



VGM036-COS-CO1523-578

Bogotá D.C., 19 de abril de 2022

Señores:

INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU

Atn: ING. MELIZA MARULANDA

Dirección Técnica de Construcciones

Calle 22 # 6-27

Bogotá D.C.

Referencia: Contrato de Interventoría **No. IDU-1723-2020**

Objeto: INTERVENTORIA INTEGRAL PARA CONSTRUCCIÓN DEL PATIO LA REFORMA Y OBRAS COMPLEMENTARIAS EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C.

Asunto: Contrato de obra **No. IDU-1712-2020**. Alcance a nuestra comunicación VGM036-COS-CO1523-426. Solicitud de modificatorio aprobación ajustes Auditorio Edificio Administrativo.

Respetada Ingeniera:

Cordial saludo. Dando alcance a nuestra comunicación, nos permitimos aclarar la forma de pago de los ajustes a los diseños del Auditorio del Edificio Administrativo. En nuestra comunicación del asunto, dentro de las conclusiones del Contratista se expresa:

“(…)

Asimismo, que de conformidad con la cláusula 9.0 Forma de pago, numeral 9.1.2. Pago de Gestión y Avaes ante Terceros del Contrato del Contrato de referencia, se efectúe el correspondiente reconocimiento de pago de acuerdo con la propuesta presentada en el presente comunicado y avalado en la reunión virtual con la interventoría e IDU del día 11 de marzo de 2022, que corresponde a un valor total de treinta y ocho millones novecientos veinticuatro mil pesos M/Cte. (\$38.924.000).

(…)”

Teniendo en cuenta lo anterior y lo argumentado a lo largo del oficio identificado con numero de radicado VGM036-COS-CO1523-426 y con radicado IDU 20225260624332, esta Interventoría consideró y considera pertinente que las actividades de ajustes del auditorio sean reconocidas económicamente de conformidad con lo establecido dentro del Contrato en la cláusula 9, numerales 9.1.2 y 9.1.3.

Ahora bien para esta Interventoría es claro que lo solicitado por el Contratista de Obra es modificar lo establecido en los numerales 9.1.2 y 9.1.3 de la cláusula novena, lo anterior para poder hacer uso de dichos rubros en la etapa de ejecución de obra, es decir que básicamente



el Contratista de Obra solicitó modificar la forma de pago del Contrato, en lo que concierne a los montos agotables establecidos en los ya mencionados numerales, permitiendo el pago de las actividades de ajustes requeridas para el auditorio con dichos montos.

Teniendo en cuenta lo anterior se debe indicar que, esta modificación no cambia la esencia del Contrato, toda vez que obedece a una modificación meramente de un elemento accidental del Contrato, por lo que la modificación solicitada está amparada por la ley y la jurisprudencia Colombiana y el Contrato mismo, tal como ya se expresó dentro del Oficio identificado con numero de radicado VGM036-COS-CO1523-426 y con radicado IDU 20225260624332, es por ello que en el presente alcance esta Interventoría se permite expresar de manera clara y directas las fuentes legales, jurisprudenciales y contractuales que permiten hacer este tipo de modificación:

1. Fuentes Contractuales:

La cláusula sexta del Contrato, estipula lo siguiente:

“(...) Si por circunstancias previamente validadas por el INTERVENTOR U y el IDU, se requiere modificar el contrato, las partes suscribirán el respectivo documento de acuerdo con las disposiciones legales y procedimientos establecidos en los Manuales, Guías, Planes y Procedimientos del IDU vigentes durante la ejecución del Contrato.

Quando dichas modificaciones sean solicitadas por el CONTRATISTA DE OBRA, éste deberá hacer la petición de suscripción del respectivo documento, con una antelación no menor de quince (15) días hábiles a la fecha de vencimiento del plazo originalmente estipulado, anexando para ello los documentos soporte, el nuevo cronograma de obra previamente revisado y aprobado por el INTERVENTOR del contrato.

Todas las solicitudes de modificación elevadas por el CONTRATISTA DE OBRA deben ser revisadas y avaladas por el INTERVENTOR (...).”

Teniendo en cuenta lo establecido dentro del Contrato de Obra, es claro que se puede modificar el Contrato, empero dicha modificación debe ser validada por la Entidad Contratante IDU y esta Interventoría, a lo cual la suscrita ya ha dado concepto favorable a lo solicitado, toda vez que las modificaciones requeridas no van en contra vía ni del objeto ni la esencia del Contrato, pues la modificación versa únicamente sobre elementos accidentales del Contrato que pueden ser libremente modificadas por la partes.

2. Fuentes legales y jurisprudenciales.

Esta posibilidad de modificar el contrato se encuentra prevista igualmente en los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993, que facultan a las entidades contratantes a

modificar los contratos de común acuerdo. Asimismo, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la modificación del Contrato de la siguiente manera:

“CONTRATOS ESTATALES-Pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado/**CONTRATOS ESTATALES**-Clases de modificación
(...)

MODIFICACION DE CONTRATO ESTATAL-Concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado/**MODIFICACION DE CONTRATO ESTATAL**-Instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal/**MUTABILIDAD DE CONTRATOS DE CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS**-Concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado
(...)

Por regla general, **los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado**, a los cuales sirve el contrato.^[11] Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a la entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para “(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, entre otros. En el mismo sentido, en la **sentencia C-949 de 2001**^[12], la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los contratos –como especie de modificación– pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal.^[13] Al respecto, vale la pena destacar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en **concepto del 13 de agosto de 2009**:

*“La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que **la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo**. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado.”*

Ahora bien, como se indicó en ese concepto, el que la mutabilidad de los contratos estatales sea posible no significa que pueda llevarse a cabo por la mera voluntad de las partes o de la entidad contratante; por el contrario, la modificación del contrato debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la Corte concuerda con la Sala de Consulta y Servicio Civil en que **la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, sustentada y probada, y acorde con los fines estatales a los que sirve la contratación estatal**.^[19] La Sala de Consulta explicó:

“La ley permite una cierta discrecionalidad en la toma de las decisiones de modificar los contratos, pues es muy difícil regular detalladamente el tema, en especial ante la infinidad de situaciones que pueden presentarse durante la ejecución. Por esto utiliza locuciones relativamente amplias, a las que debe someterse la administración. A manera de ejemplo, se citan las siguientes tomadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras, (artículo 4.8), no sobrevenga mayor onerosidad, (artículo 4.9), acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar ... diferencias, (ibídem), evitar la paralización y la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, (artículo 14); etc. Nótese que, sin embargo, en ellas van inmersas las ideas de una causa cierta y unos fines públicos que hay que salvaguardar.

Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.

*De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiendo, y esta es la segunda idea, que **toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes**^[20] (negrilla fuera del texto).*
(...)

*Por último, es preciso resaltar que **la modificación del contrato no puede ser de tal entidad que altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico**, puesto que ya no estaríamos en el escenario de la modificación sino ante la celebración de un nuevo contrato.^[22] En efecto, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales.^[23]*

*El Consejo de Estado, en su jurisprudencia, ha señalado que el **plazo** es un elemento accidental del contrato –no de su esencia ni de su naturaleza- y por ello puede ser materia de modificaciones. Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en **sentencia del 24 de agosto de 2005**, afirmó:*

“Por otra parte, la prórroga del plazo de los contratos tiene el sustento jurídico de que el plazo no constituye un elemento de la esencia de los contratos a que alude el artículo 1501 del Código Civil y, por tanto, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues no es una de ‘... aquellas cosas sin las cuales, o

*no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente'. Tampoco es un elemento de la naturaleza del contrato, esto es el que no siendo esencial en él, se entiende pertenecerle sin la necesidad de una cláusula especial, dado que si no se pacta, no existe norma legal que lo establezca. El plazo es, por tanto, un elemento accidental del contrato en razón a que, en los términos del mismo artículo, ni esencial ni naturalmente le pertenece a éste, y se le agrega por medio de cláusulas especiales, es decir que no es necesario para la formación del acto ni se sobreentiende como integrante de él. De consiguiente, no siendo el plazo un elemento de la esencia del contrato sino meramente accidental, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues éstas lo establecen en el respectivo contrato.*¹²⁴¹

*Lo mismo ocurre con el **precio**, cuya adición, de conformidad con esta misma providencia, es además expresamente autorizada por el artículo 40 de la ley 80, siempre y cuando no exceda el 50% del valor inicial.*¹.

De conformidad con lo establecido por la ley y la jurisprudencia, **LAS PARTES** podrán de mutuo acuerdo, realizar las modificaciones necesarias para la ejecución del Contrato, siempre y cuando, estas no versen sobre el objeto o la esencia del Contrato, pues dicha modificación desconfiguraría totalmente el Contrato inicialmente pactado, generando con esto que dichas modificaciones sean nulas de pleno derecho, toda vez que la jurisprudencia a proscrito este tipo de modificaciones.

Asimismo, el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 autoriza a las entidades estatales a adoptar medidas tendientes a garantizar la ejecución de los contratos, de tal forma que se proteja el interés general inmerso por definición en los contratos estatales y los recursos públicos que se están invirtiendo en su ejecución.

Además de la basta fuente normativa citada anteriormente esta Interventoría se permite indicar que, una vez revisado el CDP se constató que los valores no se encuentran concretamente determinados para que se atiendan actividades específicas o para el uso de la bolsa de la sección 9.1.2. Pago de Gestión y Avals ante Terceros (para obligación de medio).

En consecuencia de lo anterior no se evidencia restricción financiera para poder hacer uso de la bolsa de la fase de preliminares para la fase de ejecución, teniendo en cuenta que el CDP está destinado para atender la totalidad del contrato según la descripción del rubro: “*Desarrollo y gestión de la Infraestructura del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá (Recursos SITP)*”

Y sabiendo que a la fecha dicha bolsa cuenta con recursos a los cuales se les puede dar uso en la fase de ejecución.

¹ Sentencia C-.300 DE 2012 Corte Constitucional, Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, Referencia: expediente D-8699, (<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-300-12.htm>)

CONCLUSIÓN

De conformidad con la anterior línea argumentativa, la suscrita Interventoría se permite dar alcance al concepto favorable emitido con el numero de radicado VGM036-COS-CO1523-426 y con radicado IDU 20225260624332 y procede a recomendar realizar las modificaciones contractuales **solicitadas por el Contratista y, teniendo en cuenta que la Interventoría no le asiste la competencia de determinar la viabilidad o no de lo solicitado, procederá a remitirlo a la Entidad Contratante para los fines pertinentes.**

Para finalizar la suscrita Interventoría se permite indicar que, el presente alcance del concepto no es vinculante para las partes, toda vez que el mismo se hace en cumplimiento de las obligaciones contractuales de la Interventoría, por lo que no es responsable de cualquier eventualidad que se produzca en razón del presente concepto.

En concordancia con lo anterior, son las Partes del Contrato las llamadas a determinar la viabilidad o no de la solicitud de revisión, toda vez que esta Interventoría no es parte de su relación contractual, lo que la inhabilita para ese tipo de determinaciones.

Finalmente, y en el entendido que es la Entidad Contratante IDU es la llamada a determinar la procedencia o no de la solicitud presentada, la suscrita Interventoría remite el presente alcance para que este sea analizado por el IDU y, consecuentemente, determine la viabilidad o no de la solicitud hoy objeto de estudio.

Así las cosas la presente Interventoría brinda concepto Integral a lo solicitado por el Contratista y queda atenta cualquier aclaración requerida.

Cualquier aclaración con gusto será atendida.

Atentamente,



4 **ING. JULIO CAYETANO RODRÍGUEZ**
REPRESENTANTE LEGAL DE INTERVENTORÍA
CONSORCIO VGM 036

ANEXOS:	Sin folios
COPIA:	N.A.
PROYECTÓ:	DN-HMF
REQUIERE REPUESTA:	SI <u>X</u> NO <u> </u>