la República denominada DIRECCIÓN DEL TESORO NACIONAL– OTRAS TASAS, MULTAS Y CONTRIBUCIONES NO ESPECIFICADAS ENTIDADES, si a ello hubiere lugar. La Dirección de Energía Eléctrica deberá informar al contratista si se compensaron o no saldos a favor del contratista, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a que la presente decisión quede en firme.

El contratista deberá remitir copia del pago a la Dirección de Energía Eléctrica, dentro de los dos (2) días hábiles siguiente al mismo

Parágrafo 1°. Para realizar las transferencias vía Servicios y tarifas de los Servicios Electrónicos del Banco de la República (SEBRA), se debe relacionar el código de portafolio 217 del Ministerio de Minas y Energía o si en su defecto el sistema no ofrece la opción de dicho portafolio, se podrá seleccionar 0 – PORTAFOLIO DEFAULT. Además, esta transferencia debe hacerse bajo el código de operación 137 para que sea exenta del Gravamen a los Movimientos Financieros.

También se puede hacer el pago por medio del botón de PSE, siguiendo las instrucciones del documento adjunto denominado: " 2.5. Paso a paso Pago por PSE Banco Agrario de Colombia - Reintegro otras tasas multas y contribuciones no especificadas entidades" y relacionando el código de portafolio 217.

Una vez realizada la consignación, se deberá remitir copia de la misma a los siguientes correos electrónicos: wacardona@minenergia.gov.co; gpvenegas@minenergia.gov.co ; ccruiz@minenergia.gov.co.

Parágrafo 2°. En el evento de que no se haya podido descontar alguna suma adeudada o en el evento que éstos no sean suficientes para realizar el pago de las sumas ordenadas, y vencido el término establecido para que se allegue copia de la consignación del pago de la multa sin que ello ocurra, la Dirección de Energía Eléctrica deberá iniciar el trámite ante el Grupo de Jurisdicción Coactiva para las acciones

Continuación de la Resolución *“POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 795 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”*

tendientes a ejecutar el cobro persuasivo o en su defecto realizar las gestiones que corresponda para el trámite de cobro coactivo.

ARTÍCULO CUARTO: Desvincúlese de la presente actuación administrativa a la Compañía Mundial de Seguros S.A., identificada con Nit. 860.037.013-6, de conformidad con las consideraciones expuestas en el numeral 4.11. de la presente decisión.

ARTÍCULO QUINTO: La presente resolución se notifica en estrados en la presente audiencia, conforme lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y contra ella procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse y sustentarse en esta misma audiencia.

ARTÍCULO SEXTO: Ejecutoriada la presente resolución, se publicará en el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOP II y se comunicará a la Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde se encuentre inscrito el contratista, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de la Ley 80 de 1993 modificado por el art. 218 del Decreto 019 de 2012.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Comuníquese el presente acto administrativo a la Dirección de Energía Eléctrica y al Grupo de Jurisdicción Coactiva del Ministerio de Minas y Energía, para lo de su competencia.

ARTÍCULO OCTAVO: La presente Resolución rige a partir de la fecha de su ejecutoria.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



Pablo Cesar Pacheco Rodríguez
Subdirector
Subdirección Administrativa y Financiera

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

Elaboró: Maria Carolina Lozano Guzmán

Revisó: Julián Fernando González Niño, Pablo Cesar Pacheco Rodríguez, Carmen Emilia Osorio Medina, Claudia Milena Vásquez Chiquiza, Samira Guerrero Rojas

Aprobó: Pablo Cesar Pacheco Rodríguez