CONSORCIO
INTER-ERON
RIOHACHA
NIT. 901.480.964-1

Riohacha, 15 de mayo de 2023

CIER-ADM-0017-23

Señores
UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS- USPEC
Atn: ARQ. MARIA CONSTANZA MEJIA CONTRERAS
Subdirectora de Seguimiento a la Infraestructura.
Av. Calle 26 # 69 – 76 Edificio Elemento, torre 4 Piso 12, 13 y 14
Ciudad.

Ref. CONTRATO Nro. 186 de 2021 DE INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, JURÍDICA, AMBIENTAL, SST Y FINANCIERA PARA EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE RECLUSIÓN DEL ORDEN NACIONAL - ERON DE MEDIANA SEGURIDAD, ADECUADO PARA LA OPERACIÓN POR PARTE DEL INPEC, EN RIOHACHA, DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, POR EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS CON FÓRMULA DE AJUSTE.

ASUNTO: Respuesta oficio No. E-2023-002394 - CONCEPTO Y SUBSANACIÓN PARA SOLICITUDES DE MODIFICACIÓN CONTRATO DE OBRA No. 276 DE 2020

Cordial saludo

EDTIH COSTANZA TOLOZA ROJAS, actuando en calidad de representante legal del CONSORCIO INTER – ERON RIOHACHA, interventor del contrato de obra No. **276-2020** cuyo objeto es "**CONSTRUCCIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE RECLUSIÓN DEL ORDEN NACIONAL - ERON DE MEDIANA SEGURIDAD, ADECUADO PARA LA OPERACIÓN POR PARTE DEL INPEC, EN RIOHACHA, DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, POR EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS CON FÓRMULA DE AJUSTE",** de manera atenta me permito ratificar lo consignado en el oficio CIER-ADM-0007-22 de fecha 29 de marzo y CIER-ADM-0011-22 de fecha 14 de junio de 2022, oficios que se anexan al presente comunicado

Cordialmente,

EDITH COSTANZA TOLOZA ROJAS
Representante Legal
CONSORCIO INTER – ERON RIOHACHA
c.c Archivo

CONSORCIO
INTER-ERON
RIOHACHA
NIT. 901.480.964-1

Riohacha, 29 de marzo de 2022

CIER-ADM-0007-22

Señores
CONSORCIO ERON LA GUAJIRA
Atn: JAIRO ENRIQUE VARELA FIHOLL
Representante Legal
Carrera 13 No. 90-36 Oficina 402
Bogotá D.C
Ciudad.

Ref. CONTRATO Nro. 186 de 2021 DE INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, JURÍDICA, AMBIENTAL, SST Y FINANCIERA PARA EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE RECLUSIÓN DEL ORDEN NACIONAL - ERON DE MEDIANA SEGURIDAD, ADECUADO PARA LA OPERACIÓN POR PARTE DEL INPEC, EN RIOHACHA, DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, POR EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS CON FÓRMULA DE AJUSTE.

ASUNTO: Respuesta oficio ERON-SGEN-000209

Cordial saludo,

En respuesta a su comunicación desarrollaremos los siguientes puntos:

1. El anticipo previsto en el contrato de la referencia y lo reglamentado por la USPEC
2. Concepto de anticipo
3. Respuesta a sus observaciones
4. Respuesta a las peticiones

1. El anticipo previsto en el contrato de la referencia y lo reglamentado por la USPEC

El contrato No. 276 de 2020, como complemento de las cláusulas tercera y cuarta, cuenta con el anexo técnico que en su numeral 9.2.1, página 104, dispuso respecto del anticipo lo siguiente:

ANEXO TECNICO

9.2.1. ANTICIPO

La USPEC, desembolsará al CONTRATISTA a título de anticipo, el **DIECIOCHO POR CIENTO (18%)** del valor de las actividades de obra incluido el AIU del contrato, posterior a la firma del ACTA DE INICIO DEL CONTRATO.

El valor entregado corno anticipo será amortizado en un porcentaje del **CUARENTA Y CINCO (45%)** de cada acta parcial de obra, debiendo quedar amortizado en su totalidad, al momento que se facture el noventa por ciento (90%) de las actividades de obra, incluido AIU.

El Contratista debe constituir una fiducia de administración de pagos, para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, de conformidad con lo señalado en el artículo 91 de la ley 1474 de 2011, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución de, contrato. Deberá hacer parte integral del contrato de fiducia, el plan detallado de inversión del anticipo, aprobado por la interventoría. La USPEC girará el valor del anticipo a la cuenta bancaria exclusiva de la fiducia que se contrate luego de haberse suscrito el ACTA DE INICIO. El valor de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el Contratista. El giro de este valor no constituye condición previa para la iniciación de la Ejecución del contrato. La interventoría deberá revisar el contrato de fiducia y remitir copia del mismo a la USPEC debidamente aprobado.

Nota 1: El manejo de los dineros deberá darse de manera conjunta entre el contratista y el interventor, En el contrato de fiducia deberá establecerse que el régimen de inversión de los recursos del anticipo acatará lo dispuesto en el Decreto 1525 de 2008. Así mismo, deberá establecerse en dicho contrato que los rendimientos de la Fiducia serán propiedad de la NACIÓN, los cuales deberán ser reintegrados mensualmente dentro de los primeros quince (15) días calendario del mes siguiente, en el cual se hayan generado los mismos por la entidad Fiduciaria a la cuenta que para tal propósito informe la Entidad.

Nota 2: En caso de declaratoria de siniestro del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, declaratoria de caducidad o terminación unilateral del contrato, la Fiducia hará devolución a la USPEC de los valores disponibles en la cuenta exclusiva. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad del contratista de reintegrar el valor bruto establecido en la cláusula por concepto de anticipo.

Nota 3: Los impuestos, tributos, contribuciones y las retenciones que se hagan sobre las sumas correspondientes al valor del anticipo serán a cargo y por cuenta del contratista, quien deberá hacer devolución y amortizar la totalidad del valor del anticipo establecido en el contrato.

Nota 4: En el evento que el contratista al momento de la presentación de la oferta manifieste que por sus condiciones financieras no requiere y prescinde del anticipo definido en este numeral, debe demostrar, el capital de trabajo de acuerdo con lo establecido en el presente documento.

Nota 5: De acuerdo con lo establecido en el Manual de Contratación de la USPEC, "... El anticipo en ningún caso podrá ser utilizado por el contratista para el pago de gastos administrativos, salarios, honorarios, adquisición de maquinaria y equipo..." y en tal virtud el Programa de Inversión del Anticipo no podrá contener tales Ítems.

Por su parte, en el Manual de Contratación de la USPEC, (como lo señala la nota 5) se precisan las prohibiciones para el desembolso del anticipo, así: "... El anticipo en ningún caso podrá ser utilizado por el contratista para el pago de gastos administrativos, salarios, honorarios, adquisición de maquinaria y equipo..."

Como parte integral de la regulación sobre el anticipo se previó en el Manual de Supervisión e Interventoría (código: M3-MA-02, versión 04, páginas 10-11), lo siguiente:

OBLIGACIONES DE CONTROL PRESUPUESTAL: Se debe llevar a cabo el control presupuestal por parte del interventor, para la eficiente y oportuna inversión de los recursos establecidos en los contratos de la siguiente manera:

Respecto del anticipo

- ✓ Verificar que el contratista cumpla con los requisitos exigidos por la USPEC, para la entrega del anticipo o pago anticipado pactado.
- ✓ Constatar la correcta inversión del anticipo. Para este efecto deberá exigir según corresponda la programación de los trabajos, el flujo de inversión del contrato y el plan de inversión del anticipo.
- ✓ Verificar y aprobar mensualmente los informes de buen manejo del anticipo y remitirlos a USPEC. Los informes deberán estar soportados como mínimo por los siguientes documentos:
  - Extracto del encargo fiduciario en el que se consignó el anticipo.
  - Plan de inversión vigente.
  - Fotocopia del cheque girado, debidamente diligenciado, anexando el número de la cédula de ciudadanía o NIT del beneficiario, el concepto de pago y relación de los descuentos tributarios.
  - Los comprobantes de egresos deben estar debidamente soportados con facturas, las cuales deben cumplir lo establecido por la ley.
  - Los recibos de pago deben tener los mismos requisitos que la factura. Cuando son de nómina y/o planillas de jornales, se deben firmar por los beneficiarios, consignando el número de identificación, nombre y cargo.
  - No se deben crear cajas menores con los recursos del anticipo.

- ✓ Verificar que no haya diferencia entre los saldos que se registren en el extracto, con el registro de gastos o el plan de inversión del anticipo. En el caso en que se compruebe que el contratista le dio a los dineros provenientes del anticipo una destinación diferente a la autorizada, será causal para hacer efectiva la garantía de buen manejo y correcta inversión del mismo, debiendo informar inmediatamente al supervisor.
- ✓ Garantizar que se esté llevando a cabo la amortización del anticipo en las cuentas presentadas por el contratista, así mismo deberá transferirla a la Entidad, de acuerdo al procedimiento establecido para ello, los rendimientos financieros generados por el anticipo.

2. Concepto de anticipo:

No hay un concepto legal, dado que, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, no lo define, sino que regula solamente el monto máximo a entregar por este concepto (50%), pero tanto la jurisprudencia como los doctrinantes han esbozado algunas aproximaciones diferenciándolo inclusive del pago anticipado.

"El anticipo es un préstamo entregado al contratista, utilizado para financiar el inicio de la ejecución de un contrato y debe ser invertido de acuerdo con un plan de inversión y posteriormente amortizado, pues es dinero público (…) (Consejo de Estado, Radicación número: 25000-23-36-000-2013-02110-01(58008) del 28 de abril de 2021)

"Los dineros del anticipo no podrán invertirse sino en lo establecido en el Plan de Manejo del Anticipo aprobado por la interventoría para la ejecución del objeto del contrato". (citación hecha en la Radicación número: 76001-23-33-000-2012-00667-01(52894) del 10 de septiembre de 2021).

En conclusión, respecto de los puntos primero y segundo, tenemos que, en el contrato de la referencia, la USPEC y el contratista acordaron un monto del 18% como anticipo, el cual será desembolsado de acuerdo a un plan de inversión previamente aprobado por la interventoría, cuya destinación es exclusiva para la ejecución del contrato, que se suma a una programación de trabajo y un flujo de inversión. De ninguna manera podrá destinarse el anticipo para el pago de gastos administrativos, salarios, honorarios, adquisición de maquinaria y equipo, ni tampoco crear cajas menores.

Todos los gastos deben estar soportados en comprobantes y facturas de acuerdo a lo establecido en la ley y en el Manual de Supervisión e Interventoría.

El interventor debe verificar los extractos que deben reflejar identidad con el registro de gastos o el plan de inversión y, además, garantizar que se amortice en debida forma el anticipo.

3. **Respuesta a las observaciones:**

Inicialmente, es necesario recordar, con el fin de desvirtuar su afirmación en la que manifiesta: "…los parámetros **que unilateralmente** ha definido para el desembolso del anticipo del Contrato" (resaltado fuera del texto); que no hubo una decisión impositiva o unilateral, sino que con el propósito de dinamizar el trámite de las solicitudes para desembolso de los recursos existentes en la fiducia, se acordó con la Supervisión del Proyecto elaborar un reglamento que expusiera las reglas para el desembolso del anticipo, documento que se puso simultáneamente a disposición de ustedes y de la USPEC. A la fecha recibimos sus valiosas observaciones y ninguna de la USPEC, que podría interpretarse como un aval a lo allí dispuesto.

Si bien no existe una regla especial que defina con absoluta claridad en que se puede invertir el anticipo, si encontramos unas prohibiciones contractuales como las que señalamos en precedencia y, unas reglas de experiencia que devienen del ejercicio propio de la interventoría y de las exigencias de los entes de control que deben ir en armonía con el desembolso responsable del anticipo, sin que ello

implique de ninguna manera, un obstáculo en el desarrollo contractual, ni una extralimitación de funciones por parte de la interventoría,. Vemos a diario noticias en las que, por la laxitud en la entrega de anticipos, se pierden dineros públicos.

Ahora bien, si se interpretara exegéticamente la regla prohibitiva señalada por la USPEC, a la cual se hizo referencia en párrafos precedentes, no habría desembolso por concepto de anticipo, no obstante, y en consonancia con una interpretación sistemática de la norma, el anticipo se ha viabilizado para la compra de materiales, pago de alquiler y arrendamiento de equipos necesarios para el cumplimiento contractual y a solicitud de ustedes, pese a tener nuestras reservas, para el pago de sub - contrato de obra civil, hecho que hizo necesaria una modificación al reglamento inicialmente socializado, desvirtuando con ello, su reiterada afirmación de que actuamos unilateralmente.

El porcentaje de anticipo del 18% establecido en el reglamento está en consonancia con el porcentaje contractual acordado entre ustedes y la entidad contratante, de ninguna manera nos excedemos en la disposición, sino que somos coherentes con ella. De hecho, este porcentaje puede superar y llegar al 100%, si se aporta la factura correspondiente.

Debe resaltarse que, uno de los criterios habilitantes fue el capital de trabajo o la capacidad financiera que ustedes demostraron suficientemente y que, sin duda, es el soporte para la ejecución contractual, por lo que, si una actividad requiere un valor superior al porcentaje señalado, tienen todo el respaldo financiero que evidenciaron con la presentación de la propuesta. Además, no puede desconocerse que en el numeral 9.4.1, de los pliegos de condiciones que trata sobre la solidez financiera, se estipuló que el proponente debía presentar uno o varios cupos de crédito aprobado y que este debía ser igual o mayor al 10% del presupuesto total del proceso y también, con el fin de garantizar esa misma solidez financiera, la USPEC exigió que ningún integrante que aporte la carta cupo crédito podrá tener un porcentaje de participación en el consorcio o unión temporal menor al 25% y por ello se garantiza un inicio inmediato de las obras (anexo de condiciones generales de participación-Licitación Pública No. USPECLP-029-2020). Todo lo anterior, evidencia que estamos frente a un contratista que, al ser el proponente ganador, garantiza el inicio de la obra y la ejecución contractual sin tropiezos financieros y que las reglas sugeridas para el anticipo solo pretenden garantizar los principios de transparencia, debido proceso, eficacia y buen manejo financiero.

Bajo ese contexto, no es cierto que nos opongamos al pago de cuentas de cobro o proformas para la compra de materiales, pero lo que, si requerimos para autorizar el desembolso, es la factura respectiva acompañada de los documentos que para el efecto exigen las normas tributarias, aclarando que este desembolso no tiene límite alguno.

Y para ser concordante con lo señalado y conforme a la ley, para el pago de contratos de obra civil se requiere de las planillas respectivas acompañadas del pago de la seguridad social y parafiscales, entendiendo el desembolso como un costo del contrato.

El contrato suscrito entre particulares solo obliga a los firmantes, y de ninguna manera la interventoría puede refrendar con su firma pagos que con posterioridad posibiliten reclamaciones, lo que se evidencia con su afirmación "…no implica necesariamente la presentación de una reclamación económica a la entidad". La interventoría de manera responsable no puede dejar abiertas esas posibilidades.

Por otro lado, rechazamos vehementemente su afirmación de asignación de responsabilidad a la Interventoría por los atrasos en la ejecución del proyecto, pues usted sabe perfectamente, como está documentado, que a la fecha no hay diseños definitivos aprobados por la USPEC, por ser obsoletos los que sirvieron de soporte al proceso licitatorio y ello ha impedido agilizar el proceso constructivo, circunstancia que sí podría alterar nuestra ecuación contractual por la forma de pago prevista.

Invocar de su parte un desequilibrio contractual carece de sustento jurídico, habida cuenta que el contrato se pactó con reajustes mensuales, y las actividades ejecutadas a la fecha se han cancelado con reajustes, las que no se han podido pagar por la demora en la incorporación al contrato de nuevos precios unitarios aprobados, no tienen reajustes porque son precios que se pactan a la fecha de su aprobación.

La teoría de la imprevisión tiene unos requisitos particulares que no es del caso analizarlos en este momento, ni tampoco el escenario adecuado.

4. Respuesta a sus solicitudes:

1. "Modificar los "lineamientos" y "parámetros" establecidos por parte de la interventoría para el desembolso del anticipo en concordancia con lo establecido en la ley, el pliego de condiciones y el Manual de Supervisión e Interventoría de la USPEC. Subsidiariamente, en el evento en que no se modifiquen los parámetros y lineamientos de la interventoría";

Los lineamientos y parámetros establecidos por la interventoría están acordes con la ley, el anexo técnico, pliegos de condiciones y el Manual de Supervisión e Interventoría de la USPEC, sumado a las buenas prácticas que han señalado las

reglas de experiencia y entes de control sobre los dineros públicos. La inexistencia de parámetros en la entrega de un anticipo puede generar daños fiscales y responsabilidades disciplinarias.

2. “Eliminar el Numeral 9.2.1. del Anexo Técnico, en el cual se prevé la entrega de un anticipo al Contrato a favor del Contratista por un valor de $33.000.000.000, el cual sería amortizado en un porcentaje del 45% de cada acta parcial de obra, debiendo quedar amortizado en su totalidad, al momento que se facture el 90% de las actividades obra”.

No es nuestra competencia modificar reglas contractuales o precontractuales que hagan parte integral del contrato.

3. “En cuanto al monto que ha sido aprobado y desembolsado de la cuenta de fiducia del anticipo por parte de la interventoría por valor de $828.808.709, del cual ya se ha amortizado $489.651.340, quedando pendiente la devolución de $339.157.369, solicitamos que esta suma sea completamente amortizada en el siguiente corte parcial de obra, con lo cual quedaríamos a paz y salvo con la entidad por concepto de amortización del anticipo”.

Esta solicitud también debe ser resuelta por la entidad contratante pues excede nuestros límites competenciales.

4. Eliminar el amparo del buen manejo y correcta e inversión del anticipo requerido en la cláusula Décima Novena del Contrato, por efectos de que, al prescindir del anticipo ya no se requerirá este aseguramiento a favor de la entidad.

No es una decisión de la interventoría sino de la USPEC.

5. En todo caso, solicitamos atentamente se emita pronunciamiento respecto a la solicitud elevada por el Contratista mediante comunicación No. ERON-SGEN-000178, en cuanto a la modificación de la amortización del anticipo, en los términos expuestos en dicho comunicado.

Esta petición debe ser resuelta por la entidad contratante. La interventoría o tiene la competencia para resolverla.

Por último y para que haga parte del reglamento propuesto, las normas marco del mismo serán:

Ley 80 de 1993, Ley 1474 de 2011, Decreto 1082 de 2015, Manual de Supervisión e Interventoría, contrato 276 del 2020 con sus respectivos anexos, pliegos de condiciones y demás documentos precontractuales y el Reglamento de Anticipo de la interventoría del Consorcio INTER ERON Riohacha.

Estaremos siempre atentos a sus requerimientos y sugerencias.

Cordialmente,

EDITH COSTANZA TOLOZA ROJAS
Representante legal
CONSORCIO INTER ERON RIOHACHA

Proyectó: Dra. YADIRAJASMINE TELLEZ VALENZUELA

cc Archivo
c.c Arq. María Costanza Mejía- Supervisora al Contrato

CONSORCIO
INTER-ERON
RIOHACHA
NIT. 901.480.964-1

Riohacha, 14 de junio de 2022

CIER-ADM-0011-22

Señores
CONSORCIO ERON LA GUAJIRA
Atn: JAIRO ENRIQUE VARELA FIHOLL
Representante Legal
Carrera 13 No. 90-36 Oficina 402
Bogotá D.C
Ciudad.

Ref. CONTRATO Nro. 186 de 2021 DE INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, JURÍDICA, AMBIENTAL, SST Y FINANCIERA PARA EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE RECLUSIÓN DEL ORDEN NACIONAL - ERON DE MEDIANA SEGURIDAD, ADECUADO PARA LA OPERACIÓN POR PARTE DEL INPEC, EN RIOHACHA, DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, POR EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS CON FÓRMULA DE AJUSTE.

ASUNTO: Respuesta oficio No ERON-SGEN-000233 - Solicitud Modificación Cláusula Amortización Anticipo Contrato No 276 de 2020

Cordial saludo,

EDITH COSTANZA TOLOZA ROJAS, en calidad de representante de la firma interventora del proyecto de la referencia, CONSORCIO INTER ERON RIOHACHA, de manera atenta me permito ratificar lo consignado en el oficio CIER-ADM-0007-22 de fecha 29 de marzo de 2022, sobre la facultad que le asiste a los firmantes del contrato de obra No. 276 de 2020 de modificar las cláusulas acordadas y la injerencia de la Interventoría en las mismas por ser parte del proceso precontractual, sobre el cual no tiene control la Interventoría.

Sin embargo, es usual que los anticipos concedidos en desarrollo de contratos de obra pública sean amortizados en la proporciones iguales o similares, no encontrando razón válida que les impida tal modificación.

Cordialmente,

EDITH COSTANZA TOLOZA ROJAS
Representante legal
CONSORCIO INTER ERON RIOHACHA
Proyectó: Ing. Fausto Rodríguez

cc Archivo
c.c Arq. María Costanza Mejía- Supervisora al Contrato