

1. Antecedentes

A. Marco Legal

Por medio de la Ley 633 de 2000 en su artículo 82 creó el Fondo Financiero para la Energización de las Zonas no Interconectadas (“FAZNI”), la cual se encuentra reglamentada por el Decreto 1073 de 2015, el cual dispone en su artículo 2.2.3.3.2.4 que *“Los recursos (...) y los rendimientos que generen la inversión temporal de sus recursos, se utilizarán de acuerdo con la ley y con las políticas de energización que para las zonas no interconectadas determine el MME de Minas y Energía, conforme con los lineamientos de política establecido por el Consejo Nacional de Política Económica y Social en documentos tales como el Conpes 3108 de 2001 y 3453 de 2006, para financiar planes, programas y/o proyectos priorizados de inversión 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”*.

La vigencia de dicho Fondo fue extendida por la Ley 1955 de 2019 *“Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”* hasta el 31 de diciembre de 2030.

De conformidad con el Decreto 1073 de 2015, artículo 2.2.3.3.2.1, que define la naturaleza del fondo, se trata de: *“un fondo cuenta especial del Ministerio de Minas y Energía sin personería jurídica, sujeto a las normas y procedimientos establecidos en la Constitución Política de Colombia, el Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional y demás normas vigentes aplicables”*.

El artículo 2.2.3.3.2.2.6 de la misma norma, dispuso que las inversiones que se efectúen con los recursos del FAZNI tendrán como titular a la Nación – Ministerio de Minas y Energía.

Por otra lado, el artículo 190 de la Ley 1753 de 2015 *“Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018”*, cuya vigencia permanece según lo dispuesto por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019, *“por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”*, estableció la obligación del Gobierno Nacional de expedir la reglamentación referente a la focalización, adjudicación y seguimiento de, entre otros, los recursos de FAZNI, así como el procedimiento para declarar incumplimientos, imponer multas y sanciones y hacer efectivas las garantías que se constituyan en el marco de la ejecución de los recursos del FAZNI, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 142 de 1994.

Como parte del componente de equidad del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020, concretamente en el marco del *“Pacto por la calidad y eficiencia de servicios públicos: agua y energía para promover la competitividad y el bienestar de todos”*, el Gobierno Nacional consideró necesaria la reducción en la brecha de acceso al servicio de energía eléctrica, razón por la cual trazó como meta durante el cuatrienio la electrificación de como mínimo la electrificación de cien mil usuarios nuevos.

La misma norma establece en su artículo 287 que *“(...) el suministro de energía eléctrica a un domicilio mediante soluciones individuales de generación se considera como servicio público domiciliario de energía eléctrica en ZNI”*.

En el mismo sentido, el artículo 288 de la Ley 1955 de 2019 establece que quienes soliciten recursos al FAZNI y/o al Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas para las Zonas no Interconectadas (“IPSE”) para el desarrollo de soluciones energéticas particulares en Zonas No Interconectadas (“ZNI”), “*deberán ejecutar directa o indirectamente su administración, operación y mantenimiento, garantizando su sostenibilidad, durante el tiempo que se indique en el respectivo contrato*”. En ese sentido, se deberá garantizar, no sólo la realización de la construcción o instalación de infraestructura, sino también la prestación del servicio y realización de administración, operación y mantenimiento (“AOM”) de la infraestructura, de tal forma que se garantice la sostenibilidad del proyecto.

B. Proyectos FAZNI 2017.

Para los comités 67 y 68, el IPSE presentó ante el Comité de Administración del FAZNI (“CAFAZNI”) 32 proyectos para de asignación de recursos, los cuales fueron previamente evaluados, validando entre otras cosas, la sostenibilidad de los proyectos a desarrollar por medio de soluciones solares fotovoltaicas individuales.

De esta forma y dadas las complejidades del territorio, la dispersión geográfica entre usuarios, los costos de desplazamiento, el personal capacitado indispensable para operar en las ZNI, las condiciones particulares de los proyectos con soluciones solares fotovoltaicas individuales y el fundamento legal que para ese momento amparaba las decisiones del CAFAZNI, el IPSE consideró viable consignar dentro de la estructuración de los proyectos, un compromiso de los alcaldes de los municipios de las Zonas No Interconectadas en las cuales se desarrollarían los proyectos, consistente en garantizar la sostenibilidad de los mismos, una vez terminara su etapa de instalación y puesta en funcionamiento, desarrollando las actividades de administración, operación y mantenimiento de la infraestructura.

Con ocasión de lo anterior, fueron asignados mediante reuniones del CAFAZNI No. 67 y 68 recursos para 32 proyectos.

2. Caso concreto

Los proyectos relacionados, cuya ejecución inició entre 2017 y 2018, en su mayoría han terminado la primera etapa -instalación y puesta en servicio de los sistemas solares fotovoltaicos-. Sin embargo, algunos de los entes territoriales que suscribieron el compromiso de sostenibilidad del proyecto, han sido renuentes a suscribir contratos que materialicen la transferencia del uso y goce de dichos activos.

A. Proyectos que presentan esta situación:

De manera enunciativa, se indica que son aproximadamente doce (12) proyectos respecto de los cuales sus alcaldes han manifestado de manera formal o informal, que no asumirán las actividades de AOM o que garantizarán éstas a través de un tercero:

No.	CONTRATO	EJECUTOR	DEPARTAMENTO	MUNICIPIO
------------	-----------------	-----------------	---------------------	------------------

1.	FAZNI-GGC-111-617-17	DISPAC S.A. E.S.P.	NARIÑO	SAN ANDRES DE TUMACO
2.	FAZNI-GGC-113-620-17	ELECTROHUILA S.A. E.S.P.	NARIÑO	SAN ANDRES DE TUMACO
3.	FAZNI-GGC-117-628-17	ELECTROHUILA S.A. E.S.P.	CESAR	MANAURE
4.	FAZNI-GGC-076-523-17	ELECTROVICHADA S.A. E.S.P.	VICHADA	LA PRIMAVERA
5.	FAZNI-GGC-118-629-17	ELECTROHUILA S.A. E.S.P.	NARIÑO	SAN ANDRES DE TUMACO
6.	FAZNI-GGC-115-626-17	DISPAC S.A. E.S.P.	NARIÑO	SAN ANDRES DE TUMACO
7.	FAZNI-GGC-121-625-17	DISPAC S.A. E.S.P.	NARIÑO	SAN ANDRES DE TUMACO
8.	FAZNI-GGC-083-546-17	DISPAC S.A. E.S.P.	LA GUAJIRA	FONSECA
9.	FAZNI-GGC-110-616-17	GENSA S.A. E.S.P.	CÓRDOBA	TIERRALTA
10.	FAZNI-GGC-081-544-17	DISPAC S.A. E.S.P.	CAQUETÁ	CARTAGENA DEL CHAIRÁ
11.	FAZNI-GGC-103-604-17	GENSA S.A. E.S.P.	MAGDALENA	ARACATACA
12.	FAZNI-GGC-120-631-17	ELECTROHUILA S.A. E.S.P.	ARAUCA	PUERTO RONDON

Sin embargo, existen aproximadamente doce (12) contratos en ejecución, cuyas actividades por diversos motivos, no han finalizado y respecto de los cuales podría o no presentarse la misma problemática.

B. Gestión del MME:

El Ministerio de Minas y Energía, ha reiterado a los entes territoriales sus obligaciones, con respecto a la sostenibilidad de los proyectos, llegando incluso a remitir el borrador de contrato diseñado para el desarrollo del AOM, sin que se hubiese obtenido respuesta en algunos casos y en otros, la respuesta ha sido negativa.

<u>CONTRATO</u>	<u>RADICADO</u>	<u>FECHA RADICACIÓN DD-MM-AAAA</u>
FAZNI GGC - 083-546-17	2019070201	08-10-2019 07:33 AM
FAZNI GGC - 083-546-17	2019070202	08-10-2019 07:33 AM
FAZNI GGC - 397-17	2019070206	08-10-2019 07:42 AM
FAZNI GGC - 117- 628-17	2019070210	08-10-2019 07:43 AM
FAZNI GGC - 093-570-17,FAZNI GGC -094-572-17 Y FAZNI GGC-105-611-17	2019070213	08-10-2019 07:47 AM

FAZNI GGC - 096-593 -17 Y FAZNI GGC-417-157	2019070216	08-10-2019 07:50 AM
FAZNI GGC - 300-14	2019070220	8-10-19 7:53
FAZNI GGC - 076 -523-17	2019070221	08-10-2019 07:55 AM
FAZNI GGC - 100- 616-17	2019070224	08-10-2019 07:57 AM
FAZNI GGC - 299-14	2019070227	08-10-2019 07:59 AM
FAZNI GGC - 108-614-17	2019070228	08-10-2019 08:01 AM
FAZNI GGC - 122-643-17	2019070229	08-10-2019 08:03 AM
FAZNI GGC - 083-546-17	2019070231	08-10-2019 08:08 AM
FAZNI GGC - 107613-17	2019070233	08-10-2019 08:12 AM
FAZNI GGC - 399-16	2019070238	08-10-2019 08:19 AM
FAZNI GGC - 403-16	2019070240	08-10-2019 08:23 AM
FAZNI GGC - 120-631-18	2019070243	08-10-2019 08:26 AM
FAZNI GGC - 111-617-17, FAZNI GGC 115-626-17 Y FAZNI- GGC121-625-17	2019070249	08-10-2019 08:31 AM
FAZNI GGC - 075-520-17	2019070250	08-10-2019 08:33 AM
FAZNI GGC - 402-16	2019070256	08-10-2019 08:44 AM
FAZNI GGC - 082-545-18	2019070258	08-10-2019 08:46 AM
FAZNI GGC - 087-585-17	2019070259	08-10-2019 08:48 AM
FAZNI GGC - 393 2016	2019070262	08-10-2019 08:51 AM
FAZNI GGC - 119-630-17	2019070265	08-10-2019 08:53 AM
FAZNI GGC - 095-573-17	2019070266	08-10-2019 08:55 AM
FAZNI GGC - 398-16	2019070267	08-10-2019 08:57 AM
FAZNI GGC - 074-521-17	2019070270	08-10-2019 08:58 AM
FAZNI GGC - 106-612-17	2019070274	08-10-2019 09:00 AM
FAZNI GGC - 113- 620-17	2019070275	08-10-2019 09:02 AM
FAZNI GGC 612 -17	2019061664	06-09-2019
FAZNI GGC 612 -17	201905937	15-08-2019
FAZNI-GGC-103-604-17	2-2020-002927	10-02-2020
FAZNI-GGC-098-597-17	2-2020-002931	10-02-2020
FAZNI-GGC-521-074-17	2-2020-002937	10-02-2020
FAZNI-GGC-544-081-17	2-2020-002939	10-02-2020
FAZNI -GGC-614-108-17	2-2020-002943	10-02-2020
FAZNI-GGC-108-614-17	2-2020-002943	10-02-2020
FAZNI-GGC-109-615-17	2-2020-002946	10-02-2020
FAZNI GGC-075-525-17	2-2020-002947	10-02-2020
FAZNI-GGC-109-615-17	2-2020-002949	10-02-2020

C. Alternativa de los entes territoriales:

A través de las diferentes socializaciones y documentos enviados por los entes territoriales inmersos en esta problemática, se ha evidenciado, que existen varias empresas prestadoras de servicios públicos, interesadas en realizar el AOM de los activos. En este sentido, han manifestado que, si bien no pueden asumir directamente la prestación del servicio y el mantenimiento de los mismos, existen empresas debidamente constituidas, que podrán hacerlo en su lugar y de esta manera garantizar la sostenibilidad de los proyectos.

D. Procedimiento Ley 142 de 1994:

El artículo 6 de la Ley 142 de 1994, establece que, para la prestación del servicio público por parte del municipio, deberá agotarse un procedimiento previo, es decir, en primer lugar, se deberá realizar una invitación pública a las empresas de servicios públicos consultando así el mercado, con el fin de verificar la posibilidad, eficiencia y pertinencia de la prestación del servicio público por una E.S.P., de no ser viable esta alternativa y de manera residual, podrá el ente territorial realizar la prestación directa del servicio público.

E. Titularidad de los activos:

De conformidad con el artículo 2.2.3.3.2.2.6 del Decreto 1073 de 2015, la titularidad de los activos construidos con recursos FAZNI, es la Nación - Ministerio de Minas y Energía, y en el caso de los contratos aprobados mediante reuniones CAFAZNI No. 67 del 29 de agosto de 2017 y No. 68 del 14 de noviembre de 2017, también es titular el IPSE, en la proporción de recursos que dicha entidad aportó para la construcción de la respectiva infraestructura.

3. Propuesta de metodología

Teniendo en cuenta que fueron los entes territoriales mencionados -en su mayoría- quienes garantizaron la sostenibilidad de los proyectos FAZNI asignatarios de recursos en las citadas actas, como requisito para que los mismos fuesen viabilizados por el IPSE y presentados a consideración del CAFAZNI, son ellos quienes deben realizar el AOM, bien sea directamente o a través de las empresas de servicio público que designen para ello.

Para este fin, y en cumplimiento de lo indicado en el artículo 288 de la Ley 1955 de 2019, el ente territorial podrá honrar el compromiso de realizar el AOM de manera indirecta, al designar a una empresa de servicios públicos que acredite su capacidad e idoneidad ante el ente territorial, quien será la tenedora de la infraestructura para realizar su uso y goce.

Dicha alternativa no resulta contraria a lo establecido en las leyes 142 de 1994 y 143 de 1994 si se tiene en cuenta que, para realizar la prestación del servicio, las empresas que para el efecto proponga el Municipio, deberán cumplir con los criterios técnicos, financieros y jurídicos necesarios, cuya verificación corresponderá al ente territorial, a la luz de lo definido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Ahora bien, teniendo en cuenta que ni el CAFAZNI, ni el Ministerio designan prestadores del servicio, pero, según la citada normatividad y lo consignado en las propias actas CAFAZNI 67 y 68, deben velar por la adecuada custodia, administración, operación y mantenimiento de los activos de su propiedad a través de terceros, ya sean empresas o los respectivos entes territoriales, es imprescindible que, en todo momento, estos activos tengan a un responsable de su custodia y AOM.

Por lo anterior, se recomienda que, cuando el ente territorial comprometido proponga al MME que va a honrar su compromiso de realizar el AOM de los activos de propiedad del Ministerio para los cuales se comprometió a garantizar su sostenibilidad, a través de una empresa de servicios públicos que no sea de propiedad del ente territorial, o de su departamento de jurisdicción, el ente territorial deberá:

1. Presentar una comunicación dirigida al Ministerio donde incluya:
 - a. Las razones por las que no cumplirá directamente el compromiso de ejecutar el AOM.
 - b. La comunicación donde el ente territorial designa a la empresa de servicios públicos para que sustituya sus obligaciones de AOM
 - c. La descripción detallada de la empresa sugerida, y el aval de su experiencia y capacidad financiera para asumir el AOM.
 - d. La intención manifiesta de la respectiva empresa de ejecutar la custodia, administración, operación y mantenimiento de la infraestructura a favor del Ministerio, declarando expresamente que prestará el servicio a los usuarios beneficiados de esta infraestructura, si los usuarios los escogen como su prestador de servicios, en los términos del artículo 9.2 de la Ley 142 de 1994.
 - e. Una declaración donde garantice que, si la empresa de servicios públicos propuesta ejecuta un uso indebido, en los términos contractuales que se pacten, de la respectiva infraestructura del Ministerio, o no realiza el AOM, retomará las actividades de custodia, administración, operación y mantenimiento a las cuales se comprometió y asumirá su posición contractual en el respectivo contrato de aporte, sin perjuicio de las sanciones a las que legalmente haya lugar.
2. Una vez presentada esta comunicación, la Dirección de Energía verificará que la misma cumpla con los requisitos previamente indicados. En caso de que se cumplan en su totalidad, sin salvedad alguna, procederá a recomendar la suscripción de los instrumentos contractuales aplicables según la normatividad vigente con la respectiva empresa, el cual podrá ser, entre otros, el contrato de aporte previsto en los artículos 39.3 y 87.9 de la Ley 142 de 1994, y en el inciso segundo del artículo 2.2.3.3.2.2.2.6 del Decreto 1073 de 2015. En todo caso, el instrumento contractual preverá:
 - a. Obligaciones generales sobre la custodia, administración, operación y mantenimiento de la infraestructura a favor del Ministerio.
 - b. Garantías del mercado asegurador u otras a favor del Ministerio para el cumplimiento de estas actividades.

- c. Obligación de no subarrendar los activos, ni de dar un uso distinto al de prestar servicio público a usuarios, si los usuarios escogen al prestador del servicio.

Cuando exista más de un prestador interesado en hacer uso de la infraestructura para prestar el servicio público de energía, será competencia y responsabilidad del ente territorial comprometido, en los términos del artículo 6 de la Ley 142 de 1994, adelantar las gestiones que correspondan para la designación de la empresa que se encargara del AOM

Cuando una empresa acredite lo indicado en el artículo 7 del Decreto 574 de 2020 respecto de activos FAZNI, el ente territorial, en adición a aplicar la metodología descrita anteriormente, deberá certificar que el prestador que acredite como designado para el AOM ante el Ministerio, viene realizando materialmente las actividades de administración, operación y mantenimiento sobre dicha infraestructura,

La presente metodología podrá usarse para el caso de proyectos FAZNI asignatarios de recursos en sesiones de Comités además de las citadas en los antecedentes de este documento.