



RESOLUCIÓN NÚMERO 01853 DE 2025

(28 Octubre 2025)

“POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 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. 790 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: 13 de julio de 2023 4

2.2.2. Segunda sesión: 18 de septiembre de 2024 20

2.2.3. Tercera sesión: 30 de septiembre de 2024 21

2.2.4. Traslado de pruebas decretadas en audiencia 22

3. PRUEBAS 22

3.1. Pruebas aportadas por el Ministerio de Minas y Energía en la citación 23

3.2. Pruebas decretadas en audiencia 24

3.2.1. Pruebas documentales aportadas por el contratista 24

3.2.2. Pruebas rendidas por la Dirección de Energía Eléctrica 24

3.2.3. Pruebas negadas por el Ministerio 23

4. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA DECISIÓN ADOPTADA A TRAVÉS DEL PRESENTE ACTO 24

4.1. De la naturaleza del contrato GGC 790-2019 24

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 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	26
4.3.	Inexistencia de causales eximentes de responsabilidad	27
4.3.1.	Circunstancias de orden público	30
4.4.	El equilibrio de la ecuación económica	31
4.5.	El incumplimiento de las obligaciones contractuales	32
4.6.	La asignación de riesgos del Contrato	35
4.7.	Inexistencia de vulneración del debido proceso administrativo	36
4.8.	Del contrato de seguro	38
4.9.	El incumplimiento de las obligaciones del contrato de la Fase 1 es imputable al contratista	38
4.10.	Aplicación del principio de proporcionalidad	39
4.11.	Imposición de multa al contratista	39
4.11.1.	De la Compensación	40
5.	DECISION	41
1.	ANTECEDENTES GENERALES DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019	

- 1.1. El 13 de diciembre de 2019, se suscribió el contrato PRONE GGC No. 790 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 Mil Seiscientos Cincuenta y Seis Millones Novecientos Nueve Mil Ciento Cuarenta y Dos Pesos (\$1.656.909.142,00) 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 SBN LA PAZ SECTOR LOS CANALES, 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 y 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. 85-44-101107281 expedida por Seguros del Estado S.A. La última acta de aprobación de garantías de acuerdo con el otro sí No. 2, es del 12 de mayo de 2022, amparos que cuentan con las siguientes vigencias:

AMPAROS	VIGENCIA	
	DESDE	HASTA
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	13/12/2019	31/10/2023
DEVOLUCIÓN DEL PAGO ANTICIPADO	13/12/2019	31/10/2023

- 1.5. En cuanto a la información financiera del contrato, la entidad desembolsó el valor de \$828.454.571,00 girados a la fiducia y a corte del mes de abril del 2024, el saldo en la cuenta correspondía a \$829.987.594,00.

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 Seguros del Estado S. A., a la audiencia establecida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a través de los oficios con radicado 2-2023-017380 y 2-2023-017381 del 15 de junio de 2023, fijada para el 29 de junio de 2023.

Mediante correo electrónico del 22 de junio de 2023, la apoderada de la aseguradora solicitó la reprogramación de la audiencia.

Mediante oficio con radicado 2-2023-019350 del 29 de junio de 2023, se les informó a las partes que por solicitud del garante se reprogramó la audiencia para el 13 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: 13 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., así como la representante del garante. En desarrollo de la diligencia se reconoció personería jurídica al abogado del contratista dr. Hernando Castro Nieto y a la apoderada Fanny Zamudio, quienes aceptaron prescindir de la lectura de la citación a audiencia enviada a las partes. Seguidamente se le concedió la palabra al apoderado del contratista quien realizó sus descargos y solicitó pruebas. Después de dicha intervención se le concedió la palabra a la apoderada de la aseguradora quien igualmente presentó sus descargos y coadyuvó la solicitud de pruebas del contratista. La audiencia fue suspendida para la revisión de lo actuado.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 de presunto incumplimiento:

1. “(...)

- a. *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”.*
- b. *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.*
- c. *El 21 de febrero de 2022, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA., mediante*

¹ En el siguiente enlace se encuentra la grabación en audio y video de la audiencia: https://minenergiacol-my.sharepoint.com/:v/g/personal/mclozanog_minenergia_gov_co/EZmj836pYO9BiGG7j_BRzLUBaEZaYQlyH9AMijUiydDEVw?nav=eyJyZWZlcnJhbEluZm8iOnsicmVmZXJyYWxBcHAI0iJPbmVEcmI2ZUZvcjJ1c2luZXNzIiwicmVmZXJyYWxBcHBQbGF0Zm9ybSI6IldlYiIsInJlZmVycmFsTW9kZSI6InZpZXciLCJyZWZlcnJhbFZpZXciOiJNeUZpbGVzTGlua0NvcHkiX0&e=XmVIHN

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

comunicación con radicado MME No. 2-2022-002841, remitió comunicación con asunto: “Reiteración radicado 2-2022-001646 de asunto: “Cumplimiento cronogramas contratos PRONE 2019”.

- d. 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 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.
- e. 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.
- f. 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.
- g. 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 CARIBEAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. según el cronograma vigente.
- h. 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 -019 con asunto: “solicitud informe detallado Contratos PRONE 2019”.
- i. El MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, mediante comunicación con radicado MME No. 2-2022-006428, remitió comunicación con asunto: “Mora cumplimiento Obligaciones PRONE 790”, 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.
- j. 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-

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

006776 y radicado Afinia No. 2022040000008801”, 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.

- k. 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.
- l. 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.
- m. 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.
- n. 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.
- o. El 13 de mayo de 2022, el director de Energía Eléctrica actuando como supervisor del contrato PRONE-GGC-790-19, remitió al Grupo de Gestión Contractual memorando con radicado MME No. 3-2022-012157, con asunto: “Remisión de informe de incumplimiento contractual en el contrato PRONE-GGC-790-19 para dar inicio a proceso sancionatorio”.
- p. 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.
- q. 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

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

variaciones en el presupuesto, para lo cual el MINISTERIO informó lo relacionado en la cláusula de riesgos asumidos por el operador de red.

- r. El 3 de junio de 2022, el Grupo de Gestión Contractual dio respuesta al radicado N° 3-2022-012157, mediante memorando 3-2022-013870, solicitó dar alcance al informe de incumplimiento contractual del contrato PRONE-GGC-790-19 para dar inicio a proceso sancionatorio.
- s. El 30 de junio de 2022, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., mediante comunicación con radicado MME No. 1-2022-024232, remitió comunicación con asunto: “Solicitud de revisión y actualización de precios del contrato PRONE-GGC-790-19”, en este documento se solicitó la revisión y actualización de precios del contrato PRONE-GGC-790-19.
- t. 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.
- u. 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.
- v. Se aclaró por parte de la Dirección de Energía Eléctrica 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, tal como se relaciona a continuación:

Ítem	Actividad	Finalización Actividad	Retraso a corte 01/09/2022	Estado de Cumplimiento
		(según Cronograma)	(días)	
Etapa 2 – Actividades de contratación de obras				
2	Recibo, evaluación y adjudicación de ofertas.	6/09/2021	360	En mora de cumplimiento
3	Firma de contratos de suministros y obras, según corresponda, y suscripción de Actas de Inicio	27/09/2021	339	En mora de cumplimiento
4	Enviar cronograma de obra con horizonte semanal aprobado por la interventoría	13/10/2021	323	En mora de cumplimiento
Etapa 3 – Actividades de suministro y construcción de obras y Liquidación				
1.1	Replanteo Obra	18/10/2021	318	En mora de cumplimiento
1.2	Ordenes de compra	18/04/2021	501	En mora de cumplimiento
1.3	Suministro de Materiales	15/06/2022	78	En mora de cumplimiento
1.4	Construcción Redes MT/BT	12/07/2022	51	En mora de cumplimiento
1.5	Pruebas y puesta en servicio	28/07/2022	35	En mora de cumplimiento
1.6	Entrega de listado usuarios normalizados	5/08/2022	27	En mora de cumplimiento
1.7	Inspección, certificación final RETIE	13/08/2022	19	En mora de cumplimiento
2	Acta de recibo de obras	29/08/2022	3	En mora de cumplimiento

La Dirección de Energía Eléctrica resaltó que el Operador de Red realizó el segundo proceso de contratación de obra sin contemplar la asignación de riesgos

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

establecida en la “CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA – RIESGOS”, y a su vez tampoco consideró lo manifestado en su comunicación del 5 de noviembre de 2021.

- w. El 7 septiembre de 2022, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, mediante comunicación con radicado MME No. 2-2022-019623, remitió comunicación con asunto: “Respuesta a la solicitud ajuste de precios de los Contratos PRONE 2019”, en dicho documento se indicó a CARIBEMAR DE LA COSTA S.A E.S.P., que las obligaciones y riesgos pactados en los contratos PRONE, fueron claras desde el principio de la convocatoria, así mismo fue quien presentó para aprobación el respectivo cronograma para el desarrollo del contrato y cualquier variación en los precios que se presentó sea por causa de la misma demora en el ejecución, por atrasos en el cronograma o por cualquier otra causa, fue un hecho plenamente aceptado desde el inicio de su parte.
- x. El 26 de septiembre de 2022, el director de Energía Eléctrica actuando como supervisor del contrato PRONE-GGC-790-19, remitió al Grupo de Gestión Contractual memorando con radicado MME No 3-2022-023068, con asunto: “Memorando solicitud trámite de incumplimientos contratos PRONE-AFINIA”.
- y. El 29 septiembre de 2022, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, mediante comunicación con radicado MME No. 2-2022-021984, remitió comunicación con asunto: “Notificación vencimiento Etapa 3 Contratos PRONE 2019”, en dicho documento se indicó a CARIBEMAR DE LA COSTA S.A E.S.P , que se evidencia que la Etapa 3 – “Actividades de suministro y construcción de obras y liquidación” vence el 29 de septiembre de 2022, además, se reitera los requerimientos realizados a CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. para que cumpla con lo previsto en los contratos PRONE 2019 de acuerdo al cronograma establecido.
- z. El 3 de octubre de 2022, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., mediante comunicación con radicado MME No. 1-2022-038270, remitió comunicación con asunto: “Respuesta a comunicación con radicado No. 2-2022-019623 de fecha 07-09-2022 con ello, reiteración de solicitud de revisión y actualización de precios del contrato PRONE-GGC-790-19.”, mediante la cual solicitó revisión de los precios establecidos en el presupuesto del contrato PRONE-GGC-790-19 y se proceda a realizar su respectiva actualización, además, solicitó la suspensión del contrato PRONE-GGC-790-19 por el término de 60 días, por acuerdo entre las partes.
- aa. El 21 de octubre de 2022, el director de Energía Eléctrica actuando como supervisor del contrato PRONE-GGC-790-19, remitió al Grupo de Gestión Contractual memorando con radicado MME No 3-2022-025488, con asunto: “Presuntos incumplimientos del operador de red CARIBEMAR DE LA COSTA S.A. E.S.P. - Afinia en el marco de los contratos PRONE 2019”.
- bb. El 27 de octubre de 2022, el Grupo de Gestión Contractual ofreció una respuesta al radicado N° 3-2022-023068 y 3-2022-025488, mediante memorando 3-2022-025971, solicitó nuevamente dar alcance al informe de incumplimiento contractual del contrato PRONE-GGC-790-19, para el inicio del proceso sancionatorio.
- cc. El 28 Octubre de 2022, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, mediante comunicación con radicado MME No. 2-2022-025429, remitió comunicación con asunto: “Respuesta a la solicitud ajuste de precios de los Contratos PRONE 2019”, en dicho documento se indicó a CARIBEMAR DE LA COSTA S.A E.S.P , dar cumplimiento a las actividades de los contratos PRONE según el cronograma vigente, y que, frente a la solicitud de suspensión de los contratos PRONE 2019, esta supervisión considera que la misma no cuenta con los soportes suficientes, en la medida que, los riesgos de variaciones de precios fueron asumidos por CARIBEMAR DE LA COSTA S.A E.S.P conforme a lo previsto en la cláusula vigésima quinta de los contratos.

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

- dd. El 2 de noviembre de 2022, CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P., mediante comunicación con radicado MME No. 1-2022-043655, remitió comunicación con asunto: “Propuesta Ejecución Contratos PRONE 2019”, mediante la cual presentó propuesta al Ministerio la cual consistía en que este último colocara los recursos para cubrir las variaciones de precio de los materiales, mientras que AFNIA colocaría los recursos para cubrir los precios en la mano de obra.
- ee. El 17 de Noviembre de 2022, MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, mediante comunicación con radicado MME No. 2-2022-027558, remitió comunicación con asunto: “Respuesta a comunicación 2022040000059981 de asunto: Propuesta Ejecución contratos PRONE 2019”, en dicho documento se indicó a CARIBEMAR DE LA COSTA S. A. E.S.P., que al momento de recibir dicha comunicación la actividad de Administración de la Construcción y Puesta en Operación de cada uno de los contratos PRONE 2019 se encontraba vencida, esto es desde el 31 de octubre del año en 2022.

De acuerdo con lo anterior y en concordancia a lo manifestado por la Supervisión en cada una de sus comunicaciones, la propuesta realizada por CARIBEMAR al MINISTERIO, donde este último debe realizar un aporte que cubra los excedentes en los costos del suministro del Material, no solo fue realizada por fuera de los plazos pertinentes, sino que difiere de lo dispuesto en la Cláusula Vigésima Quinta – Riesgos de los contratos, por lo cual la propuesta realizada no es procedente. (...)”

- De acuerdo con el informe de supervisión y el oficio de citación a audiencia, el contratista presuntamente incumplió las siguientes obligaciones contractuales:

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.”

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:

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."*

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 DGCPN:

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.”

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, gestionarias 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.
- 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:

Etapa 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.*

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

- 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.

Etapas 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 donde 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, la 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.

Continuación de la Resolución "POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA"

- 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.*
- 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*

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

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 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 (según Cronograma)	Estado de Cumplimiento
Etapas 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
Etapas 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) Etapas 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 790 de 2019 se indicó la imposición de multa tasada por valor de Doscientos Ochenta Un Millón Seiscientos Setenta y Cuatro Mil Quinientos Cincuenta y Cuatro con Catorce Centavos (\$281.674.554,14) 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:

- El 13 de agosto de 2021 el contratista adelantó el proceso de contratación de las obras, pero el 28 de diciembre de 2021 se declaró desierto ya que las ofertas recibidas no cumplieron con los requisitos legales, técnicos y financieros requeridos en las condiciones generales de compra.
- La anterior situación la puso en conocimiento CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. a la entidad por medio de escrito con radicado 1- 2021-44365 de fecha 05 de noviembre de 2021 y el Ministerio a través de la comunicación con radicado 2-2021-023353 les respondió que debían asumir todos los riesgos asociados al aumento de presupuesto del contrato.
- El 6 de abril de 2022, el contratista inició un nuevo proceso de contratación y en su apertura se recibieron 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.
- De acuerdo con lo anterior, el contratista realizó un análisis comparativo de la variación de las materias primas que existió durante la suscripción del contrato No. 790-2019 y la vigencia del proceso de contratación que se encontraba realizando CARIBEMAR y se evidenciaron diferencias sustanciales que duplicaban el presupuesto aprobado por el CAPRONE.
- El 29 de junio de 2022 se declaró desierto el segundo proceso de contratación.

1. SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR POR FUERZA MAYOR:

- La ejecución del contrato PRONE GGC 790-2019 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. Se presentó crisis de la cadena de suministro a nivel mundial, aumento de los precios de las materias y recursos utilizados, en parte por el aumento de los costos de envío de mercancías a nivel mundial y la mano de obra.
- Ha sido irresistible y ha impedido sistemáticamente el cumplimiento de las obligaciones del Contrato. Los dos procedimientos de contratación que se iniciaron fueron 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.
- 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 precios de los insumos tuvieron un alza significativa.
- Al encontrarse inmersos en este evento de fuerza, CARIBEMAR no pudo ejecutar de forma ordinaria las obligaciones contraídas en los plazos estipulados, ya que 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.

2. DEL EQUILIBRIO DEL CONTRATO

- Al configurarse la fuerza mayor, las consecuencias de la pandemia eran imposibles de resistir lo que se tradujo en la imposibilidad del contratista para cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos establecidos, encontrándose eximida de responsabilidad.
- Dicho fenómeno alteró de manera sustancial las condiciones que sirvieron como base para la celebración del contrato 790 – 2019 tornándolo excesivamente oneroso lo que constituye una causal de exoneración de responsabilidad y se traduce simultáneamente en el derecho de Caribemar de la Costa S.A.S. E.S.P de solicitar el restablecimiento de la equivalencia económica del contrato.
- La situación de CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S. E.S.P la conocía el Ministerio, tal como quedó registrado en la comunicación del 07 de abril de 2022, donde se le advirtió a la entidad sobre el desequilibrio y el reajuste de precio del contrato.
- 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
- El artículo 4 de la Ley 80 de 1993, 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”

- La aprobación del presupuesto para la ejecución del Contrato 790-2019 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.

-El Ministerio frente a lo anterior respondió que la variación en los precios de los materiales del contrato fue asumida por el contratista según los riegos establecidos en la cláusula vigésima quinta del contrato.

- 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, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

3. SOBRE LAS CONSECUENCIAS ANUNCIADAS POR EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA POR PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA.

- 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 790-2019, por lo siguiente:

(i) Los efectos de la pandemia generaron una excesiva onerosidad para el cumplimiento de las obligaciones del contratista, por lo que era necesario el reajuste de precios.

(ii) No hay lugar a la imposición de multas, ya que le corresponde a la entidad revisar las situaciones extraordinarias y buscar las alternativas jurídicas que posibilite la ejecución del contrato.

(iii) El contrato se hizo imposible de ejecutar en los términos establecidos en el cronograma debido a los altos costos para realizar las obras como efecto de la pandemia del COVID-19.

(iv) Los dos procesos de contratación que había iniciado CARIBEMAR fueron declarados desiertos, siendo que una de las causales, la imposibilidad de que los potenciales oferentes pudieran cumplir con los estándares de precios establecidos por el Ministerio.

4. SOBRE LA INEFICACIA DE PLENO DE DERECHO DE LA CLÁUSULA DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN EL CONTRATO PRONE GGC 790 - 2019

- La asignación de riesgos realizada por el Ministerio en el contrato PRONE GGC 790-2019, 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.

- 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.

-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, por lo que a Caribemar no le asiste asumir cualquier aumento en el presupuesto de los contratos, toda vez, que en dicha disposición no se entiende dicha obligación.

-El Ministerio indujo al error al establecer una asignación de riesgos divergente de la establecida en la Convocatoria PRONE 01 de 2019 y sin sus respectivos soportes, ya que esta asignación difiere a la establecida en la cláusula vigésima quinta del contrato.

- 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.

-El Ministerio incumple con sus obligaciones de transparencia al no publicar los soportes de la identificación, tipificación, estimación, cuantificación y asignación de los riesgos, ya que estos fueron publicados en la plataforma SECOP I el 28 de abril de 2022, después del

inicio de la ejecución del contrato, además dichos riesgos no se encuentran relacionados en la matriz de riesgo, lo que hace que la cláusula pactada en el contrato implique una obligación de naturaleza ilimitada, la cual se encuentra prohibida por nuestro ordenamiento jurídico y se torna ineficaz.

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

-El Ministerio debió sujetarse al procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y a las disposiciones aplicables a esta materia, ya que al momento de cuantificar la sanción en la suma de \$281.674.554,14 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.

- El Ministerio al proferir la citación le corresponde verificar la inobservancia, el incumplimiento parcial de las obligaciones 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.

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. Existe causal de fuerza mayor eximente de responsabilidad, por lo que la entidad no podría afectar la póliza cuando se cumplen con los requisitos de exoneración.
2. Solicita en caso de que no se tenga en cuenta la causal anterior, subsidiariamente se tenga en cuenta los descargos y las pruebas remitidas por el contratista.
3. La entidad no puede tasar la multa establecida en la citación, ya que no fue lo pactado dentro del contrato.

2.2.2. Segunda sesión: 18 de septiembre de 2024

Mediante memorando No. 3-2024-026428 del 14 de agosto de 2024, la supervisión remite informe de presunto incumplimiento actualizado y a través de los oficios con radicado 2-2024-031662 y 2-2024-031647 del 13 de septiembre de 2024 se dio traslado a las partes del informe actualizado y se citaron a la reanudación de la audiencia fijada para el para el 18 de septiembre de 2024, para que se pronunciaran sobre dicho informe.

El 18 de septiembre de 2024, se reanudó la audiencia en la que, una vez realizada la presentación de los apoderados de las partes, se reconoció personería jurídica para actuar a la abogada dra. Lina Maria Martínez en representación del garante y seguidamente se le otorgó la palabra al apoderado del contratista, quien se pronunció sobre el informe trasladado y solicitó pruebas; por parte del garante, igualmente expuso sus argumentos y coadyuvó las pruebas solicitadas. La audiencia fue suspendida para el análisis de los requerimientos realizados por los apoderados del contratista y el garante. La audiencia fue suspendida para el análisis de los requerimientos realizados.²

2.2.2.1. Pronunciamiento del contratista:

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

1. La cláusula de los riesgos es ineficaz porque se le trasladó al contratista sin que sea del álea de sus actividades.

² En el siguiente enlace se encuentra la grabación en audio y video de la audiencia:

https://minenergiacol-my.sharepoint.com/:v/g/personal/mclozanog_minenergia_gov_co/EaUWIDu4a4JAi4INAT5fNPkBMppeKstPX5KrR1rp5fSrAA?nav=eyJyZWZlcnJhbEluZm8iOnsicmVmZXJyYWxBcHAiOiJpbmVEcmI2ZUZvckJ1c2luZXNzIiwicmVmZXJyYWxBcHBQbGF0Zm9ybSI6IldlYiIsInJlZmVycmFsTW9kZSI6InZpZXciLCJyZWZlcnJhbFZpZXciOiJNeUZpbGVzTGlua0NvcHkifX0&e=qHEPZx

2. Que se aclare 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.
3. Frente a la frase “Nadie le es dable aprovecharse de su propio dolo”, se precisa que las actuaciones del contratista han sido como colaborador de la administración y ha expresado su voluntad de terminar la ejecución del contrato, ha realizado varias propuestas al Ministerio. Pese a la negativa el contratista ha adelantado actividades con sus propios recursos.
4. Se presentaron situaciones de orden público en el sector del proyecto, que han impedido continuar con la obra.
5. Solicita visita técnica para verificación del avance de las obras y de las situaciones de orden público.
6. Que la supervisión del contrato de acuerdo a sus funciones establecidas en la ley realice la visita para verificación de la obra.

2.2.2.2. Pronunciamiento del garante: Frente al informe actualizado, la apoderada presentó sus argumentos, los cuales se sintetizan de la siguiente forma:

- Coadyuva los argumentos expuestos por el contratista.
- Se evidencia inexistencia de los perjuicios ocasionados al Ministerio, teniendo en cuenta lo establecido en el art. 1077 del Código de Comercio le corresponde al asegurado demostrar el monto del siniestro.
- Para una eventual indemnización se deben cumplir unos requisitos para lo cual el hecho debe ser actual, cierto y directo.
- De acuerdo con el clausulado de la póliza, frente a situaciones de fuerza mayor existe una causal eximente de responsabilidad y no se evidencia un daño por lo que no se puede siniestrar la póliza.

2.2.3. Tercera sesión: 30 de septiembre de 2024

El 30 de septiembre de 2024, se reanudó la audiencia con la asistencia de los apoderados de las partes en cuyo desarrollo la entidad decretó las siguientes pruebas por ser pertinentes, conducentes y útiles al proceso:

- (i) Incluir correspondencia remitida por el contratista al Ministerio.
- (ii) Dictamen pericial sobre variación de precios del contrato.
- (iii) Visita técnica al sitio de la obra para verificar el avance del contrato.

Adicionalmente, negó la práctica del testimonio del Ingeniero Hollman Schmalbach solicitado por el contratista.

Seguidamente con ocasión a la decisión del decreto de pruebas, el apoderado del contratista solicitó aclaración sobre lo cual manifestó:

- Se tenga como prueba un único dictamen para todos los procesos sancionatorios, por principio de economía debido a que sería muy oneroso para el contratista, y que dicho informe se está utilizando como un mecanismo de defensa.
- Teniendo en cuenta los requisitos para la práctica de la prueba, no se realizaría por cuanto solo se ha cumplido un 5% de las actividades de obra.

De acuerdo con la sustentación anterior, la ordenadora del gasto se pronunció aclarando que el contratista puede presentar el dictamen consolidado, pero debe presentarlo dirigido al presente proceso sancionatorio.

Posteriormente, se le preguntó al apoderado del contratista y del garante si van a interponer recurso de reposición, quienes manifestaron que no harían uso del mismo. La audiencia fue suspendida para la práctica de las pruebas.³

³ En el siguiente enlace se encuentra la grabación en audio y video de la audiencia: https://minenergiacol-my.sharepoint.com/:v:/g/personal/mclozanog_minenergia_gov_co/

2.2.4. Traslado de pruebas decretadas en audiencia

El Ministerio a través de los oficios con radicado 2-2025-037142 y 2-2025-0371423 del 2 de septiembre de 2025, dio traslado a las partes del memorando con radicado 3-2025-016401 del 5 de mayo de 2025 emitido por la supervisión.

Por medio de correo electrónico del 24 de septiembre de 2025, el contratista recorrió el traslado del comunicado de la supervisión, con el cual confirmó un eximente de responsabilidad ocasionado por la fuerza mayor debido a un hecho externo e imprevisible correspondiente a la pandemia del covid-19 que originó el alza de los precios de las materias primas. Así mismo, resaltó que el avance de solo el 5% de la obra se produjo por la negativa de la entidad para restablecer el equilibrio económico del contrato.

A través de los oficios con radicado 2-2025-047049 y 2-2025-047050 del 15 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 24 de octubre de 2025, el apoderado del contratista recorrió 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 3-2022-029352 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 otrosies 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 Ejecucion 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-790-19

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

Anexo 37- Solicitud terminación del contrato.

Anexo 38- Respuesta solicitud terminación del contrato.

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.

3.2.2. Pruebas rendidas por la Dirección de Energía Eléctrica

- Memorando con radicado 3-2025-016401 del 05 de mayo de 2025, sobre la verificación de documentos requeridos para la práctica de la visita técnica.

3.2.3. Pruebas negadas por el Ministerio

En sesión de audiencia del 13 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 790 -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 790 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 790-2019, de conformidad con el acervo probatorio que obra en el proceso sancionatorio.

4.1. De la naturaleza del contrato GGC 790-2019

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 SBN LA PAZ SECTOR LOS CANALES”, 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 790-2019 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 790-2019 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 SBN LA PAZ SECTOR LOS CANALES, 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 reclama⁴.

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.

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

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de julio de 2021, Rad. 48.427.

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 sanción.

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 procesos contractuales los cuales se declararon desierto, esto 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 790-2019.

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 2004⁵, 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 alea 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.

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 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

⁵ Consejo de Estado. (Sentencia del 26 de febrero de 2004). Exp 13833. [C.P. German Rodríguez Villamizar]

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- 2021-44365 del 5 de noviembre de 2021 de la situación en torno al proceso de selección del contratista de obra que se fue 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, 1-2022-024232 del 30-06-2022, 1-2022-043655 del 2-11-2022 de las cuales la supervisión dio respuesta a través de los oficios con radicado 2-2022-008259 del 27-04-2022, 2-2022-019623 del 7-09-2022 y 2-2022-027558 del 17-11-2022, en donde respondió que no era procedente la ampliación del cronograma, ya que a la fecha ya había fenecido el plazo para que procediera la modificación a este.

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

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

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.⁶

Así, tomando como referencia la teoría de la imprevisión, respecto al contrato GGC 790-2019, 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.

4.3.1. Circunstancias de orden público

El contratista alude que existieron circunstancias de orden público que impidieron el cumplimiento del contrato, respecto a lo cual se debe advertir que estos hechos sucedieron posterior a la terminación del plazo acordado para el cumplimiento de la Fase 1 del contrato, según el informe con radicado 1-2024-001229 del 15 de enero de 2024 remitido por el contratista, donde relaciona situaciones de orden público desde el mes de febrero hasta octubre de 2023 en los sectores de San Pelayo, Montelibano, Sahagun y Tierra Alta (Córdoba), sin que correspondan a las fechas establecidas en el cronograma del Anexo 2 del contrato, para cumplir con las actividades de administración y obra.

En este sentido, se debe señalar lo correspondiente a las pruebas siendo estas el motivo que conducen al convencimiento del Juez sobre la realidad de los hechos y las circunstancias que se originaron en torno a ellos, con lo cual se destaca lo siguiente:

El artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, establece que son las partes a quienes incumbe **“probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”** Al respecto, el Honorable Consejo de Estado ha manifestado que *“En virtud del principio de la necesidad de la prueba, las pruebas aportadas a un proceso dentro de las oportunidades legalmente establecidas deben llevar al juez al grado de convencimiento suficiente para que pueda solucionar el problema objeto de litigio. Por ello, las pruebas deben ser pertinentes y conducentes.”*⁷

⁶ Consejo de Estado. 26-ene-2011, Rad. 20683; 16-sep-2013, Exp. 30571.

⁷ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez (E). Bogotá D.C., Veintiséis (26) De Agosto De Dos Mil Trece (2013). Radicación Número: 17001-23-31-000-2011-00288-01(19813).

Es claro que en el marco del proceso sancionatorio las partes deben probar los hechos en que sustentan sus pretensiones, y en el mismo sentido se expresó la Corte Constitucional cuando aseveró que *“con el objetivo de solucionar una controversia se ha de determinar en primer lugar con claridad el asunto en conflicto, es decir, los hechos en que se sustenta el enfrentamiento, para lo cual **cada una de las partes tiene la carga de probar los hechos que aducen como fundamento a su pretensión.**”*

Así las cosas, le corresponde a la parte interesada demostrar los hechos que argumenta causaron la imposibilidad de cumplir con el contrato, sin embargo, no se evidencia soportes probatorios que corresponda a situaciones de orden público que se hayan presentado durante los años 2021 y 2022, teniendo en cuenta que dichas fechas corresponden al plazo establecido en el cronograma inicialmente pactado y a la modificación efectuada a través del otrosí No. 2, que extendió las actividades hasta el 31 de octubre de 2022.

Por lo anterior, la entidad desestima dicho argumento por no existir soportes probatorios para su valoración.

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*” (alea 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 790-2019, como ya se estableció, Caribemar de la Costa solicitó la revisión y actualización de precios del contrato a través del informe con radicado 1-2022-038270 del 30 de septiembre 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 790-2019, 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 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 (...)”⁸

4.5. El incumplimiento de las obligaciones contractuales

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

Respecto a las obligaciones mencionadas 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.

En relación con la cláusula cuarta, 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.

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.

⁸ Sentencia del 16 de junio de 2020, radicación 11001-03-15-000-2020-01242-00(CA), MP Ramiro Pazos Guerrero

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

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.

En este sentido, 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., hubiere entregado la obra al 100% avalada por la interventoría y con las certificaciones RETIE y demás documentos relacionados en la **Etapas 3 – Actividades de suministro y construcción de obras y Liquidación y Etapas 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 cumplimiento de las obligaciones contractuales de la fase 1 cuyo objeto y obligaciones resultan indivisibles ya que su finalidad radica en la prestación del servicio de energía eléctrica.

En este punto se debe revisar lo correspondiente al plazo de ejecución que corresponde al cronograma del Anexo 2 establecido dentro del contrato y en razón a ello 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:

“(…) 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 reconvención 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, se concluye que el contratista 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.

4.6. 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 790 - 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 790 – 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.”*⁹

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

⁹ 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

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,¹⁰ 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.”*

4.7. 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 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 en el Consejo de Estado¹¹, *“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 sancionatoria, 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

¹⁰ 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,

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

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 3-2024-026428 del 14 de agosto 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 pronunciaran 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 18 de septiembre de 2024 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 2-2023-017380 del 15 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.

De otra parte, se hace necesario hacer la claridad respecto al escrito remitido por el apoderado del contratista de fecha 24 de octubre de 2025, donde referencia una violación al debido proceso por cuanto la entidad citó el 23 de octubre de 2025 para reanudar la audiencia del proceso sancionatorio del contrato 790-2019, sin que concluyera la etapa probatoria la cual venció el 24 de octubre de los corrientes, por lo tanto, se precisa que la citación para la continuación de la audiencia realizada por la entidad el 23 de octubre de 2025 a través de correo electrónico corresponde a una actuación de mero trámite y que cumple una función de impulso procesal, pero no constituye una decisión de fondo, ya que no genera ningún cambio sustancial ni incide en las decisiones en el proceso administrativo sancionatorio.

De acuerdo a lo establecido en el numeral c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la resolución por la cual se decide sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento será notificada en audiencia, de tal forma que para el caso que nos ocupa, solo hasta el 28 de octubre de 2025 se dará a conocer lo resuelto por el despacho de conformidad con el análisis realizado a lo actuado dentro del proceso y el acervo probatorio recaudado que incluye los pronunciamientos de las partes presentados frente a las pruebas trasladadas.

Por lo tanto, se aclara que la situación prevista por el apoderado del contratista no configura ninguna violación al debido proceso, ya que dicha citación solo corresponde a la comunicación a las partes para proseguir con el proceso sin que corresponda a una decisión de fondo.

4.8. 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

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

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 790-2019 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, se desvincula de la presente actuación administrativa al garante por operar la figura de la prescripción ordinaria de la acción del contrato de seguros.

4.9. 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. 790 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.

4.10. 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 2-2023-017380 del 15 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.

4.11. Imposición de multa al contratista.

Respecto al incumplimiento del contrato GGC 790-2019, este despacho considera que procede la imposición de la multa por la mora o incumplimiento parcial de las cláusulas

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

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 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:	\$1.656.909.142
Porcentaje ejecutado:	15%
Valor no ejecutado:	\$1.408.372.770,70
Porcentaje multa:	2,50%
Valor multa:	\$35.209.319,27

En consecuencia, el valor de la multa es de TREINTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS NUEVE MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON 27 CENTAVOS (\$35.209.319,27) MCTE.

4.11.1. 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.

Continuación de la Resolución “POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”

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 párrafo 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 790-2019 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 TREINTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS NUEVE MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON 27 CENTAVOS (\$35.209.319,27) MCTE., por el incumplimiento del contrato GGC 790-2019 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,

Continuación de la Resolución “*POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA*”

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 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 Seguros del Estado S.A., identificada con Nit. 860.009.578-6, de conformidad con las consideraciones expuestas en el numeral 4.8 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



Continuación de la Resolución *“POR LA CUAL SE DECIDE EL PROCESO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRONE GGC No. 790 DE 2019 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, Y CARIBEMAR DE LA COSTA S.A.S E.S.P. - AFINIA”*

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