Bogotá D.C., 18 de marzo de 2022 **ERON-SGEN-000209**

Señores:
CONSORCIO INTER ERON RIOHACHA
Atn. EDITH COSTANZA TOLOZA ROJAS
Representante Legal
UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS - USPEC
Atn. MARIA CONSTANZA MEJÍA
Supervisora
La ciudad

REF. CONTRATO No. 276 DE 2020 – celebrado entre el CONSORCIO ERON LA GUAJIRA y la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS -USPEC que tiene por objeto la *"CONSTRUCCION DEL ESTABLECIMIENTO DE RECLUSION DEL ORDEN NACIONAL - ERON DE MEDIANA SEGURIDAD, ADECUADO PARA LA OPERACIÓN POR PARTE DEL INPEC, EN RIOHACHA, DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, POR EL SITEMA DE PRECIOS UNITARIOS CON FORMULA DE AJUSTE".* ("Contrato")

Asunto: Su comunicado CIER-ADM-0004-22 de fecha 2 de marzo de 2022. Solicitud de Revisión de Lineamientos para Entrega y Control del Anticipo. Solicitud Modificación de la Forma de Pago del Contrato.

Respetados señores:

Hemos recibido su comunicado del asunto, por medio del cual nos remite los parámetros que unilateralmente ha definido para el desembolso del anticipo del Contrato, lineamientos con los cuales manifestamos nuestro desacuerdo, en la medida que, en nuestra opinión, lo propuesto por la interventoría desnaturaliza el concepto del anticipo e impide su ejecución para aquello para lo cual está previsto.

Específicamente, nos preocupa que la interventoría, siendo su alcance también legal, no emite concepto jurídico alguno en relación con los fundamentos de derecho en los que basa su atribución para establecer unilateralmente parámetros para la inversión del anticipo y, de forma desafortunada, simplemente hace mención a que los lineamientos o parámetros emitidos están *"de acuerdo con documentos"* en su mayoría derogados, inexistentes o que no regulan específicamente el tema del anticipo según se detalla a continuación:

- Ley 80 de 1993. En el parágrafo de su artículo 40 establece que las entidades podrán pactar el pago de anticipo siempre que dicha suma no supere el 50% del valor del contrato respectivo.

- Decreto 2170 de 2002 fue **derogado** por el Art. 83 del Decreto Nacional 066 de 2008, norma esta última que, a su turno, fue derogada por el Art. 9.2. del Decreto Nacional 734 de 2012.

- Ley 1150 de 2011. No hace alusión específica al tema del anticipo.

- Ley 1474 de 2011 en su Art. 91 refiere a que el anticipo deberá manejarse en una fiducia o patrimonio autónomo irrevocable con el fin de garantizar que dichos recursos se aplican exclusivamente a la ejecución del contrato.

- Decreto 066 de 2008 fue **derogado** por el Art. 9.2. Decreto Nacional 734 de 2012 y por el Art. 92 del Decreto Nacional 2474 de 2008.

- El Decreto 2074 de 2008 **no existe**, pero si en gracia de discusión de acepta que se hace alusión al Decreto 2474 de 2008 se recuerda a esa interventoría técnica, financiera y legal, que este fue **derogado** por el Art. 9.2. Decreto 734 de 2012.

- Manual de supervisión e interventoría de la USPEC. Define el Anticipo en la última viñeta del Num. 4° y establece las condiciones generales para su desembolso y control como una obligación de control presupuestal sin que se detalle en ninguna circunstancia los "lineamientos" y "parámetros" creados unilateralmente por la interventoría, como lo son límites en montos y condicionamientos para el pago diferentes a que se destinen a la ejecución del Contrato.

Como cierre de lo anterior, y para ilustración de la interventoría, le informamos que aunque el Consorcio Inter Eron Riohacha citó en su misiva la normativa existente hasta el 2008 y nosotros en nuestro recorrido hacemos alusión al Decreto 734 de 2012, este también fue derogado por el Decreto Nacional 1510 de 2013, que aunque sigue vigente fue compilado por el Decreto 1082 de 2015 que tiene una serie de normas que lo modifican, adicionan y/o derogan parcialmente, las cuales, junto con la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2011 constituyen el Estatuto General de la Contratación Estatal.

De la normatividad que regula el tema del anticipo no se desprende autorización para que la interventoría, como particular que presta transitoriamente función pública, en contravía del principio de legalidad que le aplica según el Art. 6° Constitución Política[1], establezca unilateralmente lineamientos y parámetros que regirán la inversión y entrega del anticipo más allá de lo que está expresamente permitido en la ley en esta materia. Al efecto, las únicas restricciones reglamentarias que hay en torno a la inversión del anticipo se encuentran en el pliego de condiciones del Contrato que establece que tales recursos no podrán invertirse en:

- Gastos administrativos, salarios, honorarios ni adquisición de maquinaria y equipo.

- Actividades a las que se aplique el anticipo tengan relación directa y exclusiva con la ejecución del Contrato.

Todo condicionamiento o regla adicional a lo anterior para el desembolso del anticipo constituye una extralimitación de funciones que dará lugar a la responsabilidad de la interventoría en los precisos términos de los Art. 52 y 53 de la Ley 1474 de 2011. En este orden de ideas, los condicionamientos y limitantes establecidos por parte de la interventoría en los literales d-, e- y h- de su misiva, son improcedentes, en la medida que la ley **NO** establece que:

- El porcentaje de anticipo que se entregue a los subcontratistas debe ser igual al porcentaje entregado por la entidad al Contratista, que para el caso particular es del 18%. Debe tenerse en cuenta que, contrario a la posición de la interventoría, acorde a la costumbre comercial, muchos de los proveedores de materiales, como lo son cemento, acero, tubería, entre otros, solo despachan una vez efectuado el pago anticipado del pedido, lo que no implica que la interventoría al autorizar el giro se haga responsable por la entrega del material pues, esto compete única y exclusivamente al Contratista. En este caso, el control posterior de la interventoría se dará en las actas mensuales en las cuales podría no tener como amortizado el anticipo si se verifica que el material no se destinó el proyecto.

- El valor de la actividad subcontratada no supere el costo directo del valor ofertado por el Contratista. La reglamentación del anticipo establece que este se destina al pago de las

[1] **ARTICULO 6o.** *"Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o* ***extralimitación en el ejercicio de sus funciones****".* Es de precisar que el principio de legalidad le es aplicable a la interventoría por ser un particular que asume temporalmente el desempeño de función pública según lo explicado por la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2003

necesidades de la obra salvo gastos administrativos, salarios, honorarios o adquisición de maquinaria y equipo. No establece los montos máximos que se puede pagar por una actividad y, además, en la práctica, esta limitación que impone la interventoría genera dificultad en la inversión del anticipo frente a una economía post pandémica que implica el cambio abrupto en precios de los insumos contractuales, tales como: el acero y el PVC que pueden tener incidencia en los precios de los subcontratos. En ese sentido, bajo el entendido de la interventoría, el Contratista se vería obligado a presentar una reclamación económica por cada ítem que superara el valor de la oferta y afectara el valor total de cada subcontrato, en aras de lograr el desembolso del anticipo, dejando de lado la posibilidad de que el Contrato se balancee económicamente por sí mismo.

Es de precisar que definitivamente, el hecho que el Contratista contrate un ítem o actividad por un mayor valor del presentado en su oferta no implica necesariamente la presentación de una reclamación económica a la entidad, en la medida que bien puede equilibrarse el Contrato por posibles ventajas económicas que se hayan obtenido en otros subcontratos.

- La ley no establece que para el desembolso del anticipo no sea posible la presentación de proformas y/o cuentas de cobro. Las facturas, naturalmente serán documentos requeridos para la amortización del anticipo, pero no para su desembolso, en la medida que, acorde a la práctica comercial y contable, cuando se entrega un anticipo a un subcontratista, esto se hace mediante una cuenta de cobro que posteriormente se legaliza mediante las facturas que se hagan para los cortes de obra, en los cuales se irá descontando el monto del anticipo entregado. De otro lado, en lo que refiere a los proveedores de materiales, la mayoría de ellos solo emiten factura una vez se ha efectuado el pago.

  Siendo así, la posición de la interventoría hace inejecutable el anticipo, en la medida que en la mayoría de los casos se volverá un gasto reembolsable y no un verdadero anticipo, según se explicó en detalle.

En atención a lo expuesto, solicitamos a la interventoría revaluar su postura en torno a la liberación oportuna de los recursos del anticipo, sin mas condiciones que las que prevé el pliego de condiciones en concordancia con el Manual de Supervisión e Interventoría de la USPEC, que son las normas que regulan con algún detalle la inversión y control del anticipo.

Con todo, y advirtiendo la difícil situación que torna el proyecto en inejecutable por falta de recursos, en el caso de que la interventoría mantenga su postura, a fin de evitar un mayor desgaste y suplir las necesidades actuales de capital que demanda el contrato, solicitamos se viabilice la modificación del Contrato en el sentido de que el contratista prescinde de la entrega del anticipo en concordancia con la disposición contenida en el Num. 9.2.1. Nota 4 del Anexo Técnico que establece que el contratista podrá manifestar que *"prescinde del anticipo definido en este numeral"*. En este sentido, y en el evento en que se considere viable esta solicitud, en el momento en que lo requiera procederíamos a acreditar los requisitos establecidos en el numeral en comento.

Por último, y no menos importante, dejamos constancia de que esta compleja situación en torno a la demora en el desembolso del anticipo producto de la errada interpretación de la interventoría en cuanto a las normas que lo rigen, está generando graves perjuicios para la ejecución del Contrato, que consisten en el desequilibrio económico y financiero derivada de la imprevisible y exorbitante alza de los insumos y materiales necesarios para la construcción del proyecto, las cuales devienen de la economía postpandemia[2] y se han intensificado con la guerra en Ucrania. Desafortunadamente, uno de los

[2] https://www.semana.com/economia/macroeconomia/articulo/carestia-de-los-materiales-para-la-construccion-amenaza-a-la-vivienda/202254/ *"Cifras del DANE indican que los materiales para construcción de vivienda subieron 7,36 % en los doce meses terminados en noviembre, un dato por encima de lo que subió la inflación de todo el año*

mecanismos que nos permitía mitigar este riesgo y reducir la excesiva onerosidad de los insumos del proyecto era la compra y/o contratación anticipada de materiales y/o actividades que nos permitiera "congelar" los precios pero, desafortunadamente, hoy por hoy estamos adquiriendo insumos a unos costos muy superiores a los contratados, situación está que muy probablemente derivará en una reclamación económica que habría podido ser reducida o evitada si el anticipo hubiera podido disponerse oportunamente en los términos del Contrato.

SOLICITUD.

Conforme a lo anterior, presentamos las siguientes 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;

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.

   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.

3. 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.

4. 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.

En los anteriores términos solicitamos viabilizar la solicitud elevada a ustedes.

Atentamente,

JAIRO ENRIQUE VARELA FIHOLL
Representante legal
CONSORCIO ERON LA GUAJIRA

---

pasado que fue del 5,62 %. Particularmente, lo que más se ha encarecido son los alambres, que subieron 30,64 % anual en noviembre; las mallas (28,34 %) y los hierros y aceros (27,84 %).

Si bien Colombia produce muchos de los materiales necesarios para construir, debe traer del exterior los insumos para fabricarlos. Así, por ejemplo, para hacer tubería PVC hay que importar la resina, para los enchapes hay que traer pigmentos y pegamentos y aunque hay varias siderúrgicas que producen acero, la cantidad que fabrican es insuficiente para la demanda nacional y es necesario traer el faltante del exterior".