



Bogotá D.C., noviembre 11 de 2.022

Señores

UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS –USPEC–

Atn. Dr. **LUDWING VALERO**

Dirección General

Ciudad.

Ref. Contrato de Consultoría No. 325 – 19 cuyo objeto es ejercer la: *Interventoría técnica, administrativa, jurídica y financiera al contrato de obra para la construcción y equipamiento del establecimiento de reclusión del orden nacional ERON – renacimiento de mediana seguridad etapa I, en sabanas de San Ángel, Departamento del Magdalena.*

Asunto: Su comunicación No. E – 2022 – 027647 de fecha noviembre 4 de 2.022.

Pronunciamiento en relación con la solicitud de modificación al Contrato de Obra No. 304 de 2019 cuyo objeto es la: *Construcción y Equipamiento del Establecimiento de Reclusión del Orden Nacional ERON – Renacimiento de Mediana Seguridad Etapa I, adecuado para la operación por parte del INPEC, en Sabanas de San Ángel, Departamento del Magdalena*, formulada por el CONSORCIO FUNDACIÓN 2020.

Respetados señores,

Acusamos recibo de la comunicación, indicada en el asunto, en la cual se nos requiere que, en nuestra condición de interventores, nos pronunciemos con respecto a la solicitud de modificación del contrato de obra, en particular, conforme lo expone el contratista a su contenido negocial, en específico, a su FORMA DE PAGO, lo que procedemos a hacer, en los siguientes términos:

I. LA SOLICITUD QUE FORMULA EL CONTRATISTA. EL OBJETO DE ANÁLISIS.

Conforme a la comunicación No. USPEC – 304 – E373 – 2022 de fecha noviembre 1º de 2.022, dirigida por parte del CONSORCIO FUNDACIÓN 2020 a la USPEC con copia a esta interventoría, solicitó la: 1) Ampliación del monto del anticipo del contrato, incluido el valor del contrato adicional y hasta el cincuenta por ciento (50%) del mismo, máximo permitido por la ley y, 2) Precisar la forma de pago de los equipos que habremos de suministrar e instalar en el proyecto, acordando para tal efecto, el reconocimiento y pago de los mismos, por hitos.

Fundamenta su petición en que: resulta de capital importancia para garantizar la viabilidad de la ejecución integral de la obra, acoger las alternativas ya referidas, las cuales urge implementar para garantizar la mitigación del impacto provocado por el acaecimiento de cuatro (4) hechos sobrevinientes al contrato y ajenos íntegramente a la responsabilidad de las partes.

Según lo aduce el contratista, tales hechos sobrevinientes, no imputables a las partes, corresponden a:



- a) Demoras en el suministro de acero, con la consecuente afectación de la ruta crítica del proyecto, en ochenta y cinco (85) días;
- b) Severa afectación del orden público, en la zona de influencia de las obras;
- c) Modificación de los términos de negociación y pago a proveedores responsables del suministro de los equipos a instalar en el proyecto y,
- d) Variación extraordinaria de las tasas de interés en el mercado financiero, derivados de la inflación desbordada y no prevista.

En su decir, tales sobrevinientes eventos: “castigaron de manera grave el flujo de caja operativo del proyecto, poniendo en grave riesgo la conclusión material”

Advierten que: “las dos (2) alternativas de mitigación propuestas, i) no implica la consecución de recursos adicionales o la asunción de un esfuerzo presupuestal no previsto y ii) evitaría el pago multimillonario de recursos, por concepto del reajuste pactado en el contrato.”

Tal inicial argumentación, la sustenta en el **informe financiero y contable** elaborado por un experto, el cual expuso las afectaciones derivadas de tales sobrevinientes eventos, en especial, su impacto al **flujo de caja** y su **liquidez**, en tanto alteró el modelo económico dispuesto en la fase precontractual.

Anuncian, en forma anticipada que, de convenirse en la modificación propuesta: “reafirmamos nuestra absoluta voluntad y compromiso para primero, terminar el proyecto contratado y segundo, renunciar en forma anticipada, inequívoca y voluntaria, a cualquier reclamación por el desequilibrio económico del contrato derivado exclusiva y directamente, de los cuatro (4) hechos sobrevinientes que hasta la fecha denunciamos y sustentamos detalladamente en el estudio adjunto.”

II. LOS PARÁMETROS DE ORDEN LEGAL QUE SE DEBEN APLICAR A LOS EFECTOS DE DEFINIR LA PROCEDENCIA DE LA MODIFICACIÓN SOLICITADA

Ha de advertirse, en forma insistente que, esta manifestación que expone esta interventoría por esta vía se hace a solicitud de la entidad contratante y, simplemente refiere a un mero pronunciamiento que, así ha sido solicitado por ella, nada de lo cual, compromete la responsabilidad de la interventoría, en la medida en que: son las partes y, sólo ellas —en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, dentro del marco de la legalidad y el sistema normativo que regenta el contrato estatal celebrado—, las que están llamadas a, disponiendo de sus intereses, celebrar la correspondiente modificación de las condiciones negociales, inicialmente pactadas, debiendo entender que ello sólo lo podrán hacer, conforme a las pautas, directrices, lineamientos y parámetros dispuestos en la ley, más aún, el sentido interpretativo que, al efecto ha dispuesto la jurisprudencia nacional en la materia, lo cual determina el estado del arte de la cuestión, en punto a establecer:

- (i) Si es posible modificar las condiciones negociales.
- (ii) Si es posible aplicar las medidas propuestas por el contratista, en tanto, resultan ser necesarias y razonables para conjurar la situación de crisis del contrato.



- (iii) Y cuáles habrían de ser las pautas que, al efecto habrían de seguirse para convenir, en forma eventual, el pacto para implementar tales semejantes decisiones.

Impone lo anterior auscultar y describir cuáles son los lineamientos que, al efecto ha impartido la jurisprudencia de nuestras altas cortes en la materia, en forma puntual, el Consejo de Estado, a los efectos de que, en el contraste de los análisis fácticos y económicos, expuestos por el contratista en su solicitud, resulta permisible —haciendo un riguroso juicio de legalidad—, modificar las condiciones negociales, más aún, aplicar las medidas descritas por el contratista para resolver la situación que ha planteado.

En tal sentido deberá tenerse en cuenta que, conforme a las premisas judiciales:

- (a) *Prima facie*, no es posible modificar las condiciones negociales, porque ello violenta los principios de: legalidad, seguridad jurídica, planeación, libre concurrencia, transparencia, selección objetiva e igualdad, de modo que, el principio imperante, en el estado actual interpretativo del instituto del negocio jurídico estatal, lo es su inmutabilidad.
- (b) Consecuentemente con lo anterior, no será posible modificar las condiciones esenciales y sustanciales del negocio jurídico celebrado y sus bases negociales que hayan operado como criterio de adjudicación o que hayan definido los elementos sustanciales del negocio celebrado¹.

Así, en cada caso en concreto y, conforme al contexto del objeto del contrato y los criterios de ponderación de las ofertas deberá definirse qué es lo esencial y sustancial, debiendo entender que: será sustancial la modificación cuando resulte afectada la posibilidad de haber presentado una mejor oferta por parte de los demás oferentes, a tal punto que, los demás agentes del mercado hubiesen podido presentar una mejor oferta o se hubiera ampliado el número de participantes dentro del proceso de selección.

- (c) Con todo, sólo en forma EXCEPCIONAL será posible pactar la modificación, atendiendo y observando rigurosos y precisos límites de índole formal y sustancial, dispuestos por la jurisprudencia².
- (d) Conforme a tales pautas, sólo es posible modificar las condiciones negociales, de cara a eventos ocurridos en forma sobreviniente a la celebración del contrato, imprevistos e imprevisibles, imposibles de prever, como circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, no posibles de advertir en la fase precontractual y por causas no imputables a las partes, además de no agravadas con sus acciones u omisiones. En tales eventos

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. No. 27.926. Expediente No. 3.571 de fecha 16 de septiembre de 2.011. Exp. No. 16.305 de fecha 29 de agosto de 2.007. Expediente No. 21.571 de fecha 30 de abril de 2.012.

Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de fecha 14 de diciembre de 1.998. Exp. No. 1.157. Concepto No. 1.966 de fecha 25 de febrero de 2.011.

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 13 de agosto de 2.009. Expediente No. 1.952.



podrán modificarse las condiciones negociales, porque ello hubiere podido afectar a cualquier agente del mercado que haya tenido que encarar las mismas circunstancias³.

- (e) Que tales causas muestren la imposibilidad de ejecutar el objeto del contrato en las condiciones previstas y pactadas, en tanto afectan, en forma grave el interés y el servicio público, comoquiera que determinan la parálisis de la actividad pactada.
- (f) Las modificaciones no deben ser tan relevantes como para que se entiendan novadas las prestaciones pactadas, en forma tan sustancial, como que se determine la necesidad de celebrar un contrato distinto⁴.
- (g) Deberá demostrarse que la modificación y las medidas a implementar resultan ser razonables, necesarias y proporcionales, en consonancia con el interés público que pretende satisfacer el objeto pactado⁵.
- (h) El pacto modificatorio deberá constar por escrito, en tanto es solemne⁶, a la vez que deberá celebrarse dentro del plazo pactado⁷, siendo procedente si aún se requiere la modificación.

Esos son pues, los límites que demarcan el cerco jurídico que, en virtud del principio y marco de legalidad determinan la posibilidad de modificar, en forma excepcional, las condiciones negociales.

De ese modo, deberá analizarse si, conforme a los hechos que aduce el contratista y sus consecuencias están dadas las condiciones para modificar el contenido negocial, en lo que hace a la forma de pago, como así lo implora.

III. EL ANÁLISIS DE LA SOLICITUD FORMULADA POR PARTE DEL CONSORCIO FUNDACIÓN 2020

Como, a manera de preámbulo se describió, el contratista centró el enfoque de su petición en que, dada la ocurrencia de una serie de hechos sobrevinientes se ha afectado, en forma grave el desarrollo del contrato, lo cual ha conducido a la afectación del fulgo de caja y su iliquidez, lo que ha implicado, según su dicho, un mayor esfuerzo de financiación, más allá de lo que le correspondía y había asumido, conforme a las bases negociales y a la oferta aceptada.

Conforme a ello, corresponde en este aparte analizar:

³ Corte Constitucional, Sentencia C – 499 de fecha 5 de agosto de 2.015. Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. No. 10.779 de fecha 29 de enero de 2.004.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. No. 1.008 de fecha 16 de septiembre de 2.013. Exp. No. 23.966 de fecha 28 de junio de 2.012.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C – 499 de fecha 5 de agosto de 2.015. Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. No. 10.779 de fecha 29 de enero de 2.004.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. No. 16.211 19 de noviembre de 2.012. Expediente No. 24.897 Expediente No. 15.596 de fecha 18 de febrero de 2.010.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de fecha 30 de junio de 2.014, expediente No. 21.184, expediente No. 17.031 de fecha 20 de noviembre de 2.008.



- (a) Si tales hechos, expuestos por el contratista, ciertamente constituyen eventos acaecidos en forma sobreviniente fueron imprevistos, imprevisibles, no posibles de prever ni controlar por el contratista, además de que no le son imputables al contratista ni a la contratante.
- (b) Si ello causó el efecto expuesto sobre la caja y su liquidez, lo cual implicó un mayor esfuerzo financiero que desbordó su compromiso negocial.
- (c) Y si las medidas que solicita se implementen, conjuran y resuelven la problemática financiera expuesta, de modo que, aun cuando constituyen condiciones sustancialmente diferentes, como las relativas a requisitos de solvencia o los criterios de selección, no configuran un favorecimiento indebido e injustificado en favor del contratista.

3.1. LAS CAUSAS QUE ADUCE EL CONTRATISTA COMO EVENTOS QUE AFECTARON, EN FORMA DRAMÁTICA LAS INICIALES CONDICIONES PACTADAS

Indica el CONSORCIO FUNDACIONES 2020 que son causas que afectaron en forma grave el cumplimiento de las prestaciones pactadas, las siguientes:

- a) Demoras en el suministro de acero, con la consecuente afectación de la ruta crítica del proyecto, en ochenta y cinco (85) días;
- b) Severa afectación del orden público, en la zona de influencia de las obras;
- c) Modificación de los términos de negociación y pago a proveedores responsables del suministro de los equipos a instalar en el proyecto y,
- d) Variación extraordinaria de las tasas de interés en el mercado financiero, derivados de la inflación desbordada y no prevista.

Aun cuando, en forma imprecisa y errática, el contratista agrega un evento adicional, como lo fue, la supuesta “demora en el pago de las facturas iniciales”, soporta su petición en un análisis que hace contener en el informe económico y contable elaborado por el experto JULIO HURTADO GAMBA que, en el punto No. 7 de su escrito⁸, describe en qué se hace consistir cada uno de tales eventos, en los siguientes términos:

EVEN TO DE LA AFECTACIÓN	EXPLICACIÓN CONSORCIO FUNDACIONES 2020
DEMORAS EN LA ENTREGA DE MATERIALES: CASO ACERO	Existió un retraso en el avance de obra que se da, por falta de llegada del acero a la obra y, eso retrasa la facturación con el consiguiente impacto en el flujo de Ingresos por facturación. Es claro que lo previsible, es recibir los materiales con la periodicidad y regularidad esperada, en el caso del acero más o menos 15 días entre la orden de compra y la llegada a obra. Cuando un proyecto no recibe los materiales a tiempo, hay retrasos en la ejecución y pérdida de productividad.

⁸ Página No. 17 a 39 del documento denominado IMPACTO DE LOS HECHOS IMPREVISIBLES EN EL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE LA REFERENCIA EN LA FINANCIACIÓN DEL PROYECTO Y SUS POSIBLES SOLUCIONES de fecha 26 de octubre de 2.022.



	La situación se agrava, si la situación como efectivamente pasó no ocurre una o dos veces, sino muchas veces. En este proyecto específico, en las actividades de micropilotes, la cimentación y estructura en concreto de edificaciones, entre otras y para el periodo entre finales de noviembre del 2020 y mayo del 2021, existieron retrasos significativos, por los problemas de logística y suministro globales de acero conocidos ampliamente por la opinión pública y divulgados por medios de comunicación nacional e internacional. Las cimentaciones y las estructuras del edificio, son claramente, las primeras actividades de construcción de los edificios del proyecto, es por ello, que existieron retrasos excepcionales. La siguiente ilustración 9, muestra la situación del retraso de entregas de acero en el periodo referido y sus efectos sobre la obra. Esta causa, es de manera clara, imprevisible pues, claramente es una situación de desabastecimiento global, que en el caso de Colombia no había pasado nunca en los pasados 10 años. Es claro que lo previsible es lograr un avance de obra y su respectiva facturación con base en una entrega a tiempo de los materiales. En el caso de no obtener los materiales, no se avanza y por lo tanto no se tiene ni el avance de obra, ni la facturación por periodo de tiempo para seguir haciendo la obra, esta situación tiene el efecto de retrasar el ingreso por facturación, retrasando el consumo de materiales, pero manteniendo los factores de producción que son dependientes del tiempo, a saber: costos de personal y subcontratistas de mano de obra, costos de equipos y costos de herramientas. Usando el programa de obra se determinaron los siguientes retrasos importantes: La situación fundamental es que podemos considerar que, producto de esta situación, se mueve todo el cronograma de avance, porque se afectó la ruta crítica y actividades adicionales. Efecto sobre el flujo: Se compara el flujo de ingresos y egresos que se hubiera tenido sin el retraso en el proyecto, derivados exclusivamente de la entrega retrasada del acero versus el flujo de la situación que realmente ocurrió a nivel de avance de obra. El flujo se afecta, no solo por los ingresos, sino también por los egresos, que incluyen costos fijos en el tiempo como la mayoría de la administración y los costos de la financiación de los desbalances del flujo neto de ingresos, menos egresos para cada escenario. El flujo es esencialmente diferente por la diferencia del avance de la situación ideal, sin afectaciones por el retraso del acero versus la situación que efectivamente ocurrió y que incluye el avance que se ha generado realmente después de que dicho motivo (el retraso en la entrega del acero) y lo que se puede prever para concluir la obra. El efecto se ve en los resultados de este apartado. Metodología: Determinar el flujo neto operativo (ingreso menos egreso operativo), el cual requiere una financiación entre el tiempo de los egresos y los tiempos del ingreso con base en las consideraciones indicadas en los aspectos financieros (punto A) Este desbalance del flujo operativo se debe financiar adecuadamente para lograr terminar el proyecto. Por la diferencia e importancia de los capítulos de obra civil y equipos, cada uno de esos dos elementos se analiza separadamente en cuanto avance, pero se integran para tener en cuenta, los ingresos de facturación, las deducciones de dicho ingreso, y los regresos de costos directos y administrativos, que nuevamente se analizan por cada origen y con base en ello se determina por periodo las necesidades de financiación vía crédito, y/o aporte de socios. Con esto se generan dos P&G y dos flujos de caja, uno para la situación si no hubiera ocurrido la entrega retrasada del acero y, otro para lo que ocurrió realmente, eso se hace con base en las ecuaciones indicadas en el punto A de las consideraciones financieras del proyecto indicadas previamente. La base del flujo son los avances de obra para cada situación y, lógicamente el avance tanto en facturación asociado a dicho avance de obra, como el avance de compras de proyecto asociado a los egresos del proyecto.
--	--



	En periodos donde haya excesos de liquidez, se ahorran con inversiones temporales o con rendimientos para ser usados en futuros periodos deficitarios. Sólo al final de la obra se pagan todas las deudas remantes y se determina un nivel de exceso de caja que pueda reponer el aporte de los contratistas y entregar una eventual ganancia. Esa metodología se emplea para los dos escenarios de estudio, el que hubiera pasado sin el retraso por el no suministro a tiempo del acero y el que ocurrió realmente. Como se puede ver claramente, el avance sin retraso del acero es mayor en cada periodo desde diciembre del 2020 y, eso implica que, el proyecto se hubiera podido terminar integralmente unos 3 meses antes, frente a la previsión normal actual de terminación con el avance real más la proyección de avances después del periodo de agosto del 2.022, indica que se va a terminar la obra (fase 2) en febrero del 2.024. En todo caso como este retraso de entregas de materiales afectó la ruta crítica del proyecto en 85 días, eso conlleva que la terminación sin problemas, hubiera sido 3 meses antes, en noviembre del 2.023, si no se hubiera dado el problema del acero. La situación financiera que refleja esto, tiene las siguientes características indicadas en la Tabla 13 siguiente. Como se puede ver, la situación sin problema, hubiera conducido a unas pérdidas o ingreso neto negativo de -\$1.593 millones que son explicadas porque el contrato es mayor al originalmente pactado por efecto de las adiciones 5 y 6 y, que son mucho menores que los -\$4.934 millones perdidos o con ingreso neto negativo que se derivan del problema del acero. Esta pérdida o ingreso neto negativo, se da como efecto de que lo que se devuelve del aporte del contratista, es menor a lo que se recibe al final del contrato. Para que existiera utilidad o ingreso neto positivo, se necesitaría que, al final del proyecto, el ingreso para el contratista, fuera superior a su aporte. No se debe olvidar que este análisis no cuestiona ni los costos directos a nivel unitario o total, que los toma como el costo final dejando como única fuente de utilidad la indicada en el AIU. Esto se deriva en un mayor saldo de deuda que, en el caso de la realidad y programación actual de cierre, alcanza un valor \$96,847 millones versus los \$94.900 millones sin el problema del acero. Esto hace que el costo financiero que debe asumir en el caso de la realidad y programación actual de cierre, alcanza un valor \$4.950 millones versus los \$4.758 millones sin el problema del acero. Es importante anotar que estos resultados se evalúan con tasa de interés de préstamos del 0,43% MV, y no la real que se estudiará en el apartado de cambios del costo de la deuda (punto 5, de acuerdo con lo señalado en la ilustración 2 de las condiciones financieras generales). Finalmente, el Flujo Operativo Neto en Valor presente en el caso de la realidad y programación de cierre alcanza un valor negativo de -\$10.781 millones versus los -\$7.779 millones negativos sin el problema del acero. En todos los casos el aporte del contratista, al ser el contrato de la misma magnitud, (\$262.906 millones sin ajuste de inflación, ni de bioseguridad) es de \$8.236 Millones.
DEMORAS POR ALTERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO (FEBRERO - MARZO 2.022)	La situación de seguridad por efecto de las acciones de grupos ilegales como el Clan del Golfo y Otros que actúan en la región de Fundación, se ha deteriorado sustancialmente desde el estallido social del año 2.021 En particular, este año 2.022, la obra ha sido objeto de acciones que conducen a demandas extorsivas de grupos terroristas que han afectado la cantidad de trabajadores en obra y con ello el avance real de la misma. En la ilustración 11, se observa la caída en el personal de obra que se produjo, como efecto de las acciones terroristas y extorsivas en la región. En el anexo 3, se tienen los documentos que soportan ese conteo de personal. Como se observa, el personal de obra llega a niveles de cero en la semana de febrero del 2022, posteriormente a la incursión armada y, que desafortunadamente no se ha recuperado a los niveles previos del año 2.021, ni siquiera en el periodo de 3 meses después a los hechos. No incluye periodo de fin de año por ser atípico el periodo después del 16 de diciembre/21 hasta 16 de enero/22** No incluye la semana después del suceso en la cual no se laboró x 7 días seguidos y hasta la semana después del problema de



	interventoría*** Incluye las semanas posteriores a las situaciones y hasta el inicio este semestre. Incursión armada 10-feb-22Panfleto 23-feb-22Acto terrorista a interventoría 23-mar-22El nuevo semestre empieza01-jun-22317 Personas198 Personas170 Personas243 Personas Como se puede ver, la afectación es sustancial y, se mantienen en el tiempo tanto después del periodo febrero a marzo del 2.022 denominado días de la situación, como en el trimestre abril 1 a mayo 31 del 2.022, que, aunque mejora, no es óptimo, e incluso, se agudiza de nuevo en el periodo posterior al 1 de junio del 2022. Efecto sobre el flujo: Se compara el flujo de ingresos y egresos que se hubiera tenido sin el retraso en el proyecto, derivados exclusivamente de la falta de personal, versus el flujo de la situación que realmente ocurrió a nivel de avance de obra. El flujo se afecta, no solo por los ingresos, sino también por los egresos, que incluyen costos fijos en el tiempo, como la mayoría de la administración y, los costos de la financiación de los desbalances del flujo neto de ingresos menos egresos para cada escenario. El flujo es esencialmente diferente por la diferencia del avance de la situación ideal, sin afectaciones por la falta de personal versus la situación que efectivamente ocurrió y, que incluye el avance que se ha generado realmente después de que dicho motivo (falta de personal por alteración de orden público) y lo que se puede prever para concluir la obra. El efecto se ve en los resultados de este apartado. Metodología: Determinar el flujo neto operativo (ingreso menos egreso operativo), el cual requiere una financiación entre el tiempo de los egresos y los tiempos del ingreso con base en las consideraciones indicadas en los aspectos financieros (punto A). Este desbalance del flujo operativo se debe financiar adecuadamente para lograr terminar el proyecto. Por la diferencia e importancia de los capítulos de obra civil y equipos, cada uno de esos dos elementos se analiza separadamente en cuanto avance, pero se integran para tener en cuenta los ingresos de facturación, las deducciones de dicho ingreso y, los egresos de costos directos y administrativos, que nuevamente se analizan por cada origen y, con base en ello, se determina por periodo las necesidades de financiación vía crédito, y/o aporte de socios. Con esto se generan dos P&G y dos flujos de caja, uno para la situación si no hubiera ocurrido la situación de orden público, que disminuyó el personal en obra y, otro para lo que ocurrió realmente, eso se hace con base en las ecuaciones indicadas en el punto A de las consideraciones financieras del proyecto indicadas previamente. Las bases del flujo son, los avances de obra para cada situación y, lógicamente, el avance tanto en facturación asociado a dicho avance de obra, como el avance de compras de proyecto asociado a los egresos del proyecto. En periodos donde haya excesos de liquidez se ahorran con inversiones temporales con rendimientos para ser usados en futuros periodos deficitarios. Sólo al final de la obra se pagan todas las deudas remantes y se determina un nivel de exceso de caja que pueda reponer el aporte de los contratistas y entregar una eventual ganancia. Esa metodología se emplea para los dos escenarios de estudio, el que hubiera pasado sin el retraso por la situación y el que ocurrió realmente. Resultados En el anexo 1 se entrega la hoja de cálculo que para este ítem del análisis. La siguiente ilustración 12 muestra el avance comparativo entre la situación en que NO se hubiera presentado el retraso por falta de personal por problemas de inseguridad versus el avance conseguido, hasta ahora, y previsible para terminar el contrato, con esa realidad incluida. Como se puede ver claramente, el avance sin retraso por la situación de personal derivada de lo ocurrido en materia de orden público, es mayor en cada periodo, desde febrero del 2022 y, eso implica, que el proyecto se hubiera podido terminar integralmente unos 4 meses antes, frente a la previsión normal actual de terminación con el avance real más la proyección de avances después del periodo de agosto del 2.022, indica que se va a terminar el proyecto en febrero del 2.024.
--	--



	El retraso derivado de la situación de personal en un periodo que se ha estimado de febrero del 2022 y hasta diciembre del 2022, muestra como el avance entre lo real y programado actual y lo que hubiera sido sin esa situación, se amplía en ese periodo y solo se hace similar después al mismo. (enero del 2.023 en adelante) La situación financiera que refleja esto tiene las siguientes características, indicadas en la Tabla No 9 Como se puede ver la situación sin problema hubiera conducido a unas pérdidas o ingreso neto negativo de \$1.360 millones que son explicadas porque el contrato es mayor al originalmente pactado por efecto de las adiciones 5 y 6 y que son mucho menores que los \$6.253 millones perdidos o de ingreso neto negativo, que se derivan de la no presencia de suficiente personal y el consiguiente retraso. Esta pérdida o ingreso neto negativo se da como efecto de que lo que se devuelve del aporte del contratista, es menor a lo que se recibe al final del contrato. Para que existiera utilidad o ingreso neto positivo se necesitaría que al final del proyecto el ingreso para el contratista fuera superior a su aporte. No se debe olvidar que este análisis no cuestiona ni los costos directos as nivel unitario o total, que los toma como el costo final dejando como única fuente de utilidad la indicada en el AIU. Esto se deriva en un mayor saldo de deuda, que en el caso de la realidad y programación actual de cierre alcanza un valor \$98,699 millones versus los \$93.288 Millones sin el problema de pérdidas de avance por carencia de personal asociados a la situación de inseguridad. Esto hace que, el costo financiero que debe asumir en el caso de la realidad y programación actual de cierre, alcanza un valor \$5.104 millones versus los \$4.525 millones, sin el problema de pérdidas de avance por carencia de personal asociados a la situación de seguridad. Es importante anotar que estos resultados se evalúan con tasa de interés de préstamos del 0,43% MV, y no la real que, se estudiara en el apartado de cambios del costo de la deuda (punto 5, de acuerdo con lo señalado en la ilustración 2 de las condiciones financieras generales). Finalmente, el Flujo Operativo Neto en Valor presente en el caso de la realidad y programación de cierre, alcanza un valor negativo de -\$12.024 millones versus los -\$7.097 millones negativos, sin el problema de seguridad. En todos los casos el aporte del contratista al ser el contrato de la misma magnitud (\$262.906 millones sin ajuste de inflación, ni de bioseguridad) es de \$8.236 millones.
EFFECTOS DE LOS CAMBIOS EN LAS CONDICIONES COMERCIALES DE PAGO Y TIEMPOS DE ENTREGA DE LOS EQUIPOS	La situación global de suministros de insumos y equipos, cambió radicalmente después de la pandemia del Covid 19, que se tradujo en un cierre de las fuentes de abastecimiento de material primas y productos terminados, que como los equipos de la obra ERON SAN ANGEL, tienen una alta proporción de importación y que han sido, hasta ahora, afectados por dos elementos los plazos de entrega y los términos de pago de estos. Como se ve en la ilustración 13, cuando se planeó la obra, año 2.019, los plazos de entrega de equipos eran menores y cercanos a su momento de utilización y posterior instalación y cobro. En ese mismo sentido, las condiciones de pago ofrecidos, en ese momento de planeación, eran de menor impacto en la caja de la obra, como se deduce de la misma ilustración 13. Con la llegada del COVID 19, no sólo se alargaron los plazos de entrega de los equipos, sino que esencialmente, se cambian condiciones de pago que afectan materialmente el flujo de caja del contratista, al generar periodos de pago de los equipos mucho antes de la entrega en obra de estos y, del pago asociado a dichos equipos como se ve en la ilustración 14. Efecto sobre el flujo: Se compara el flujo de ingresos y egresos que habría de tener la obra por efecto del esquema de entrega y pago de los equipos planeado en el año 2019 (ilustración 13) versus el flujo de la situación que ocurriría con el nuevo esquema de pago y entrega vigente a hoy (ilustración 14), se tiene el efecto sobre el flujo. El flujo se afecta no solo por los ingresos, sino también por los egresos, que incluyen costos fijos en el tiempo como la mayoría de la administración y los costos de la financiación de los desbalances del flujo neto de ingresos menos egresos para cada escenario.



	El flujo es esencialmente diferente tanto por la diferencia del avance de la situación ideal, de aprovisionamiento de acero, sin problemas de seguridad y sin cambio en las condiciones y pagos de los equipos y lo que se puede prever que ocurrirá realmente para concluir la obra, dada la efectiva presencia de los tres fenómenos. El efecto se ve en los resultados de este apartado. Metodología: Determinar el Flujo Neto Operativo (ingreso menos egreso operativo), el cual requiere una financiación entre el tiempo de los egresos y los tiempos del ingreso, con base en las consideraciones indicadas en los aspectos financieros (punto A) Este desbalance del flujo operativo se debe financiar adecuadamente para lograr terminar el proyecto Por la diferencia e importancia de los capítulos de obra civil y equipos, cada uno de esos dos elementos se analiza separadamente en cuanto avance, pero se integran para tener en cuenta los ingresos de facturación, las deducciones de dicho ingreso y, los egresos de costos directos y administrativos, que nuevamente se analizan por cada origen y con base en ello se determina por periodo las necesidades de financiación vía crédito, y/o aporte de socios. Con esto se generan dos P&G y dos flujos de caja, uno para la situación, si no hubiera ocurrido la situación de cambio en las condiciones de suministro y pago de los equipos, que afecta el flujo de pago de estos y, otro para lo que ocurrió realmente, eso se hace con base en las ecuaciones indicadas en el punto A de las consideraciones financieras del proyecto indicadas previamente. La base del flujo es los avances de obra para cada situación y, lógicamente el avance tanto en facturación asociado a dicho avance de obra, como el avance de compras de proyecto asociado a los egresos del proyecto. En periodos donde haya excesos de liquidez se ahorran con inversiones temporales con rendimientos para ser usados en futuros periodos deficitarios. Sólo al final de la obra se pagan todas las deudas remantes y se determina un nivel de exceso de caja que pueda reponer el aporte de los contratistas y entregar una eventual ganancia. Esa metodología se emplea para los dos escenarios de estudio, el que hubiera pasado sin cambio de las condiciones de pago y suministro planeadas en el año 2.019 (ilustración 13) y lo que ocurrirá teniendo en cuenta las condiciones vigentes de pago y suministro de equipos a hoy (octubre del 2.022, ilustración 14) Resultados En el anexo 1 se entrega la hoja de cálculo que para este ítem del análisis. La siguiente ilustración 15, muestra el avance comparativo entre la situación en que NO se hubiera presentado el cambio de condiciones de adquisición y pago de los equipos vs el avance que se conseguiría ahora que esa situación de cambio de las condiciones de los proyectos es una realidad. Esta ilustración 15 se basa sólo en el evento exclusivo de cambio de condiciones de suministro y pago de los equipos, como ha sido la metodología empleada hasta ahora en el análisis que independiza cada análisis por aparte. En este caso, se ve, como existe un retraso derivado de la situación de cambio de la entrega de los equipos que, cambia materialmente la entrega de la obra, pues la realidad es que ahora la obra se podría entregar con los nuevos plazos sólo hacia junio del 2.024, y eso contrasta con el efecto de no hacer cambios en el esquema de suministros, aunque sin tener en cuenta la realidad de la obra actual que indicaba que la obra se terminaría por efecto de los retrasos actuales diferentes a los problemas de los equipos, que todavía no han afectado la realidad de la obra sustancialmente. En este caso se compara qué hubiera pasado en el flujo, si no ocurre lo del acero o lo de orden público o no cambian las condiciones de suministro de equipos versus la condición que se puede esperar de la realidad de los anteriores fenómenos más el impacto futuro de los cambios actuales, en las condiciones de los equipos que afectaran la programación de suministro e instalación de los mismos. 34 En este caso, como se unen todos los factores, se hace una comparación global de si todo hubiera sido perfecto, con todos los efectos de las situaciones imprevisibles. Lo único es que todos esos efectos se evalúan como en el caso de los análisis individuales del acero, la inseguridad o los equipos con la tasa de deuda que era esperable, para individualizar los efectos que tiene cada elemento.
--	---



	Eso se indica en la ilustración 16, donde unimos los 3 efectos en conjunto: Sin afectaciones vs Afectado por cambios y situaciones de Acero, inseguridad y condiciones de suministro y pago de equipos. La situación financiera que refleja esto, tiene las siguientes características, indicadas en la Tabla No 10 de las dos condiciones. Como se puede ver, la situación sin problema de suministro exclusivamente hubiera conducido a unas pérdidas o ingreso neto negativo de -\$1.487 millones que son similares a las analizadas en los casos anteriores y que son mucho menores que los -\$6.951 millones perdidos o de ingreso neto negativo, que se derivan del eventual retraso de la realidad del cambio de condiciones de suministro y pago de los equipos. En el caso de que tengamos los 3 efectos en conjunto, la pérdida o ingreso neto negativo iría desde los -\$ 4.556 millones esperables sin el efecto de los 3 fenómenos (acero, seguridad y suministro y compra de equipos) con la tasa inicial de deuda a una cantidad de pérdida o de ingreso neto negativo sería de -\$16.961 millones de pérdida esperable por el efecto conjunto con la misma tasa de costo de la deuda original. Esta pérdida o ingreso neto negativo se da como efecto de lo que se devuelve del aporte del contratista, es menor a lo que se recibe al final del contrato. Para que existiera utilidad o ingreso neto positivo se necesitaría que al final del proyecto el ingreso para el contratista fuera superior a su aporte. No se debe olvidar que este análisis no cuestiona ni los costos directos a nivel unitario o total, que los toma como el costo final dejando como única fuente de utilidad la indicada en el AIU. En el apartado de la deuda, si consideramos exclusivamente el efecto de los cambios en el suministro de los equipos y sus condiciones de pago, la financiación hubiera alcanzado un máximo de \$106.891 millones con las nuevas condiciones, versus \$93.687 millones con las condiciones actuales. Esto implica que las nuevas condiciones tienen un costo financiero neto de intereses por los cambios en el suministro de equipos exclusivamente de \$6.233 millones versus \$4.652 millones si no existieran dichas condiciones. Para el caso de la financiación se hubiera alcanzado un máximo de \$115.940 millones con los tres efectos en conjunto, pero el costo de deuda planeado versus \$107.049 millones sin dichas afectaciones y el mismo costo de deuda. Esto implica que las nuevas condiciones tienen un costo financiero neto de intereses por los 3 efectos en conjunto con el costo de deuda planeado de \$7.181 millones versus \$7.721 millones si no existieran dichas 3 situaciones, aunque el costo de la deuda fuera el original. Es importante anotar que estos resultados se evalúan con tasa de interés de préstamos del 0,43% MV, y no la real, que se estudiara en el apartado de cambios del costo de la deuda (punto 5, de acuerdo con lo señalado en la ilustración 2 de las condiciones financieras generales). En el apartado de Valor Presente de los Flujos Netos Operativos tenemos la siguiente condición cuando se trata del efecto exclusivamente del suministro y pago de equipos el flujo hubiera sido, sin ese problema de -\$7.678 millones negativo versus los -\$14.074 millones negativos que se da como efecto del problema de suministro y pago de equipos exclusivamente. Cuando se tienen los 3 efectos en conjunto, se tienen una situación en la que el flujo de caja es negativo en -\$11.713 millones sin tener los efectos de las tres condiciones (retraso del acero, problemas de seguridad, y problemas de suministro y pago de los equipos), versus los -\$22.846 millones negativos cuando coexisten las tres situaciones estudiadas en simultaneo. Todo bajo el costo planeado de la deuda. En todos los casos el aporte del contratista al ser el contrato de la misma magnitud (\$262.906 millones sin ajuste de inflación, ni de bioseguridad) es de \$8.236 millones.
EFFECTOS DE LA CAMBIOS DE LA TASA DE INTERES	Todos los análisis previos se hicieron sobre la base de solo cambiar el elemento de avance de la obra para la condición específica (acero, o inseguridad o suministro y pago de los equipos) o del conjunto de las situaciones (porque todas ocurrieron no simultáneamente, pero consecutivamente y afectan el proyecto). Sin embargo, otro elemento para tener en cuenta es el señalado en cada uno de los análisis anteriores y es que todo se evalúo sobre la base de una tasa de interés del 0,33% MV, aunque y como se indicó en la ilustración 2 de las condiciones generales financieras, que mostraba que la tasa de interés se incrementó sustancialmente en el



	periodo de abril del 2.021, cuando efectivamente era 0,43% MV, a la tasa actual que supera el valor del 1.10% MV para el mes de octubre del 2.023. Las cifras vienen de los reportes de contabilidad del contratista con base en los créditos obtenidos para la ejecución de dichas obras. En consecuencia y sólo sobre el efecto conjunto de las tres situaciones: acero, inseguridad y suministro y pago de equipos, se hace una evaluación del aumento del costo de la deuda señalado anteriormente. Efecto sobre el flujo: Se compara el flujo de ingresos y egresos que se hubiera tenido sin el retraso en el proyecto derivados de los 3 efectos en conjunto y con el costo original de la deuda versus el flujo de la situación que es esperable a la luz de los tres efectos (acero, inseguridad y suministro y pago de equipos) y con cambio en el costo de la deuda para adecuarla a la realidad de dicho costo, hasta octubre del 2022 y, una proyección para los futuros periodos mensuales, con base en el costo actual del futuro de dicha deuda. El flujo se afecta no solo por los ingresos sino también por los egresos, que incluyen costos fijos en el tiempo, como la mayoría de la administración y los costos de la financiación de los desbalances del flujo neto de ingresos menos egresos para cada escenario. El flujo es esencialmente diferente tanto por la diferencia del avance de la situación ideal, de aprovisionamiento de acero, sin problemas de seguridad y sin cambio en las condiciones de suministro y pagos de equipos, con base en un costo de deuda de 0,43% MV. y lo que se puede prever que ocurrirá realmente para concluir la obra, dada la efectiva presencia de los tres fenómenos en adición a los cambios en el costo de la deuda. El efecto se ve en los resultados de este apartado. Metodología: Determinar el flujo neto operativo (ingreso menos egreso operativo), el cual requiere una financiación entre el tiempo de los egresos y los tiempos del ingreso con base en las consideraciones indicadas en los aspectos financieros (punto A) Este desbalance del flujo operativo se debe financiar adecuadamente para lograr terminar el proyecto. Por la diferencia e importancia de los capítulos de obra civil y equipos, cada uno de esos dos elementos se analiza separadamente en cuanto avance y condiciones de pago, pero se integran para tener en cuenta, los ingresos de facturación, las deducciones de dicho ingreso, y los egresos de costos directos y administrativos, que nuevamente se analizan por cada origen y, con base en ello, se determina por periodo, las necesidades de financiación vía crédito, y/o aporte de socios. Con esto se generan dos P&G y dos flujos de caja, uno para la situación si no hubiera ocurrido las situaciones de suministro de acero, problemas de seguridad y suministro y pago de equipos, con base en el costo de intereses original y otro para lo que ocurrirá realmente en cuanto a los retrasos ya establecidos por el problema de acero e inseguridad y lo que causará el asunto del suministro de equipos, pero en este segundo evaluado con el real costo de los intereses. Todo esto se hace con base en las ecuaciones indicadas en el punto A de las consideraciones financieras del proyecto indicadas previamente. La base del flujo es los avances de obra para cada situación, y lógicamente el avance tanto en facturación asociado a dicho avance de obra, como el avance de compras de proyecto asociado a los egresos del proyecto. En periodos donde haya excesos de liquidez se ahorran con inversiones temporales con rendimientos para ser usados en futuros periodos deficitarios. Sólo al final de la obra se pagan todas las deudas remantes y se determina un nivel de exceso de caja que pueda reponer el aporte de los contratistas y entregar una eventual ganancia. Esa metodología se emplea para los dos escenarios de estudio, el que hubiera pasado sin el retraso por la situación de acero y personal y sin cambios ni en el cambio en el suministro y pago de los equipos con el costo original de deuda y el que ocurrirá realmente cuando se tenga en cuenta los efectos pasados de la situación del acero y de personal, adicionados por el cambio efectivo a hoy en el suministro y pago de equipos y con el costo de los interés ya pagado realmente y el que se tenga que pagar con base en las tasas de interés hoy vigentes.
--	---



	Resultados En el anexo 1 se entrega la hoja de cálculo que para este ítem del análisis. En la ilustración 17, donde unimos los 3 efectos en conjunto: Sin afectaciones vs Afectado por cambios y situaciones de Acero, Inseguridad y Condiciones de Suministro y Pago de Equipos, pero con dos tasas de interés diferente que claramente no se ven reflejados en el avance, pero si se ven reflejados en el requerimiento de financiación, intereses netos pagados, utilidades percibidas y el flujo operativos neto en valor presente. Es por ello por lo que la ilustración 17 tiene el mismo perfil que la ilustración 16. La situación financiera que refleja esto, tiene las siguientes características, indicadas en la Tabla 17 de las dos condiciones de deuda diferenciales. En el caso de que tengamos los 3 efectos en conjunto, la pérdida o ingreso neto negativo iría desde los -\$4.556 millones esperables sin el efecto de los 3 fenómenos (acero, inseguridad y suministro y pago de equipos) con la tasa inicial de deuda, versus una cantidad. -\$28.603 millones de perdida esperable o ingreso neto negativo, por el efecto conjunto, pero esta vez con la tasa real de la deuda. Esta pérdida o ingreso neto negativo se da como efecto de que lo que se devuelve del aporte del contratista, es menor a lo que se recibe al final del contrato. Para que existiera utilidad o ingreso neto positivo se necesitaría que al final del proyecto el ingreso para el contratista fuera superior a su aporte. No se debe olvidar que este análisis no cuestiona ni los costos directos as nivel unitario o total, que los toma como el costo final dejando como única fuente de utilidad la indicada en el AIU. Si evaluamos el asunto de la deuda, para el conjunto de los 3 efectos los resultados con el nivel de costo de deuda real, la financiación hubiera alcanzado un máximo de \$123.070 millones con las condiciones reales de la deuda, versus \$107.049 millones con las condiciones planeadas originalmente para la deuda (0,43% MV). Esto implica que las nuevas condiciones tienen un costo financiero neto de intereses por los 3 efectos en conjunto y el nuevo costo de la deuda es de \$18.823 millones versus \$7.721 millones derivados del costo original de la deuda. Cuando se tienen los 3 efectos en conjunto para el valor presente de los flujos netos operativos, con la deuda a costo original, se tienen una situación en la que el flujo de caja es negativo en -\$11.713 millones sin tener los efectos de las tres condiciones (retraso del acero, problemas de inseguridad y problemas de suministro y pago de los equipos) versus los -\$22.846 millones negativos cuando coexisten las tres situaciones estudiadas en simultaneo con el nuevo costo financiero de la deuda. Esto se debe a que el flujo neto operativo es esencialmente el mismo para este caso de aumento en el costo de la deuda y para el caso del costo original de la deuda. En todos los casos el aporte del contratista al ser el contrato de la misma magnitud (\$262.906 millones sin ajuste de inflación, ni de bioseguridad) es de \$8.236 millones.
--	--

Verificada la información suministrada por parte del contratista, sus soportes documentales y los análisis expuestos explicando su impacto en el modelo económico y financiero previsto como ecuación contractual, en contraste con los lineamientos fijados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, traídos a colación, en forma antecedente como derroteros conceptuales, al parecer, el contratista demuestra que:

- (a) Los hechos son sobrevinientes, en tanto acaecieron con posterioridad a la presentación de la oferta y a la celebración del contrato.
- (b) Refieren a situaciones anormales, imprevistas, imprevisibles, no posibles de prever, en forma anterior, ni durante la fase precontractual por ninguna de las partes. Por ello mismo son sobrevinientes.
- (c) Son externas a su voluntad y a la voluntad de la entidad contratante, en tanto no participaron en su producción, como que tampoco agravaron su efecto.



(d) Corresponden a eventos propios de:

- Situaciones imprevistas (alea anormal y económica del contrato: fenómenos macroeconómicos, cambios de las condiciones de funcionamiento del mercado y tasas de interés).
- A fenómenos propios del caso fortuito (alea material: problemas de orden público)

(e) Según los efectos que se predicen de tales sucesos se ha impactado, en forma dramática la ecuación económica y financiera, en la medida en que han afectado, de modo grave, el flujo de caja y la liquidez del proyecto, forzando al contratista a hacer aportes más allá de lo que él se había obligado, como capital de trabajo, lo cual, bien puede evidenciar el rompimiento de un carga pública, no asumida ni pactada con anterioridad, además de una condición ilegal, por cuanto los contratistas del estado no asumen obligaciones de extensión ilimitada⁹, luego no es posible seguir exigiéndole un esfuerzo adicional a lo que previó para posibilitar la ejecución del objeto pactado.

(f) Tal situación, conforme lo advierte el informe económico, puede conducir a la imposibilidad de seguir adelante con la ejecución del objeto del contrato, porque el contratista no podrá seguir haciendo aportes en forma permanente hasta la conclusión del proyecto, no sólo por la magnitud de la deuda que ya arrastra, sino, además, porque los ingresos que a futuro obtendrá no compensará la pérdida que, al parecer ya es inevitable. Del mismo modo parece que, de seguirse profundizando esta circunstancia, ello podrá generar la parálisis de las actividades, objeto del contrato.

Tales circunstancias fueron profundizadas por el experto financiero, según las respuestas que dio al cuestionario incorporado en su informe, conforme al capítulo 9, relativo a: **RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS**¹⁰.

3.2. EN CUANTO A LAS MEDIDAS DE MITIGACIÓN

Ahora bien. En lo que hace a las MEDIDAS DE MITIGACIÓN, esto es, los mecanismos que prevé el contratista como capaces de conjurar la crítica situación financiera y económica del modelo económico del contrato, las desarrolla en el acápite 8 de su informe¹¹.

En síntesis, propone, como tales:

- (i) **El AJUSTE adecuado de precios**, lo cual resume en que, urge aplicar la fórmula que recoja el actual índice especializado, por demás previsto como pacto de las partes en el negocio celebrado.

⁹ Literal e), numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1.993.

¹⁰ Página 48 y siguientes del informe.

¹¹ Página 39 y siguientes del informe.



- (ii) **El ajuste del nivel de ANTICIPO**, para lo cual propone su aumento del 20% al 50%, incluyendo el valor de los adicionales.
- (iii) **La aclaración en la FORMA DE PAGO de los Equipos**, para lo cual propone que se aclare que la forma de pago debe serlo: (i) 40% del valor por suministro, (ii) 40% instalación y (iii) 10% puesta en funcionamiento.

Indica que, en forma conjunta deben aplicarse estas tres medidas por cuanto, sólo ello podrá servir para conjurar la situación y disminuir la pérdida que ya tendrá el contratista que soportar y asumir, en tanto no podrá recuperar, no obstante, lo cual, mejorará sustancialmente el flujo de caja y su liquidez con lo cual, se asegurará la conclusión del objeto pactado.

En aplicación de las pautas fijadas por la línea jurisprudencial, expuesta líneas atrás, con respecto a tales medidas, se precisa:

- (a) En lo que hace al **ajuste**, la entidad contratante debe dar pleno cumplimiento al contrato, de suerte que, en forma inmediata debe convenir en la actualización de la fórmula prevista ya contractualmente prevista, incorporando el índice que, en la actualidad regenta en el mercado, conforme a lo previsto por el ente que lo fija, esto es, el DANE.

La mora en el cumplimiento de su deber está generando efectos adversos en la remuneración del contratista, por lo cual, deberá responder, a la vez que, en la medida en que tarde en aplicar y pagar el valor de los ajustes, más oneroso se tornará luego cumplir con su obligación, lo que bien podrá configurar un detrimento patrimonial.

Por lo demás, ello sólo refiere al cumplimiento de la ley, de cara a un contrato celebrado en el año 2.020, antes de que se afrontara el fenómeno pandémico y las consecuencias que luego aparejó en el mercado¹².

- (b) En lo que hace a las demás medidas, esto es, aumento del valor del anticipo y aclaración de la forma de pago de los equipos, a no dudar, ello corresponde a una modificación de un aspecto sustancial y esencial del contenido negocial, comoquiera que, de cara a las bases negociales, dicha forma de pago (anticipo y pago de equipos) imponía el de que, el proponente ostentara ciertas condiciones de capacidad financiera para afrontar, de modo importante la financiación del proyecto, basado en la forma de pago y la liquidez prevista, conforme a la causación de pagos como ingresos por avance de obra.
- (c) Sin embargo, visto está que, conforme lo acredita el contratista, eventos sobrevinientes, imprevistos e imprevisibles, a él no imputables, alteraron las condiciones pactadas, lo cual impidió obtener los ingresos previstos por avance de obra en el monto y la oportunidad prevista. De ese modo, como lo pone de presente el informe financiero, se estranguló la caja, tornó ilíquido el proyecto y le ha impuesto al contratista una carga más allá de lo que él asumió, comoquiera que ha tenido que hacer un mayor aporte que, como capital de trabajo se había obligado a hacer.
- (d) Al parecer, no existen más mecanismos de ajuste que permitan conjurar la situación, a menos de que la entidad lo compense e indemnice en forma directa, adicionando el valor del presupuesto. Sin embargo, ello es lo que precisamente parece demostrar que,

¹² Numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1.993.



los mecanismos de ajuste propuestos por el contratista resultan ser idóneos, no sólo porque, así lo explica el experto en su informe financiero, sino, porque su implementación, ciertamente solventa la problemática relativa al flujo de caja e iliquidez generada por la mengua del ingreso previsto, dado el bajo avance de los trabajos por causas no imputables al contratista constructor.

- (e) A dichas medidas tendría derecho a recurrir el actual contratista o cualquier otro que, frente a las mismas circunstancias sobrevinientes hubiese estado ejecutando el contrato.
- (f) La implementación de tales medidas no resulta ser ilegal, comoquiera que derivan de la aplicación de los mecanismos de solución previstos por la ley, en los términos de los numerales 8º y 9º del artículo 4º de la Ley 80 de 1.993, que como **derecho** del contratista y **deber** de cargo de la entidad, dispone el asiento normativo sobre el cual descansa el contrato celebrado.
- (g) Ello mismo no configura un favorecimiento económico ilegal que modifique la equivalencia prestacional, sino, que, por el contrario, habiéndose alterado las condiciones negociales inicialmente previstas, lo que comportó el rompimiento de la ecuación económica como había sido prevista que funcionara, más bien constituye mecanismo restablecedor de esas condiciones negociales cuyo pacto está autorizado por la ley, conforme a la norma anteriormente prevista.
- (h) A sabiendas de que la implementación de tales medidas no implica una mayor onerosidad de la prestación de pago, de cargo de la entidad contratante y el de que, en forme certera solventan la problemática que afronta el contratista hace que ello sea **razonable, proporcional y adecuado**, además de que se encuentre **justificado** por razón de los hechos acaecidos que, como causa han afectado en forma importante el desarrollo del contrato.
- (i) El pago segmentado y anticipado de los equipos, en la forma en que lo propone el contratista, evitará aumentar el valor a pagar por concepto de reajustes, lo cual se está tornando bastante oneroso, no sólo por el mero paso del tiempo y la época en que habrá de pagarse el equipo, sino, por razón del evidente contexto inflacionario y de devaluación que está afrontando la economía nacional. Así, tal mecanismo se torna provechoso, en forma importante como mecanismo de ahorro para el erario público.

IV. CONCLUSIONES

Sobre el evento en que la entidad contratante y sólo ella, en su condición de parte, sopesando la razonabilidad, proporcionalidad y conveniencia considere prudente, viable y procedente aceptar la propuesta de modificación del contrato, en los términos por él planteados y sustentados, deberá tenerse en cuenta, en el documento modificadorio, que:

- 4.1. Como incluso lo expone el contratista, deberá renunciar a reclamaciones futuras.
- 4.2. De la misma manera, el contratista deberá continuar respondiendo por el riesgo de la pérdida de los equipos, conforme al régimen previsto en el contrato y el dispuesto



en la ley hasta que sea recibido, lo cual, para el contexto del contrato celebrado, sólo ocurrirá e implicará cuando se encuentre en pleno funcionamiento¹³.

- 4.3. Conforme a las nuevas facultades constitucionales y legales otorgadas a la autoridad que ejerce el control fiscal (CONTRALORÍA), relativas al control concomitante se sugiere que se haga partícipe a dicho órgano de control, a los efectos de que avale o imparta, cuando menos: visto bueno al acuerdo, en la medida en que, ciertamente ello comporta un trascendental cambio a las condiciones negociales.
- 4.4. Como lo previene la línea jurisprudencial del Consejo de Estado deberá seguirse la regla de construir los **estudios previos** en donde se siente la motivación que explique la razonabilidad, la necesidad y la proporcionalidad de la modificación y por qué resulta necesario para el interés público adoptar tal medida por encima de los principios que regentaron el proceso de selección.

En los anteriores términos nos pronunciamos con respecto a la petición modificatoria del contrato, formulada por parte del contratista, dejando en claro que, este pronunciamiento sólo constituye una mera opinión, en modo alguno vinculante, advirtiendo que, la decisión la deben tomar las partes, de modo que, con respecto a ella, sólo fungiremos como meros testigos. Nunca como avalista de la decisión.

Atentamente,

CONSORCIO RYU – GD, SAN ÁNGEL,

MARCELA
GUTIERREZ
DÍAZ

Firmado digitalmente por
MARCELA GUTIERREZ DIAZ
Fecha: 2022.11.17 11:29:47
-05'00'

MARCELA GUTIÉRREZ DÍAZ
Representante legal

C.C. Arq. María Constanza Mejía
Subdirectora de Seguimiento a la Infraestructura

¹³ Artículo 2.057 del Código Civil.