

MINENERGIA: Registro radicado 2-2021-013294

contacto@minenergia.gov.co <contacto@minenergia.gov.co>

Jue 15/07/2021 9:25 AM

Para: Secretaria General Tribunal Administrativo - Seccional Villavicencio <sgtadmvcio@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (290 KB)

202113020132942.pdf;

Estimado ciudadano

Amablemente le remitimos el radicado No. 2-2021-013294 para los fines pertinentes.
Este es un mensaje automático y no es necesario responder.

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.

Cordialmente,

Ministerio de Minas y Energía

Grupo de Gestión de la Información y Servicio al ciudadano

PBX(57 1)220 0300

Línea gratuita a nivel nacional 018000 910 180

Calle 43 No.57-31 CAN

Bogotá D.C., Colombia.





Bogotá, D.C.

Honorable

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

MAGISTRADA: TERESA HERRERA ANDRADE

Correo: sgtadmvcio@cendoj.ramajudicial.gov.co

carrera 29a N 33b- 79, Oficina 411 Torre B,

Villavicencio (M)

Referencia. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicado. 50001-2333- 000-2019-00501-00
Accionante. GENSA S.A. ESP.
Accionados. LA NACIÓN- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y OTROS

Asunto: CONTESTACIÓN TRASLADO DEMANDA

CLAUDIA ROCIO CASTRO ORDOÑEZ, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía N° 36.066.405 de Neiva, abogada titulada, portadora de la tarjeta profesional N° 122.734 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderada de la Nación- Ministerio de Minas y Energía conforme el poder otorgado por la Dra. **PAOLA GALEANO ECHEVERRI**, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía N° 1.037.574.708 de Envigado (Antioquia), abogada titulada, portadora de la tarjeta profesional N° 195.333 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Minas y Energía, actuando en representación de esta Entidad, de conformidad con la facultad conferida en la Resolución 4 0644 del 6 de agosto de 2019 "*Por medio de la cual se delegan las funciones de representación judicial y extra judicial de la Entidad y se designa a un miembro del Comité de Conciliación y Defensa Judicial*"¹, por medio del presente escrito, comparezco al proceso dentro de la oportunidad legal para dar respuesta al medio de control de la referencia, en los siguientes términos:

I. SOBRE LAS PRETENSIONES.

En calidad de apoderada de la Nación- Ministerio de Minas y Energía me opongo a que prosperen todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas por la empresa demandante en su escrito de demanda, por carecer de motivaciones fácticas, jurídicas y contractuales para lograr una sentencia favorable, teniendo en

¹ Resolución 40644 del 6 de agosto de 2019 "Por medio de la cual se delegan las funciones de representación judicial y extrajudicial de la Entidad y se designa a un miembro del Comité de Conciliación y Defensa Judicial"

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



cuenta que esta cartera ministerial ha actuado conforme las cláusulas contractuales establecidas en el convenio interadministrativo No 392 de 2016 y a la normatividad vigente y aplicable al caso.

Aunado a lo anterior, porque existe un incumplimiento demostrado del contrato interadministrativo No 392 de 2016 por parte de la empresa administradora de los recursos del FAZni, en un porcentaje aproximado del 50%, tal y como se demostrará en el presente escrito y con las pruebas que se allegaran a su Despacho. No obstante, procedemos a pronunciarnos sobre cada una de las pretensiones formuladas, así:

1. *“Que se declare el cumplimiento a cabalidad del objeto contractual encomendado a GENSA S.A. ESP., en virtud del contrato interadministrativo No 392-2016, habiéndose realizado todas las actividades a su cargo, de acuerdo a las obligaciones allí pactadas y el presupuesto aprobado inicialmente para la ejecución de los proyectos de infraestructura eléctrica derivados de este contrato, los cuales fueron recibidos a satisfacción por parte del MME, y a la fecha se encuentren en custodia y operando correctamente por el Departamento del Vaupés, como operador de red local”.*

Rta: Nos oponemos a esta pretensión como quiera que según el informe técnico de supervisión del contrato interadministrativo FAZNI GGC 392 de 2016, taxativamente señaló que existe sólo un avance de obra físico ponderado del **53,63%**, razón por la que resulta improcedente pretender que se declare el objeto contractual. Aunado a lo anterior no es cierto que el MME haya recibido a satisfacción la totalidad de la infraestructura eléctrica del proyecto objeto del convenio 392 de 2016.

2. *“Que como producto del cumplimiento del objeto contractual del contrato interadministrativo No 392-2016, se decrete la liquidación judicial del mismo, declarándose a Gensa S.A., a paz y salvo, así como el correlativo incumplimiento y la vulneración del principio de ecuación contractual en cabeza de la entidad demandada”.*

Rta: Nos oponemos a la pretensión de declarar a paz y salvo a la empresa demandante en virtud a que el objeto contractual no fue finiquitado. Adicionalmente esta entidad garantizó los desembolsos de los recursos conforme a lo establecido en las cláusulas contractuales.

3. *“Que como producto de la liquidación del contrato interadministrativo No 392-2016, el Ministerio de Minas y Energía cancele a GENSA S.A. ESP., las sumas que se discriminan a continuación, con fundamento en el literal C de la cláusula cuarta del contrato interadministrativo No 392-2016 hasta el valor de CUATROCIENTOS VEINTESEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS (2.591.891), toda vez que se acreditó y cumplió el avance del 60% de la obra de cada proyecto de manera proporcional e independiente certificado por el interventor, dicho valor que se segrega así:*

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



3.1 Lucro cesante:

3.1.1 Por honorarios administración: \$68.271.683

3.2 Daño Emergente

3.2.1 Por concepto de inversión de obras e interventoría por concepto del costo asumidos con recursos propios en virtud del contrato de 2017 por de \$358.320.208

3.2.2 Que el MME le reconozca a GENSA S.A. ESP., todos los gastos financieros en que tuvo que incurrir dicha sociedad, con el fin de honrar los compromisos de pago adquiridos en virtud del contrato de obra No 054 de 2017 celebrado por GENSA S.A. ESP., para dar cumplimiento al objeto del contrato interadministrativo No 392-2016, los cuales desde el 6 de junio de 2019, fecha en la cual se realizó el pago a H&B INGENIERIA S.A.S. y hasta el 30 de noviembre de 2019, ascienden a la suma de \$10.132.619, cifra que mes a mes será actualizada, hasta que se efectuó el pago por parte del MME.

3.2.3 Que el MME se le ordene reconocer a GENSA S.A. ESP., todos los gastos financieros que se generen a partir del 30 de septiembre de 2019 y hasta la fecha en que se produzca el pago definitivo de las obligaciones, en virtud del crédito de tesorería en que tuvo que incurrir esta sociedad, con el fin de honrar los compromisos de pago adquiridos en virtud del contrato de obra No 054-2017 celebrado por GENSA S.A. ESP., para dar cumplimiento al objeto del contrato interadministrativo No 392-2016”.

Rta: Presento oposición a la pretensión de desembolso de recursos adicionales como quiera que el MME, canceló a la empresa demandante los desembolsos iniciales de los recursos conforme los parámetros establecidos en el convenio interadministrativo y la empresa no finiquito el objeto contractual.

4. *“Que con fundamento en lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, sobre las anteriores sumas de dinero se reconozcan intereses moratorios a la tasa del doble del interés legal sobre las anteriores sumas previamente indexadas o actualizadas y que a la fecha le son adeudados”.*

Rta: Formulo oposición a la pretensión como quiera que el MME no incumplió las cláusulas contractuales del convenio interadministrativo, la entidad garantizó el desembolso de los recursos conforme la acreditación de cumplimiento que presentó la empresa, así como el informe del supervisor del convenio.

5. Que los dineros adeudados por el MME a GENSA S.A. ESP., le sean consignados en la cuenta de ahorros No 070-374278-9 de Bancolombia S.A (...)

Rta: Nos oponemos a la pretensión conforme los argumentos señalados en el presente escrito de contestación.

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



6. *“Que se realice de manera formal por parte del MME, el recibo oficial de la infraestructura eléctrica y equipos de su propiedad, la cual no fue posible instalarla de acuerdo a la orden judicial impartida en sede de tutela (...)”*

Rta: El MME se opone enfáticamente a recibir la infraestructura energética que menciona la empresa demandante, teniendo en cuenta que el objeto contractual del convenio no era la adquisición de infraestructura eléctrica sino el de desarrollar obras para procurar la satisfacción de la demanda de energía eléctrica en el municipio de Mitú como zona no interconectada para garantizar la eficiencia energética de los usuarios.

Adicionalmente dentro de las competencias legales establecidas en el Decreto 381 de 2012, no tiene facultad para recibir ni adquirir infraestructura eléctrica.

II. SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA

A. SOBRE LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO FAZNI GGC- 392 DE 2016.

Al hecho 1: Es parcialmente cierto. Es necesario realizar la siguiente precisión. El Ministerio de Minas y Energía además de las funciones definidas en la Constitución Política, así como las contenidas en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, y las establecidas en el artículo 2 del Decreto 0381 del 16 de febrero de 2012 y sus decretos modificatorios, tiene como objetivos primordiales: formular, adoptar, dirigir y coordinar las políticas, planes y programas del sector de Minas y Energía. Dentro de las funciones específicas del sector energético se establecen:

“(...) 3. Formular, adoptar, dirigir y coordinar la política en materia de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica.

4. Formular, adoptar, dirigir y coordinar la política en materia de uso racional de energía y el desarrollo de fuentes alternas de energía y promover, organizar y asegurar el desarrollo de los programas de uso racional y eficiente de energía.

5. Formular, adoptar, dirigir y coordinar la política sobre las actividades relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuentes energéticas del país.

6. Formular políticas orientadas a que las actividades que desarrollen las empresas del sector minero-energético garanticen el desarrollo sostenible de los recursos naturales no renovables”.(...)

Ahora bien, con el fin de mejorar la infraestructura eléctrica colombiana, el Gobierno Nacional creó los fondos como el FAER, FAZNI y PRONE, que tienen como objetivo

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



principal financiar la construcción de proyectos que contribuyan a la ampliación permanente de cobertura energética de los usuarios. El Decreto 1073 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único y Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía*”, en el capítulo 3 “De los Fondos Eléctricos” del título 3 “Sector de energía eléctrica”, definen de forma general el objetivo, la forma de recaudo de los recursos, su destinación, el comité de administración, entre otros aspectos.

A los hechos 2 y 3: Esta información debe ser constatada de conformidad con lo señalado en el certificado de existencia y representación de la empresa.

Al hecho 4: Es cierto. El 31 de diciembre de 2017, el MME y GENSA S.A. ESP, suscribieron el contrato interadministrativo No FAZNI GGC 392 de 2016 con el objeto de ampliar la cobertura y procurar la satisfacción de la demanda de energía eléctrica en las zonas no interconectadas- ZNI, mediante la ejecución de proyectos del Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de Zonas no Interconectadas -FAZNI.

Al hecho 5: Es parcialmente cierto, la cláusula primera del contrato estableció que el alcance del objeto para el administrador ara administrar los recursos del fondo FAZNI asignados para la ejecución de los proyectos relacionados en el anexo 1 “proyectos” del presente contrato, prestar asistencia técnica, contratar las obras necesarias y la interventoría para la ejecución de dichos recursos.

AL hecho 6: Es parcialmente cierto. Es importante realizar la siguiente aclaración. Frente al proyecto a ejecutarse en el marco del Contrato Interadministrativo FAZNI GGC No. 392 de 2016, es de señalar que, el mismo fue presentado al Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas No Interconectadas — IPSE a través de dos proyectos, a saber: BFAZNI 321 “GESTIÓN EFICIENTE OE LA RED DEL MUNICIPIO DE MITÚ” y BFAZN 1 323 “/IMPLEMENTACIÓN DE MECANISMO PARA LA GESTIÓN OE LA DEMANDA DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE LOS USUA RIOS DEL MUNICIPIO DE MITU”.

Sin embargo el IPSE mediante radicado No. 20161400179621 del 8 de noviembre de 2016, remite al Ministerio de Minas y Energía el documento BFAZNI 330 — Unificación de proyectos BFAZNI 321 y 323 manifestando lo siguiente:

“... se remiten los mismos integrados presupuestalmente, teniendo en cuenta que están valorados socialmente y responden a políticas y prioridades de la Nación, por lo anterior adjuntamos para su presentación ante el CAFAZNI, con el fin de acceder a recursos del FAZNI”. (Anexo No. 1 Información básica del Contrato — 4. BFAZN1 330 -2 016 - PROYECTOS UNIFICADOS)

Por lo anterior el Comité de Administración del Fondo del FAZNI-CAFAZNI, de conformidad con el artículo 2.2.3.3.2.1.1. del Decreto 1073 de 2015, mediante Acta CAFAZNI No. 66 del 15 de diciembre de 2016 aprobó la asignación de recursos para un solo proyecto identificado como BFAZN1 330 -2 016

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



Al hecho 7: Es cierto.

Al hecho 8: Es cierto, sin embargo, es menester realizar las siguientes precisiones:

- El 14 de diciembre de 2017, se suscribió **Acta de Suspensión No. 1**, por medio del cual se suspende la ejecución del Contrato hasta el 28 de febrero de 2018, en atención a la orden judicial emitida contra GENSA S.A. E.S.P. y notificada el 4 de diciembre de 2017 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mitú, en la que se ordena “suspenda la ejecución del convenio y contratos para “Gestión Eficiente de la Red del Municipio de Mitú”, que incluye mejoramiento de redes y la instalación de Micro medidores prepago. So pena de incurrir en las sanciones establecidas en la ley.” **(Anexo 2. - 1. Suspensión 1 – 2. Notificación auto acción de tutela Rad 97001-4089-002-2017-00023-00)**
- El 1 de marzo de 2018 se suscribió **Acta de Reinicio**, a la ejecución del Contrato Interadministrativo FAZNI 392 de 2016, sin perjuicio de que las partes puedan suspender nuevamente la ejecución del referido Contrato, en atención a la sentencia de tutela de primea instancia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mitú. Se suscribió el acta de reinicio por cuanto la orden judicial solo cobijó con la medida de suspensión el proyecto consistente en la Gestión de la demanda asociada a la instalación de micro medidores pre pago, dejando de lado el proyecto que hace relación a Gestión eficiente de la red del municipio de Mitú, que contempla la instalación de protecciones en la red de distribución. **(Anexo 2. - 1. Acta de Reinicio – 2. Fallo de Tutela 97001-3189001 2018 00002 00)**
- El 16 de marzo de 2018, se suscribió **Otrosí No. 1**, por medio del cual se prorrogó el término de ejecución de la Actividad de Administración, Ejecución de los Recursos, Asistencia Técnica y Energización hasta el 17 de mayo de 2018 para la actividad de “Gestión eficiente de la red del municipio de Mitú” por cuanto la orden judicial no recae sobre esta. En cuanto a la actividad de Medición Prepagada – Implementación de mecanismos para la gestión de la demanda de energía eléctrica de los usuarios del municipio de Mitú, se determina la suspensión hasta tanto quede ejecutoriada la sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior de Villavicencio dentro de la acción de tutela No. 97001-3189001-2018-00002-01. **(Anexo 2. - 3. Otrosí 1 Prórroga – 2. Impugnación fallo de Tutela 97001-3189001-2018-00002-00)**
- El 16 de mayo de 2018, se suscribió **Acta de Suspensión No. 2**, por medio del cual se suspende la ejecución del Contrato hasta el 30 de junio de 2018 por cuanto GENSA S.A. E.S.P. acudió al uso del recurso de impugnación en contra del fallo de primera instancia y a la fecha no había habido pronunciamiento del tribunal de segunda instancia. **(Anexo 2. - 4. Suspensión 2)**
- El 28 de junio de 2018, se suscribió **Acta de Suspensión No. 3**, por medio del cual se suspende la ejecución del Contrato hasta el 31 de agosto de 2018 en atención al auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio –Sala Civil- Familia en el que se decreta la nulidad de todo lo actuado a partir del 29 de

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



enero de 2018. **(Anexo 2. - 5. Suspensión 3 – 2. Pronunciamiento Tribunal Superior Rad 97001-3189001-2018-00002-01)**

- El 30 de agosto de 2018 se suscribió **Acta de Suspensión No. 4**, por medio del cual se suspende la ejecución del Contrato hasta el 30 de octubre de 2018, por cuanto a la fecha se estaba a la espera del fallo de impugnación interpuesto por GENSA S.A. E.S.P. al fallo de tutela de fecha 10 de julio de 2018 del Juzgado Promiscuo del Circuito Mitú - Vaupés. **(Anexo 2. - 6. Suspensión 4 – 2. Amparo Constitucional Tutela 97001-3789001-2018-00002-00 – 3. Impugnación GENSA fallo de tutela del 10-7-2018)**
- El 29 de octubre de 2018 se suscribió **Acta de Suspensión No. 5**, por medio del cual se suspende la ejecución del Contrato hasta el 15 de diciembre de 2018, toda vez que se conoció el fallo de impugnación formulada por GENSA S.A. E.S.P. contra la sentencia del 10 de julio de 2018 del Juzgado Promiscuo del Circuito Mitú – Vaupés, en el que se dispuso nuevamente realizar la consulta previa en el término de seis (6) meses, por lo que conforme al interés de las partes en este periodo suspendido se explorarían nuevas alternativas que permitieran llevar a buen término la ejecución y/o terminación del contrato. **(Anexo 2. - 7. Suspensión 5 – 2. Fallo impugnación Acción de Tutela del 10-7-18)**

Al hecho 9: No es cierto. Conforme lo establece el acta de suspensión No 5, se observa que el plazo de ejecución venció el 15 de diciembre de 2018. Se adjunta copia del acta de suspensión que se menciona.

Al hecho 10: Es parcialmente cierto. Para el efecto, debemos indicar que no es como lo afirma la accionante en cuanto a un valor inicial del contrato que se le deba adicionar algún concepto, el valor establecido en la Cláusula Tercera corresponde al valor total del contrato el cual asciende a la suma de DOS MIL SETECIENTOS TREINTA MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$2.730.867.335,00) IVA incluido:

VIGENCIAS	VALOR TOTAL DEL PROYECTO	USUARIOS POTENCIALES	APORTE FAZNI
VALOR TOTAL DEL PROYECTO APROBADO	\$2.730.867.335,00	2.017	\$2.730.867.335,00
VIGENCIA ORDINARIA FAZNI 2016			\$1.006.683.962,00
VIGENCIA FAZNI 2017			\$1.724.183.373,00

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



Conforme con el Anexo No. 1 - Proyectos, el valor del proyecto corresponde de la siguiente manera:

No.	OPERADOR DE RED	PROYECTO	DEPARTAMENTO	MUNICIPIO	NOMBRE VEREDA O COMUNIDAD	USUARIOS NUEVOS	USUARIOS EXISTENTES	TOTAL USUARIOS	VALOR
1	GENSA	GESTIÓN EFICIENTE DE LA RED DEL MUNICIPIO DE MITÚ IMPLEMENTACIÓN DE MECANISMO PARA LA GESTIÓN DE LA DEMANDA DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE LOS USUARIOS DEL MUNICIPIO DE MITÚ	VAUPÉS	MITÚ	CABECERA MUNICIPAL	0	2017	2017	\$2.730.867.335,00

Al hecho 11: Es cierto que en la cláusula sexta del referido contrato interadministrativo se estableció que el valor de la remuneración por la actividad de administración, ejecución de los recursos y asistencia técnica y energización correspondería al 5% sobre el monto total de los aportes del FAZNI al presente contrato y se estableció la forma como dicha remuneración sería pagada.

Al hecho 12: Es parcialmente cierto. En la cláusula cuarta del referido contrato interadministrativo se estableció la forma y las condiciones de desembolso de los recursos. Se debe llamar la atención adicionalmente que para la administración de los recursos el administrador debía constituir un encargo financiero.

Sin embargo no es cierto que se hayan cumplido con los hitos de pago por lo que se hace necesario preciar que a la fecha se han realizado los siguientes desembolsos:

DESEMBOLSO GGC 392 2016	REQUISITOS	VIGENCIA	FORMA DEL DESEMBOLSO INCLUIDO IVA	DINEROS YA DESEMBOLSADOS
Primer Desembolso	A la presentación del contrato de Encargo Fiduciario	2016	\$1.006.683.962,00	\$1.006.683.962,00
Segundo Desembolso	Avance del 20% de la obra de cada proyecto	2017	\$689.673.379,00	\$689.673.379,00

El contrato lleva un avance presupuestal del 62,12% discriminado de la siguiente manera:

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



VIGENCIA	VALOR	PAGO	FECHA	No Orden	SALDO
VIGENCIA 2016 (36,86%)	\$1.006.683.962,00	\$1.006.683.962,00	28-02-17	43937217	\$0
VIGENCIA 2017 (25,25%)	\$689.673.349,00	\$689.673.349,00	18-12-17	390045117	\$0
VIGENCIA 2017 (25,25%)	\$689.673.349,00	\$0			\$689.673.349,00
VIGENCIA 2017 (12,63%)	\$344.836.675,00	\$0			\$344.836.675,00
TOTAL	\$2.730.867.335,00	\$1.696.357.311,00			\$0

Como se detalla en el cuadro anterior, En los términos del literal a) de la Cláusula Cuarta del contrato se giró el 28 de febrero del 2017, el 36,86% correspondiente al primer desembolso con recursos FAZNI de la vigencia 2016 (Orden de Pago No. 43937217) por valor de \$ 1.006.683.962,00.

Así mismo en los términos del literal b) de la Cláusula Cuarta del contrato se giró el 18 de diciembre del 2017, el 25,25% correspondiente al segundo desembolso con recursos FAZNI de la vigencia 2017 (Orden de Pago No. 390045117) por valor de \$ 689.673.349,00.

Adicionalmente, y de acuerdo con el Informe de Encargo Fiduciario del mes de marzo de 2021 (enviado por correo el 15 de abril de 2021), en la cuenta de ahorros de la Fiducia No. 081300010048 del Banco Davivienda aparece un saldo de **\$2.342.815,41 pesos M/cte.,**

Al hecho 13: Es cierto.

Al hecho 14: Es cierto.

Al hecho 15: Es cierto. Sin embargo, es preciso resaltar que la contratación la realizó directamente Gensa en cumplimiento de los compromisos adquiridos con la suscripción del convenio interadministrativo.

Al hecho 16: Es importante aclarar que este contrato fue suscrito directamente entre la empresa Gensa y H.B & Ingeniería SAS.

Al hecho 17: Nos atenemos a lo que resulte probado en el expediente, como quiera que esta contratación no está a cargo del Ministerio de Minas y Energía, la realizó directamente Gensa S.A. ESP., para dar cumplimiento al objeto del convenio interadministrativo.

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



En este aparte debemos recordar que en la cláusula Decima Segunda del convenio interadministrativo No 392, contempló la indemnidad del Ministerio de Minas y Energía frente a terceras personas que participen en la ejecución del convenio, así:

“INDEMNIDAD: En los contratos que celebre el ADMINISTRADOR para la ejecución de este contrato, se pactarán cláusulas de indemnidad a favor del MINISTERIO que lo dejan a salvo de eventuales responsabilidades por demandas y/o denuncias de cualquier naturaleza que puedan presentar los contratistas o sus empleados, subcontratistas o sus empleados, asesores p terceros, con ocasión de daños y perjuicios derivados de la ejecución o terminación de tales contratos”.

Al hecho 18: Nos atenemos a lo que resulte demostrado en el proceso, teniendo en cuenta que el MME no participó en la contratación que refiere la empresa Gensa S.A. ESP.

A los hechos 19 al 22: Nos atenemos a lo probado, en virtud a que las actuaciones que se mencionan hacen parte del ámbito de competencias de la empresa Gensa S.A.

B. SOBRE EL TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE TUTELA QUE SUSPENDIÓ LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO FAZNI 392-2016.

Al hecho 23: Es cierto. No obstante, el MME no fue demandado sino vinculado a la acción.

Al hecho 24: Es cierto que el Despacho judicial decretó una medida cautelar.

Al hecho 25: Nos atenemos a lo que resulte probado. No obstante, debe señalarse que son actuaciones realizadas directamente por la empresa demandante.

Al hecho 26: Es cierto

Al hecho 27: Es cierto

A los hechos 28 al 30: No atenemos a lo que resulte probado, teniendo en cuenta los hechos que relaciona la demandante son actuaciones independientes de la empresa frente a la atención de un proceso judicial.

Al hecho 31: Es cierto.

Al hecho 32: No es cierta la afirmación realizada por la empresa demandante en cuanto a que el MME, no haya apoyado a Gensa en relación con el proyecto que se adelantaba, para dar cumplimiento al convenio interadministrativo No 392 de 2016. La aseveración realizada por el apoderado queda desvirtuada con el resumen consagrado en la

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



providencia del Juzgado Promiscuo del Circuito de Mitú el 9 de febrero de 2018, en el que textualmente se señaló:

“Intervención del Ministerio de Minas y Energía.- A través de apoderado judicial, se dio respuesta a esta acción, indicando que la tutela es improcedente por cuanto no se requiere adelantar la consulta previa, por ende no hay ningún derecho vulnerado, porque en la cabecera del municipio de Mitú no hay comunidades indígenas establecidas, lugar donde se va a desarrollar el proyecto de actualización de redes e instalación de los medidores prepago por parte de GENSA S.A. ESP., de allí que debió de haberse corroborado antes este requisito y más aun no debió mantenerse la medida provisional decretada”.

Al hecho 33: Nos atenemos a lo que se demuestre en el proceso.

Al hecho 34: Nos atenemos a lo que se demuestre en el proceso.

Al hecho 35: Es cierto

Al hecho 36: Es cierto

Al hecho 37: Es parcialmente cierto en cuanto a la solicitud formulada por la empresa al MME. No obstante, en lo relacionado con la consulta previa, debemos indicar que dentro de las obligaciones contenidas en la clausula octava se consagró el compromiso para el administrador de socializar el proyecto con la comunidad y gestionar ante la entidad territorial el asunto relacionado con la consulta previa.

Al hecho 38: Nos atenemos a lo que resulte demostrado en el proceso.

Al hecho 39: Es cierto

A los hechos 40 al 46: El apoderado enlista las actuaciones realizadas en el marco de la acción de tutela.

Al hecho 47: Nos atenemos a lo que resulte probado en el expediente.

Al hecho 48: No es un hecho es una apreciación subjetiva del apoderado del actor.

C. SOBRE LAS CONCLUSIONES FINALES SOBRE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO.

Al hecho 49: Es cierto que la empresa Gensa realizó la consulta al Ministerio del interior sobre la realización de la consulta previa para adelantar uno de los contratos realizados por la empresa Gensa S.A. ESP., para dar cumplimiento al convenio interadministrativo.

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



Para el efecto es necesario recordar que en la cláusula octava del convenio interadministrativo, se establecieron taxativamente las obligaciones para Gensa S.A. ESP., como administrador de los recursos entregados del Fondo Fazni, dentro de las cuales se consagraron las siguientes:

*“OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR: (i) Establecer los tiempos de ejecución de cada una de las actividades en el Anexo 2 llamado cronograma de Ejecución de contrato, el cual es de obligatorio cumplimiento, **adelantando todas las acciones y procedimientos administrativos, financieros, jurídicos, entre otros, que aseguren el cumplimiento de esta obligación.**”*

(...)

(vii) En compañía del (los) ente(s) territorial(es) realizar la socialización de los proyectos con el fin de lograr la concertación de las comunidades beneficiadas, que permita el eficaz desarrollo del objeto contractual. En caso de ser necesario, mantener esa socialización durante el tiempo que dure la obra.

(...)

***(xxiv) Requerir a las entidades territoriales para que cumplan sus obligaciones relacionadas con los permisos de paso, servidumbres, compra de predios, consulta previa, permisos y planes de mitigación ambiental y de cofinanciación requeridos en los proyectos que se ejecutaran en desarrollo del presente contrato”.** (Resaltado al margen del texto).*

En ese orden de ideas, consideramos que la empresa demandante al realizar los trámites de consulta ante el Ministerio del interior, estaba en cumplimiento de una de las obligaciones contraídas con el MME con la suscripción del mencionado convenio interadministrativo.

Al hecho 50: Es parcialmente cierto. Gensa mediante radicado interno del Ministerio 20188076513 del 08 de octubre de 2018 solicitó textualmente *“En coherencia con lo anterior GENSA solicita con apego a la Cláusula Vigésima Novena, que el Ministerio de Minas y Energía, acepte la terminación del contrato interadministrativo mediante lo enunciado en el literal a) Por mutuo acuerdo entre las partes, esto debido que no encuentra pactado en el alcance del proyecto, ni en el presupuesto del mencionado contrato, el desarrollo de la consulta previa ordenada por el Juez, proceso que requiere de coordinación interinstitucional con entes nacionales como el Ministerio del Interior y de recursos adicionales por valor aproximado de 1500 millones de pesos, lo anterior según experiencias que ya ha desarrollado la organización, con comunidades de Oriente Amazónico, y por la amplitud del territorio (casco urbano) sobre el cual se exige hacer la consulta previa. Requerimos igualmente el desembolso de los recursos pertinentes para el pago de las acreencias adeudadas al contratista por lo materiales puestos en sitio”*

No obstante, como se transcribió en el hecho anterior, el ADMINISTRADOR de los recursos FAZNI, al aceptar el clausulado contractual del convenio 392 de 2016, aceptó la

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



obligación de realizar si era necesario la socialización del proyecto con el fin de lograr la concertación de las comunidades beneficiadas, que permitieran el eficaz desarrollo del objeto contractual.

Al hecho 51: Nos atenemos a lo que resulte probado en el expediente.

Al hecho 52: Es cierto en lo referente a la solicitud que formuló Gensa mediante radicado interno del Ministerio 2018080029 del 22 de octubre de 2018, a través del cual requiere el tercer desembolso el cual se presentó en los siguientes términos: *“De acuerdo con lo estipulado en la Cláusula Cuarta – FORMA Y CONDICIONES DE DESEMBOLSO DE LOS RECURSOS, Literal c) del contrato del asunto, nos permitimos solicitar el tercer desembolso de recursos del mismo como correspondiente a SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS MCTE (\$689.673.349), toda vez que el proyecto presenta un avance de obra superior al sesenta por ciento (60%), como tal como consta en la certificación adjunta emitida por la interventoría.”*

Sin embargo, no es cierta la afirmación realizada por la empresa, en cuanto a que se cumplió con el hito establecido para realizar el tercer desembolso por parte del MME, por cuanto el avance de obra llevaba un 53,63% y la condición sine quanon para desembolsar era que el avance de obra estuviera en un 60%

De igual manera mediante radicado interno del Ministerio 20188080031 del 22 de octubre de 2018 Gensa solicitó el cuarto Desembolso así: *“Solicitamos muy comedidamente efectuar de acuerdo con lo estipulado en la Cláusula Cuarta – FORMA Y CONDICIONES DE DESEMBOLSO DE LOS RECURSOS, Literal d) del contrato en mención el porcentaje correspondiente al 33.36% del valor pactado para el hito del cuarto desembolso de recursos del contrato GGC-392-2016 el cual está tasado en CIENTO QUINCE MILLONES TREINTA Y SIETEMIL QUINIETOS QUINCE PESOS MCTE (\$115.037.515), toda vez que el proyecto está terminado y entregado al operador de red coma tal como cosa en la certificación adjunta emitida por la interventoría del acta de entrega firmada por el Ministerio de Minas y Energía”*

Frente a la anterior solicitud, no era procedente el desembolso por parte del MME en tanto el hito para su observancia era que el proyecto estuviera terminado completamente y el Administrador está interpretando erradamente el literal D de la cláusula cuarta, al querer informar sobre el avance de obra de forma independiente para cada proyecto, tomando en consideración a que según lo establecido en el Anexo 1, se debe entender que el contrato se suscribió con el fin de adelantar un solo proyecto denominado “GESTIÓN EFICIENTE DE LA RED DEL MUNICIPIO DE MITÚ IMPLEMENTACIÓN DE MECANISMO PARA LA GESTIÓN DE LA DEMANDA DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE LOS USUARIOS DEL MUNICIPIO DE MITÚ” y a la fecha de presentación de la solicitud el proyecto no estaba finiquitado.

Al hecho 53: No es cierto. La empresa Gensa S.A. ESP., está interpretando erradamente la cláusula cuarta del convenio interadministrativo. Esta situación quedó aclarada en el

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



Acta CAFAZNI No. 66 del 15 de diciembre de 2016 en la que se aprobó la asignación de recursos para un sólo proyecto BFAZN1 330 -2 016, y el anexo 1 del contrato, esta información quedó consagrada de la siguiente manera:

No.	OPERADOR DE RED	PROYECTO	DEPARTAMENTO	MUNICIPIO	NOMBRE VEREDA O COMUNIDAD	USUARIOS NUEVOS	USUARIOS EXISTENTES	TOTAL USUARIOS	VALOR
1	GENSA	GESTIÓN EFICIENTE DE LA RED DEL MUNICIPIO DE MITÚ IMPLEMENTACIÓN DE MECANISMO PARA LA GESTIÓN DE LA DEMANDA DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE LOS USUARIOS DEL MUNICIPIO DE MITÚ	VAUPÉS	MITÚ	CABECERA MUNICIPAL	0	2017	2017	\$2.730.867.335,00

Por lo tanto si bien es cierto la cláusula cuarta del convenio indica que los desembolsos se harían de conformidad con el avance de obra de cada proyecto de manera proporcional e independiente, no es menos cierto que el anexo 1 del contrato, sólo establece UN SOLO proyecto descrito como: “*Gestión eficiente de la red del municipio de Mitú e implementación de mecanismos para la gestión de la demanda de energía eléctrica de los usuarios del municipio de Mitú*” situación que se le comunicó a Gensa mediante radicados internos del Ministerio 2018088751 y 2018088751 del 22 de noviembre de 2018 cuando se le dio respuesta frente a las solicitudes de desembolso.

Al hecho 54: No es un hecho, sin embargo, la cláusula séptima del contrato si establece esas obligaciones a cargo del Ministerio

Al hecho 55: Es parcialmente cierto. El ministerio consideró pertinente que Gensa solicitara suspensión del contrato hasta el 15 de diciembre de 2018, de acuerdo con lo acordado en la mesa de trabajo realizada el 24 de octubre de 2018 y con el fin de explorar alternativas que permitieran la terminación del objeto contractual.

Al hecho 56: Nos atenemos a lo que resulte probado en el expediente.

Al hecho 57: Es cierto, se precisa que la razones por la cuales no se accedió a los desembolsos radica en que el avance de obra general del proyecto del contrato no cumplió con los porcentajes exigidos en los hitos del contrato y así se le hizo saber a Gensa en las respuestas dadas por el Ministerio.

Al hecho 58: No es cierto, Gensa en comunicación con radicado interno del Ministerio 2018092903 del 06 de diciembre de 2018 manifestó al Ministerio que “ (...) *En coherencia con lo anteriormente indicado, GENSA S.A. ESP asume que teniendo en cuenta que ha esgrimido de manera clara y contundente, ante este Ministerio, su posición frente al tema, no le compete en su calidad de CONTRATISTA, buscar soluciones*

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



a la problemática generada con la imposición de la consulta previa, no puede verse inmersa en obligaciones propias del CONTRATANTE y por lo tanto insta al Ministerio, para que a través de la Dirección de Energía, ausculten desde sus posibilidades y competencias las fórmulas que permitan definir el futuro del proyecto de los medidores prepago, bajo el entendido de que la sociedad, no lo ejecutará y de ser necesario acudirá a las vías judiciales en procura de la defensa de sus intereses. Así las cosas y habida cuenta de que la última suspensión del contrato del asunto vence el 15 de los corrientes, GENSA S.A. ESP, manifiesta que no acepta prorrogar dicha suspensión y que por lo tanto a partir de la fecha anteriormente indicada se entenderá que corre el término de duración del contrato que resta y al culminar el mismo de no surtirse la liquidación de mutuo acuerdo, la Sociedad como se indicó adelantará las acciones legales a que haya lugar (...)”

Al hecho 59. No es un hecho, es una apreciación subjetiva del actor.

Al hecho 60: Es cierto, se precisa que el Ministerio igualmente requirió a GENSA que informara el estado en el que se encontraba el cumplimiento de la Orden Judicial Emitida el 10 de julio de 2018 por la autoridad judicial. Según consta en el oficio de respuesta al MME radicado con el No 2018093919 del 11 de diciembre de 2018, se observa claramente la decisión unilateral de la empresa de no continuar con la ejecución del proyecto, y en consecuencia también dispuso no dar cumplimiento a la orden judicial de adelantar el tema de la consulta previa.

En este numeral, vale la pena recordar que dentro de las obligaciones impuestas al Administrador contenidas en la cláusula octava del contrato numeral XXIV está la de realizar la gestión con la entidad territorial para desarrollar el tema de la consulta previa, por lo que la empresa sin recibir respuesta de la Gobernación del Vaupés decide abandonar el cumplimiento del objeto contractual, solicitando la terminación anticipada del contrato.

Al hecho 61: Es una actuación judicial realizada directamente por la empresa en el marco de la acción de tutela. Nos atenemos a lo que resulte probado.

Al hecho 62: No es cierto. La comunicación fue recibida en el ministerio el 1o de febrero de 2019 y en este Gensa solicita el desembolso de los recursos faltantes indicando que cumplió los requerimientos y metas de los cronogramas propuestos, lo cual no se cumplió como se indica en la respuesta al hecho 63.

Al hecho 63: No es cierto. Textualmente lo que expuso el ministerio fue lo siguiente:

“.....

1. *En lo que respecta al valor solicitado por ustedes del Contrato N° 054 — 2017 suscrito entre GENSA y H&B INGENIERIA S.A., cuyo objeto es: “Contratar todas las actividades necesarias para el desarrollo, implementación, parametrización, entrega y puesta en operación comercial del proyecto: gestión de la demanda de energía eléctrica de los usuarios del municipio de Mitú, departamento del*

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



Vaupés”, esta Dirección aclara que el Ministerio no hará el desembolso solicitado, toda vez que no se cumplieron los requisitos de avance de ejecución de la obra contractualmente estipulados, esto es, no se puso en operación comercial el proyecto al no instalarse los medidores de energía.

2. *Así mismo, ocurre con el valor pactado en la cláusula sexta — Remuneración de la Actividad de Administración, Ejecución de los Recursos, Asistencia Técnica y Energización-, respecto de los pagos pendientes (literales b y c), toda vez que no se cumplieron las condiciones contractualmente pactadas, por lo que no se autorizarán dichos pagos.*
3. *De otra parte, frente al Contrato N° 062 — 2017 suscrito entre GENSA y SOLUCIONES INTEGRALES DE SERVICIOS Y PROYECTOS — SISPRO S.A.S., cuyo objeto era: “Contratar el análisis, implementación y puesta en operación comercial del proyecto denominado “gestión eficiente de la red del municipio de Mitú departamento del Vaupés” y al Contrato No. 081 – 2017 suscrito con CORPORACION EMA- CORPOEMA, cuyo objeto es: “Contratar la prestación de servicios de interventoría para el proyecto gestión eficiente de la red del municipio de Mitú e implementación de mecanismos para la gestión de la demanda de energía eléctrica de los usuarios del municipio de Mitú”, los valores de dichos contratos están cubiertos con los desembolsos efectuados al Encargo Fiduciario constituido por GENSA S.A.E.S.P. por valor de MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS \$1.696.357.311,00). En consecuencia, el Ministerio no realizará más desembolsos a GENSA S.A.E.S.P. en lo que respecta a la ejecución del Contrato Interadministrativo GGC 392 de 2016.*
4. *Con respecto a la solicitud número 2 del citado comunicado, le informamos que el Ministerio recibió las obras terminadas respecto de la actividad de “Contratar el análisis, implementación y puesta en operación comercial del proyecto denominado “gestión eficiente de la red del municipio de Mitú departamento de Vaupés” y no recibirá equipos y/o materiales que no estén debidamente instalados de acuerdo a lo pactado en el contrato”*

De acuerdo a los planteamientos generados con precedencia, el Ministerio procederá a iniciar los trámites de liquidación del contrato 392 de 2016.....”

Al hecho 64: Es parcialmente cierto. Gensa ha solicitado efectuar el 3er y 4o desembolso sin embargo no era procedente como quiera que no se cumplieron con los hitos establecidas en las cláusulas contractuales.

Al hecho 65: No es cierto. Véase la respuesta al hecho 12.

Al hecho 66: El contrato que menciona Gensa S.A. ESP, lo suscribió directamente la empresa, el MME no participó en la selección de los contratistas, y así quedó

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



consagrado en el clausulado del convenio. Para el efecto transcribo lo establecido en la cláusula segunda:

“En desarrollo del objeto de este contrato, el ADMINISTRADOR deberá administrar los recursos del Fondo FAZNI asignados para la ejecución de los proyectos relacionado en el Anexo 1 “Proyectos” del presente contrato, prestar asistencia técnica, contratar las obras necesarias y la interventoría para la ejecución de dichos recursos”.

Así mismo, en la cláusula octava se estableció: “OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR: (...)

(XVI) Contratar las obras, suministros y servicios requeridos para la construcción de los proyectos objeto de este contrato”

En concordancia con las anteriores obligaciones a cargo de la empresa ejecutora del convenio Interadministrativo No 392 de 2016, también se consagró una cláusula de indemnidad en la que textualmente se señaló que el MME no se hace responsable de los daños daños y perjuicios que eventualmente sufran algunos contratistas.

Al hecho 67: Debe reiterarse que el MME no realizó la contratación con terceros, esa obligación estaba a cargo directamente del administrador de los recursos, en los términos estipulados en el convenio interadministrativo.

Al hecho 68. No nos consta que sea objeto de prueba.

Al hecho 69: No es cierto. La empresa se comprometió conforme las condiciones pactadas en el convenio interadministrativo a suscribir los contratos necesarios para dar cumplimiento al objeto contractual.

Al hecho 70: Parcialmente cierto. El cuadro describe los desembolsos y pagos de remuneración realizados pero no hay desembolsos y remuneraciones pendientes en cuanto, como se ha dicho, los hitos no fueron cumplidos.

Al hecho 71: Es cierto.

III. SOBRE EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

No existe violación de lo previsto en los literales c y d de la cláusula cuarta del Convenio Interadministrativo No 392 de 2016, “*forma y condiciones de desembolso de los recursos*”, ni la cláusula sexta “*Remuneración de la actividad de administración, ejecución de los recursos, asistencia técnica y energización*” numerales (ii), (viii) y (ix) de la cláusula séptima “obligaciones del Ministerio”, en virtud a las siguientes consideraciones:

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



El objeto del contrato interadministrativo FAZNI No 392 de 2016 es “Ampliar la cobertura y procurar a satisfacción de la demanda de energía eléctrica en las zonas no interconectadas -ZNI, mediante la ejecución de proyectos del Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de Zonas no interconectadas, con alcance del objeto “En desarrollo del objeto de este contrato, el Administrador deberá administrar los recursos del Fondo FAZNI asignados para la ejecución de los proyectos relacionados con el Anexo 1 denominado “proyectos” del presente contrato, prestar asistencia técnica, contratar las obras necesarias y la interventoría para la ejecución de dichos recursos”,

Ahora bien, el Anexo No 1 del contrato interadministrativo FAZNI GGC No. 392 de 2016, está compuesto por un solo proyecto descrito como “*Gestión eficiente de la red del municipio de Mitú e implementación de mecanismos para la gestión de la demanda de energía eléctrica de los usuarios del municipio de Mitú*”.

Luego, el MME en ejercicio de su facultad contractual para supervisar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones del administrador, realizó entre los días 2 y 5 de agosto de 2018, una visita técnica de seguimiento a las obras en el municipio de Mitú y constató que respecto al proyecto de la gestión eficiente de la red, presentaba un avance de obra significativo empero con respecto a la gestión de la demanda de energía no existía ningún avance de obra.

Adicionalmente con el informe de supervisión de la Dirección de Energía Eléctrica del MME y de interventoría se determinó que el avance de obra del proyecto estaba en un 53,63% razón por la cual no se cumplía con el parámetro de tener un avance del 60% como condición necesaria para realizar el desembolso correspondiente.

Debemos anotar que el objetivo del FAZNI es financiar los planes, programas y proyectos de inversión en infraestructura energética en las zonas no interconectadas (ZNI), de acuerdo con la ley y con las políticas de energización que para las zonas no interconectadas ha determinado el Ministerio de Minas y Energía, conforme con los lineamientos de política establecidos por el Consejo Nacional de Política Económica y Social en documentos tales como los Documentos Conpes 3108 de 2001 y 3453 de 2006, para financiar planes, programas y/o proyectos priorizados de inversión para la construcción e instalación de la nueva infraestructura eléctrica y para la reposición o la rehabilitación de la existente, con el propósito de ampliar la cobertura y procurar la satisfacción de la demanda de energía en las Zonas No Interconectadas, razón por la cual, el MME debe garantizar que los recursos sean efectivamente utilizados en la obra y/o proyecto contratado para garantizar la suficiencia energética a los usuarios.

Por ello y en virtud a que el Administrador no cumplió con los hitos establecidos en el convenio para solicitar los desembolsos 3 y 4 no fue procedente gestionar la entrega de los mismos. Luego, el compromiso de avanzar en las obras era responsabilidad directa de Gensa S.A. ESP., y no del MME.

IV. FUNDAMENTOS DE DEFENSA DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA:

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



A. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA FRENTE A LA RELACIÓN CONTRACTUAL CON GENSA S.A ESP.

En el ordenamiento Jurídico Colombiano el principio de buena fe expresamente está contenido en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991, el cual aporta un contenido de naturaleza ética y de rango constitucional a las relaciones de los particulares entre sí, y de éstos con las autoridades públicas. Adicionalmente debe resaltarse que el principio de buena fe, fue concebido por el constituyente como un mecanismo para buscar la protección de los derechos, los que tendrán menos amenazas si en las actuaciones que se surtan ante las autoridades, o en la interpretación de las relaciones negociales entre particulares y la administración, o en el entendimiento de las relaciones entre particulares se toma la buena fe como un elemento fundacional de las mismas y de ella se derivan contenidos de solidaridad, probidad, honestidad y lealtad.

Aunado a lo anterior, dicho principio también está incluido en el Código Civil el cual consagró expresamente en su art. 1603 que “*los contratos deben ejecutarse de buena fe*”, derivando de esta disposición que la obligación surgida de un contrato no solamente incluye lo pactado por las partes, sino todo lo que surge de la naturaleza de la obligación, de la ley y de la costumbre.

La legislación comercial también recoge dicho principio en el art. 871 del Código de Comercio, en donde extiende su aplicación a las fases de celebración y ejecución, disponiendo que “*en consecuencia los contratos obligan no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*”.

Así mismo, la Ley 80 de 1993, en su artículo 5 contiene expresamente los deberes de los contratistas entre ellos el siguiente:

“Artículo 5º.- De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas: (...)

2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamiento que pudieran presentarse. (Negritas y resaltado al margen del texto)

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.

Así mismo, la Honorable Corte Constitucional sobre el tema del principio de buena fe señaló en la sentencia T – 537 de 2009 lo siguiente:

“(…) el principio de buena fe obliga a que las partes, además de cumplir lo estipulado en el contrato y exigido expresamente por el ordenamiento, asuman comportamientos que honren los deberes que se deriven de la naturaleza de la obligación contractual y de la finalidad por ellas buscada al realizar el contrato, lo cual puede conducir a un resultado diferente del obtenido de una interpretación literal simplista y superficial, pero que, sin duda alguna, será acorde con los postulados de un Estado social de derecho inspirado en principios de justicia material y privilegio de lo sustancial sobre lo formal”.

En virtud de lo expuesto, consideramos que el MME observó y cumplió a cabalidad con los compromisos adquiridos con la empresa Gensa S.A ESP., al suscribir el convenio No 392 de 2016. Inicialmente desembolsó los recursos pactados², sin embargo, la empresa ante la imposición del Juez de Tutela de realizar la consulta previa a las comunidades existentes en la región, procedió a desistir autónomamente de continuar desarrollando el proyecto de descrito como “Gestión eficiente de la red del municipio de Mitú e implementación de mecanismos para la gestión de la demanda de energía eléctrica de los usuarios del municipio de Mitú”.

El Ministerio de Minas y Energía ha sido respetuoso en garantizar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sin embargo no puede permitir el desembolso de recursos adicionales cuando no se ha cumplido con los hitos dispuestos en el convenio, para proceder a entregar el tercer y cuarto desembolso, la Nación debe proteger los recursos en tanto es patrimonio público de los colombianos, si el MME evidencia que efectivamente se dio cumplimiento a los parámetros establecidos en el convenio, el cual es ley para las partes, autorizaría el giro de los recursos.

Es de advertir de igual forma que el Ministerio de Minas y Energía tampoco tiene alguna responsabilidad frente a la imposición del Juez de Tutela de ordenar a la empresa Gensa S.A. ESP., adelantar el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas que habitan en la municipalidad de Mitú, frente al proyecto que adelantaba, por el contrario esta situación se previó en el convenio interadministrativo cuando expresamente en la Cláusula Octava en los literales xxiv y xxvii se consagró lo relacionado con la eventual imposibilidad de desarrollar las obras por oposición de la comunidad, así:

2

Primer Desembolso				
Segundo Desembolso	A la presentación del avance del 20% de la obra de cada proyecto	2016	\$1.006.683.962,00 \$689.673.379,00	\$1.006.683.962,00 \$689.673.379,00

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



“CLAUSULA OCTAVA- OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR:

“(xxiv) *Requerir a las entidades territoriales para que cumplan sus obligaciones relacionadas con permisos de paso de servidumbres, compra de predios, **consulta previa**, permisos y planes de mitigación ambiental y cofinanciación requeridos en los proyectos que se ejecutaran en desarrollo del presente contrato”.*

“(xxvi) *Desarrollar un plan de acción con el concurso de las autoridades competentes en caso de presentarse retrasos por parte de los entes territoriales en la obtención de servidumbres o cuando se requiera planes de mitigación ambiental a su cargo y las originadas por razones de orden público **o por la imposibilidad en el desarrollo de las obras atribuibles a la oposición de la comunidad**”*

Luego, la entidad que represento no tuvo ninguna intervención directa o indirecta frente a la obligación de adelantar la consulta previa. Situación que esgrime el demandante como el motivo que generó la solicitud de terminación del convenio. Debemos recordar que el legislador estableció en la Ley 80 de 1993, las reglas y principios que rigen los contratos estatales (art. 1º), y determinó, al señalar los fines de la contratación estatal, que los servidores públicos deben tener en consideración al celebrarlos y durante su ejecución, el cumplimiento de ellos, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos o intereses de los administrados que les colaboran en la consecución de dichos fines (art. 3º), para lo cual a las entidades se les asignan precisos derechos y deberes (art. 4 Ley 80 de 1993).

En ese orden de ideas, las obligaciones por parte del ADMINISTRADOR, así como las del MME estaban consignadas en el convenio interadministrativo, empero la empresa en virtud de la orden judicial y a motu proprio, decidió no viabilizar la continuidad del proyecto, por lo que consideramos que no existió por parte de la entidad que represento alguna injerencia en la adopción de la decisión de solicitar la terminación del mismo.

B. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO NO GENERA COSTOS ADICIONALES A CARGO DE NINGUNA DE LAS PARTES

Sobre este punto es menester indicar que GENSA S.A ESP., pretende obtener recursos adicionales causados al parecer por la mayor permanencia de la obra como consecuencia de las diferentes suspensiones que se presentaron y se suscribieron de común acuerdo al Contrato Interadministrativo FAZNI GGC 392 de 2016, sin embargo debemos recordar que frente al tema, en la cláusula Décimo Quinta expresamente se señaló:

“CLAUSULA DECIMO QUINTA-SUSPENSION TEMPORAL DEL CONTRATO: *Podrá suspenderse temporalmente la ejecución del presente contrato por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito o por acuerdo entre las partes. El tiempo de suspensión no se computará dentro del plazo de ejecución del contrato. En este caso las partes*

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



suscribirán un acta en donde conste el evento que ocasiona la suspensión y el término de la misma. En este caso el ADMINISTRADOR está obligado a prorrogar o renovar las garantías correspondientes de que trata la cláusula Novena por el término de suspensión”.

Adicionalmente, salvo la suspensión 1, las actas de suspensión consagran lo siguiente:

“12. Que la presente suspensión no implica adición del valor establecido en el Contrato Interadministrativo FAZNI GGC Np 392 de 2016”

Teniendo en cuenta que el contrato es ley para las partes y previamente Gensa aceptó las condiciones en el establecidas, resulta improcedente para el MME cancelar los costos adicionales que solicita la empresa como quiera que está pactado que la suspensión per se no implica la adición al valor del contrato, y las circunstancias que dieron origen a la misma, no fueron generadas por el actuar del Ministerio de Minas y Energía sino como consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor no imputable a las partes.

Jurisprudencialmente el Consejo de Estado resaltó que el contrato es ley para las partes manifestando lo siguiente: *“Se recuerda que un principio tutelar de la contratación estatal como **acuerdo de voluntades generador de obligaciones es el pacta sunt servanda**, según el cual las estipulaciones acordadas por las partes al celebrar un contrato, deben prevalecer durante todo el término de ejecución del mismo y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; en consecuencia, una de las partes no puede, en principio, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo. Manifestación positiva de este principio, es el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’³.*

C. EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA NO ES RESPONSABLE DE LA SOCIALIZACIÓN DEL PROYECTO CON LA COMUNIDAD, NI TAMPOCO TIENE A CARGO EL DESARROLLO DE LA CONSULTA PREVIA.

El Contrato Interadministrativo FAZNI GGC No. 392 de 2016 establece que:

CLAUSULA OCTAVA- OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR:

(...) “ (vii) En compañía de los entes territoriales realizar la socialización de los proyectos con el fin de lograr la concertación con las comunidades beneficiadas que permita el eficaz desarrollo del objeto contractual. En caso de ser necesario mantener esa socialización durante todo el tiempo que dure la obra”.

³ CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCON Bogotá D.C., once (11) de abril de dos mil doce (2012) Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05591-01(17851) Actor: SOCIEDAD CHECO LIMITADA Demandado: MUNICIPIO DEL ESPINAL

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.





Así mismo, en los literales xxiv y xxvi de la referida cláusula octava se mencionan las siguientes obligaciones:

“(xxiv) *Requerir a las entidades territoriales para que cumplan sus obligaciones relacionadas con permisos de paso de servidumbres, compra de predios, **consulta previa**, permisos y planes de mitigación ambiental y cofinanciación requeridos en los proyectos que se ejecutaran en desarrollo del presente contrato*”.

(xxvi) *Desarrollar un plan de acción con el concurso de las autoridades competentes en caso de presentarse retrasos por parte de los entes territoriales en la obtención de servidumbres o cuando se requiera planes de mitigación ambiental a su cargo y las originadas por razones de orden público **o por la imposibilidad en el desarrollo de las obras atribuibles a la oposición de la comunidad***”

De lo anterior, se evidencia que el Administrador de los Recursos del Fondo FAZNI desde la suscripción del convenio No 392 de 2016, tenía claro que la socialización del proyecto era una de sus obligaciones, sin limitar de forma alguna su responsabilidad, por lo que con la demanda pretende desconocer los compromisos pactados.

D. EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA NO TIENE FUNCIONES PARA RECIBIR INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA SIN QUE PRESTE UN SERVICIO PÚBLICO.

AL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, como Entidad del Estado, le está prohibido por norma constitucional, ejercer funciones diferentes a las asignadas en la Constitución y las leyes:

Art. 121. *Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas a las que le atribuye la Constitución y la ley.*

AL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA, no se le puede exigir el pago de recursos con relación a los hechos que originan la demanda, precisamente porque la entidad que represento no tiene las funciones que pretende imponer la empresa demandante.

De acuerdo a lo anterior es pertinente resaltar que el Decreto 0381 del 16 de febrero de 2012, señala que el Ministerio de Minas y Energía es un organismo rector de políticas generales del sector minero – energético, al respecto vale la pena señalar el contenido de los artículos 1 y 2 del Decreto que al tenor preceptúan lo siguiente:

“Artículo 1. Objetivos. **El Ministerio de Minas y Energía tiene como objetivo formular, adoptar, dirigir y coordinar las políticas, planes y programas del Sector de Minas y Energía.**

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



Artículo 2. Funciones: Además de las funciones definidas en la Constitución Política, en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998 y en las demás disposiciones legales vigentes, son funciones del Ministerio de Minas y Energía, las siguientes:

1. Articular la formulación, adopción e implementación de la política pública del sector administrativo de minas y energía.
2. Formular, adoptar, dirigir y coordinar la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, procesamiento, beneficio, transformación y distribución de minerales, hidrocarburos y biocombustibles.
3. Formular, adoptar, dirigir y coordinar la política en materia de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica.
4. Formular, adoptar, dirigir y coordinar la política en materia de uso racional de energía y el desarrollo de fuentes alternas de energía y promover, organizar y asegurar el desarrollo de los programas de uso racional y eficiente de energía.
5. Formular, adoptar, dirigir y coordinar la política sobre las actividades relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuentes energéticas del país.
6. Formular políticas orientadas a que las actividades que desarrollen las empresas del sector minero-energético garanticen el desarrollo sostenible de los recursos naturales no renovables.
7. Adoptar los planes de desarrollo del sector minero-energético del país en concordancia con los planes nacionales de desarrollo y con la política del Gobierno Nacional.
8. Expedir los reglamentos del sector para la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución, procesamiento, beneficio, comercialización y exportación de recursos naturales no renovables y biocombustibles.
9. Expedir los reglamentos técnicos sobre producción, transporte, distribución y comercialización de energía eléctrica y gas combustible, sus usos y aplicaciones.
10. Expedir la regulación para el transporte de crudos por oleoductos.
11. Adoptar los planes generales de expansión de generación de energía y de la red de interconexión y establecer los criterios para el planeamiento de la transmisión y distribución.
12. Formular la política nacional en materia de energía nuclear y de materiales radiactivos.
13. Formular la política en materia de expansión del servicio de energía eléctrica en las Zonas No Interconectadas -ZNI.
14. Adoptar los planes de expansión de la cobertura y abastecimiento de gas combustible.
15. Fiscalizar la exploración y explotación de los yacimientos, directamente o por la entidad a quien delegue.

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



16. Realizar las actividades relacionadas con el conocimiento y la cartografía del subsuelo directamente o por la entidad a quien delegue.
17. Divulgar las políticas, planes y programas del sector.
18. Definir precios y tarifas de la gasolina, diesel (ACPM), biocombustibles y mezclas de los anteriores.
19. Revisar y adoptar el Plan de Expansión de la red de Poliductos y elaborar y adoptar el Plan de Continuidad, en los cuales se definirán los objetivos, principios, criterios y estrategias necesarias para asegurar la disponibilidad y suministro de los combustibles líquidos derivados, biocombustibles y otros en el mercado nacional, en forma regular y continua.
20. Establecer los criterios que orientarán la remuneración de los proyectos destinados a asegurar la confiabilidad, disponibilidad, continuidad y garantía del suministro de los combustibles líquidos, biocombustibles y otros.
21. Identificar el monto de los subsidios que podrá dar la Nación para los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible, establecer los criterios de asignación de los mismos y solicitar la inclusión de partidas para el efecto en el Presupuesto General de la Nación.
22. Administrar los Fondos de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos.
23. Administrar el Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas no Interconectadas -FAZNI.
24. Administrar el Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas -FAER.
25. Administrar el Fondo Especial Cuota de Fomento.
26. Administrar el Programa de Normalización de Redes Eléctricas -PRONE.
27. Administrar el Fondo de Energía Social -FOES.
28. Asistir al Gobierno Nacional y al Ministerio de Relaciones Exteriores en el establecimiento y fortalecimiento de las relaciones internacionales del país en lo referente a convenios acuerdos y tratados en materia minero energética.
29. Liderar la participación del Gobierno Colombiano en entidades, organizaciones y asociaciones internacionales dedicadas a la integración y cooperación en materia minero energética.
30. Las demás que se le asignen.” (Negritas fuera del texto)

En ese orden de ideas, el MME no cuenta con facultades ni autorización legal para recibir infraestructura eléctrica que no presta un servicio público o en términos del Contrato de Interadministrativo FAZNI GGC No. 392 de 2016, no amplíe cobertura y procure la satisfacción de la demanda de energía en la ZNI de conformidad con la cláusula primera del Contrato que establece:

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



“CLAUSULA PRIMERA-OBJETO: Ampliar la cobertura y procurar la satisfacción de la demanda de energía eléctrica en las Zonas No Interconectadas-ZNI, mediante la ejecución de proyectos financiados con recursos del Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de Zonas No Interconectadas-FAZNI”

En virtud de lo anterior, la entrega de la infraestructura sin instalar al MME no cumple con la función ni la finalidad del contrato. Es importante reiterar que en la etapa de formación de la voluntad contractual, las partes deben obrar de buena fe en la preparación del contrato, así como en el desarrollo del mismo, no solo porque así lo manda la constitución (art 83) sino porque es principio general que domina las relaciones jurídicas bilaterales como dan cuenta los artículos 1603 del Código Civil y 863 y 871 del Código de Comercio. Luego, en el convenio interadministrativo no se estableció como objeto contractual recibir infraestructura eléctrica sino ampliar la cobertura y procurar la satisfacción de la demanda de energía eléctrica en el municipio de Mitú.

V. EXCEPCIONES DE MÉRITO

A. AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL QUE ORIGINA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA NACIÓN - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA.

El artículo 50 de la Ley 80 de 1993 establece: **“De la responsabilidad de las entidades estatales.** *Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provechos dejados de percibir por el contratista”.*

Ahora bien, para el nacimiento de la responsabilidad estatal cualquiera que sea su modalidad jurídica -contractual o extracontractual-, es necesaria la existencia de un nexo de causalidad entre el daño antijurídico y el hecho imputable dañoso, o entre el daño antijurídico y el incumplimiento del contrato por parte de la administración, como requisito para que se pueda imputar a su autor la obligación de reparar; por lo que es fácil concluir que cuando no se presenta el nexo de causalidad, no es posible formular el juicio de imputación a la Administración y por consiguiente operaría la exoneración de responsabilidad.

Tenemos que los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual pública son: 1) El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, imputables a la administración. 2) La relación de interés jurídico del administrado, 3) La relación de causalidad entre la lesión y el incumplimiento⁴

⁴ESCOBAR GIL, Rodrigo. “Responsabilidad contractual de la administración pública”. Editorial Temis, Bogotá, 1989, pag. 273, 274 y 276.

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



De igual forma, tenemos que la exoneración de la responsabilidad se presenta en los casos en que el daño antijurídico sufrido por el contratista no es consecuencia del incumplimiento de la Administración sino de una causa extraña como la culpa de la víctima, hecho de un tercero o fuerza mayor, que tiene una fuerza determinante y decisiva en la producción del daño esgrimido.

En concordancia con lo anterior, observamos que en el caso particular no se configura el nexo causal para imputar responsabilidad contractual al Ministerio de Minas y Energía como quiera que el desarrollo del convenio interadministrativo No 392 de 2016 se adelantó y se suscribió bajo las normas vigentes en la época, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, El Decreto 1082 de 2015, el cual fue debidamente estructurado con estudios técnicos, económicos y administrativos que permitieron determinar la razonabilidad y la conveniencia de desarrollar el proyecto para ampliar la cobertura y procurar la satisfacción de la demanda de energía eléctrica en el municipio de Mitú como zona no Interconectada y adicionalmente la entidad dio cumplimiento a las obligaciones pactadas.

La situación que generó la solicitud de terminación unilateral del convenio interadministrativo por parte de la empresa Gensa S.A. ESP., no fue ocasionada por acción u omisión del MME, básicamente fue el hecho de un tercero que presentó una acción de tutela para proteger el derecho fundamental de la consulta previa de las comunidades indígenas que habitan en la municipalidad, y ante la orden judicial de llevar a cabo una consulta previa, la empresa demandante desiste de continuar desarrollando el proyecto objeto de la suscripción del convenio, razón por la cual no existe nexo de causalidad entre las funciones y competencias realizadas por el MME frente a la ejecución del convenio, para imputar algún tipo de responsabilidad contractual a la cartera ministerial.

B. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.

El Ministerio de Minas y Energía, ha cumplido con todos los compromisos adquiridos con la suscripción del convenio interadministrativo y actualmente no existe obligación pendiente de pago como quiera que la empresa no dio cumplimiento al hito para ordenar el desembolso de recursos.

En lo relacionado con la supuesta obligación del MME de recibir infraestructura debemos recalcar que tal solicitud no se enmarca en los términos del Convenio y la Reglamentación del FAZNI.

C. COBRO DE LO NO DEBIDO

El Ministerio de Minas y Energía no adeuda valor alguno, toda vez que durante la vigencia de la relación contractual mi representada efectuó los desembolsos respectivos atendiendo los factores consagrados en el Contrato Interadministrativo FAZNI GGC No. 392 de 2016, situación que no ocurrió con la empresa demandante, en tanto no presentó

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



los hitos correspondientes de los avances de obra para proceder a realizar los desembolsos 3 y 4.

D. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR EL HECHO DE UN TERCERO

Por causal exonerativa de responsabilidad se entiende aquella causal que impide imputar determinado daño, haciendo improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad. Dentro de ellas encontramos la causal del hecho de un tercero que ha sido definido por la doctrina en los siguientes términos:

*“Esta causal de exoneración parte del supuesto inicial, según el cual, el causante **directo del daño es un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad.** No son terceros las personas a quienes además del demandado, la ley adjudica responsabilidad solidaria o indistinta y que por ende resultan co-obligados. **Jurídicamente solo es tercero alguien extraño, por quien no se debe responder; es decir, no vinculado con el sujeto contra el que se dirige la acción resarcitoria**”⁵. (Subrayado al margen del texto).*

Así mismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado establece sobre el tema del hecho de un tercero como causal de responsabilidad lo siguiente: *“Por otra parte, en relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél”* (Consejo De Estado, Sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente 16530).

Así mismo, autores como Mosset Iturraspe y Piedecabras abordan la relación entre el hecho de un tercero y el incumplimiento contractual de la siguiente manera:

“El hecho del tercero, como eximente, también es contemplado en la responsabilidad contractual. Debe configurarse con claridad, teniendo las características de imprevisible, inevitable e irresistible para que pueda actuar como eximente”. Refiriéndose al hecho exclusivo de un tercero, el doctrinante Velásquez Posada asegura: “Para que el hecho de un tercero sea reconocido como causa extraña, debe asimilarse a la fuerza mayor o caso fortuito; entonces, debe ser imprevisible e irresistible y externo. Es decir, se exige además que no haya ninguna relación de dependencia entre el presunto causante y el tercero, ni haber culpa del causante”⁶

⁵ Tratadista Zabala de González- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Actuaciones por daños. Editorial Hammurabi, Buenos Aires- p. 172. Del artículo de PATIÑO, Héctor, Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado, Revista de Derecho Privado, n.º 20, enero-junio de 2011. Página 386

⁶ (82 VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio, Responsabilidad civil extracontractual, Editorial Temis, Bogotá D.C., 2015, pág. 517.

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



A la luz de las anotaciones antes realizadas, debe tenerse presente que la situación que esgrime el demandante como cargas extracontractuales adicionales que han alterado el desarrollo del contrato, - orden judicial de adelantar la consulta previa- no fue generada por el Ministerio de Minas y Energía; la acción de tutela fue impetrada por la Defensoría del Pueblo Seccional Vaupés en representación de la comunidad, y a la luz de las obligaciones dispuestas para el Administrador en la cláusula Octava literal xxvi, la empresa debía proceder a “Desarrollar un Plan de Acción con el concurso de las autoridades competentes...” para continuar con la ejecución del proyecto y no claudicar sin previamente haber realizado las gestiones pertinentes.

En virtud de lo anterior, el MME no tiene responsabilidad alguna frente a la imposición de una nueva actividad para desarrollar el objeto del convenio interadministrativo, en tanto esta la asignó directamente una autoridad judicial.

E. EXCEPCION DEL CONTRATO NO CUMPLIDO (exceptio non adimpleti contractus)

El ordenamiento jurídico colombiano adoptó la excepción de contrato no cumplido en el artículo 1609 del Código Civil⁷, regla legal basada en la equidad que orienta los contratos sinalagmáticos, que permite a la parte de un contrato no ejecutar su obligación mientras su co-contratante no ejecute las propias.

Ahora bien, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 4, 13 y 32 de la Ley 80 de 1993, el régimen general de las obligaciones y contratos puede ser aplicable en relación al contrato estatal en todo aquello que no contravenga la naturaleza especial de las disposiciones contenidas en el Estatuto General de la Contratación.

Es de anotar que si bien es cierto esta figura, en principio solo aplicaba a los contratos de Derecho Privado, jurisprudencialmente ya ha sido admitida en el campo de los contratos de Derecho Público, tal como lo evidencia el pronunciamiento de la Sección Tercera, recogido en la sentencia de 31 de enero de 1991, Exp. 4739, quien manifestó sobre su alcance los siguientes requisitos:

“ i) La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla “do ut des” (te doy para que me des); ii) el no cumplimiento

⁷.- En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii) que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, por manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que ha de justificarse por la configuración de aquel; v) el cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente”.

Se fundamenta la excepción del contrato no cumplido en tanto Gensa SA., ESP., pretende prevalerse del contrato y exigir la declaratoria de incumplimiento del convenio interadministrativo No 392 de 2016 por parte del MME, sin que la empresa demandante haya cumplido inicialmente con el objeto contractual y tampoco estuviese dispuesta a cumplir con las obligaciones que le incumben dentro del convenio suscrito. Esta actitud de abandonar el cumplimiento de las obligaciones contractuales las podemos evidenciar claramente en el oficio radicado en el MME con el No 2018093919 el 11 de diciembre de 2018.

Debemos resaltar que los desembolsos de recursos por parte del fondo FAZNI estaban sujetos a los avances de obra del proyecto y ante la ausencia de este último parámetro, el MME no podía desembolsar los recursos económicos sin verificar previamente su cumplimiento, es de advertir que estamos de cara al cumplimiento de unas obligaciones recíprocas, por parte de Gensa presentar y demostrar los avances de obra y posteriormente el MME ordenar el desembolso de recursos. La empresa demandante no puede justificar su incumplimiento basados en la falta de pago por parte del MME, sin que anticipadamente haya dado cumplimiento a sus obligaciones contractuales.

Aunado a lo anterior, la orden judicial que impuso la actividad adicional de desarrollar la consulta previa al proyecto, no fue generada por el actuar de este MME, por lo que tampoco podría atribuírsele algún grado de responsabilidad para decretar el incumplimiento del convenio interadministrativo por parte de la cartera ministerial.

En ese orden de ideas es dable concluir que la excepción de contrato no cumplido puede prosperar, por cuanto no puede predicarse en este caso el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad demandante, como quiera que, además de evidenciar sus inobservancias contractuales durante el tiempo de ejecución del proyecto, tampoco se observa de su parte una seria intención de cumplir con sus obligaciones contractuales.

VI. PETICIONES:

1. Declarar probadas las excepciones incoadas en el presente escrito.
2. Se denieguen las pretensiones de la parte actora por las consideraciones expuestas.
3. Se ordene la terminación del proceso.

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



4. Se condene en costas judiciales
5. Se me reconozca personería para actuar conforme el poder aportado en los términos del Decreto 806 del año 2020

VII. PRUEBAS.

Solicito se decreten y se tengan como pruebas, los documentos que se relacionan a continuación:

A. Documentales:

1. Contrato Fazni No 392 de 2016 incluidos los Anexos 1 y 2
2. Acta de Inicio
3. Otro sí No 1
4. Aprobación de Pólizas convenio
5. Designación Supervisor del Convenio
6. Cronogramas actividades
7. Aprobación Póliza Otro sí
8. Solicitudes de suspensión del contrato
9. Cuatro (4) actas de suspensión y de reinicio de obra
10. Oficio 2018092903 del 06 de diciembre de 2018
11. Oficio 2018093919 del 11 de diciembre de 2018
12. Oficio de respuesta a solicitud de 3er desembolso 2018088751
13. Oficio de respuesta a solicitud de 4to desembolso 2018088852
14. Informe Final interventoría de octubre de 2018
15. Informe Técnico de Supervisión de la Dirección de Energía Eléctrica del MME suscrita por el ingeniero Omar Olarte Triana.

B. Testimonio Técnico

Se solicita la recepción del testimonio técnico del Ingeniero Omar Olarte Triana identificado con la cédula de ciudadanía No 19332090, quien actualmente se desempeña como contratista de la Dirección de Energía Eléctrica del MME y además fungió como supervisor del convenio interadministrativo No 392 de 2016, para que en virtud a su percepción directa con los hechos y su especializado conocimiento, informe al Despacho Judicial sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar de como se desarrolló el proyecto en el Municipio de Mitú y las circunstancias de inobservancia contractual de Gensa S.A. ESP., que impidieron legal y contractualmente ordenar los desembolsos 3 y 4.

El Ingeniero Omar Olarte puede ser ubicado en la Carrera 20 No. 182-60 Apto 801 de la ciudad de Bogotá D.C.

VIII. ANEXOS

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.



- El Poder debidamente otorgado en los términos del Decreto 806 del año 2020
- Los documentos mencionados en el acápite de pruebas.

IX. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en el buzón de correo electrónico notijudiciales@minenergia.gov.co y/o correo rcastro@minenergia.gov.co teléfono 2200300.

De Usted Señora magistrada,

Respetuosamente

Claudia Rocío Castro Ordoñez
Profesional Especializado
Grupo de Defensa Judicial, Extrajudicial Y
Asuntos Constitucionales

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

Radicado Padre: 1-2021-020852

Anexos: LEGAJO-CARPETA VIRTUAL

Elaboró: Claudia Rocío Castro Ordoñez

Revisó:

Aprobó: Claudia Rocío Castro Ordoñez

En Minenergía todos los trámites son gratuitos.