2023030031143

Medellín, 27/04/2023

Doctora
Claudia Elena Yepes Mesa
PROEZA INGENIERÍA S.A.S
Carrera 85 # 34ª20
gerencia@proezaingenieria.com
Medellín-Antioquia
Interventoría

Referencia: Contrato de interventoría No 564 de 2022
Objeto*:* "Interventoría técnica, ambiental, administrativa, financiera, social, seguridad en el trabajo y legal a la Construcción de las obras requeridas para poner en funcionamiento el Parque Metropolitano de Deportes Tulio Ospina del Municipio de Bello, Antioquia"
Asunto: Respuesta a solicitud de modificación en la forma de pago realizadas por la firma interventora PROEZA INGENIERÍA S.A.S.

I. ANTECEDENTES

1. El Instituto Departamental de Deportes de Antioquia y la sociedad PROEZA INGENIERÍA S.A.S, suscribieron el contrato No 564 de 2022, cuyo objeto fue: *"Interventoría técnica, ambiental, administrativa, financiera, social, seguridad en el trabajo y legal a la Construcción de las obras requeridas para poner en funcionamiento el Parque Metropolitano de Deportes Tulio Ospina del Municipio de Bello, Antioquia",* con un plazo de ejecución de once (11) meses, donde el último mes será exclusivamente para realizar la liquidación del contratista de obra, contados a partir del

inicio de la obra, previo el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución de este y aprobación de los documentos previstos en el pliego de condiciones.

2. El contrato se pactó por valor de: *"(…) DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA MIL SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS ($2.466.590.669), equivalentes a 2.466.59 SMLMV para el año de suscripción del contrato (2022)".* No se pactaron anticipos ni pago anticipado.

Ahora bien, respecto de la forma de pago, las partes acordaron lo siguiente:

> "Cláusula 8 – forma de pago.
>
> *La entidad cancelará al interventor el valor del contrato en pagos parciales mensuales en forma proporcional, de acuerdo con el porcentaje de la ejecución del contrato de obra, hasta el 95% del valor del contrato. El 5% restante del valor del contrato se pagará una vez finalizada la ejecución del contrato y liquidado el contrato de obra (…)*
>
> *Parágrafo 1. El supervisor solo aprobará el pago final de aquellas actividades que sean comprobables y efectivamente soportadas y que, en consecuencia, hayan sido debidamente ejecutadas por el interventor. Para causar el pago final del contrato, el interventor deberá acreditar que se encuentra a paz y salvo con la totalidad de proveedores, subcontratistas y empleados que haya utilizado en la ejecución de las actividades contratadas. Hasta no entregar dichos soportes, la entidad no hará el respectivo recibo de factura final de pago al contrato.*
>
> *Parágrafo 2. El acta mensual de interventoría podrá ser de valor inferior al porcentaje establecido del acta de obra, una vez se haga el cálculo de reconocimiento y reembolso de los costos directos de sueldos del personal aprobado por el contratante y efectivamente empleado en la ejecución de los trabajos, afectados por un factor multiplicador, previa presentación y aprobación de un informe de interventoría mensual, aprobado por parte del supervisor, acompañado de los demás soportes de costos, de los recibos de pago de aportes a seguridad social y parafiscales del respectivo periodo a facturar. En todo caso tales pagos de interventoría deberán corresponder a los recursos de personal realmente invertidos por el consultor en el proyecto durante el periodo a facturar, de acuerdo con el cronograma de actividades y programa de inversiones presentado por el Consultor y aprobado por el supervisor, y a las modificaciones propias que se generen en el desarrollo del contrato avaladas por el supervisor y el INSTITUTO como contratante.*
>
> *Parágrafo 3. Cada ítem del acta de interventoría no podrá superar su valor mensual al de la propuesta presentada en este concurso de méritos. La última acta de pago estará supeditada al cumplimiento de liquidación del contrato de obra y en ésta se harán los pagos a saldos restantes pendientes en el caso que se presenten y debidamente soportados"*

3. Es de suma importancia traer a colación que, la forma de pago fue observada por uno de los interesados en la etapa precontractual de este proceso de selección, desde el proceso No.CM-001 DE 2022, sin embargo, la entidad se ratificó en lo establecido en el numeral 7.3 de los estudios previos y posteriormente celebró contrato donde estableció la forma de pago señalada en dicho documento. También se torna necesario resaltar que la peticionaria no hizo ninguna observación en la etapa de planeación a esta forma de pago.

4. Al respecto, cabe mencionar que dentro de las observaciones realizadas al proceso de Concurso de Mérito No.CM-001 DE 2022, que dio origen al contrato materia de análisis, está entre otras, la siguiente observación:

" (…) La entidad liga el pago al interventor por medio de actas parciales de acuerdo con el avance de obra lo cual es una imprecisión grave dadas las responsabilidades que se desprenden, pero si bien es cierto que el control y dar las alertas tempranas acerca de la ejecución de obra, la ejecución de la obra es responsabilidad del contratista de obra, por ende, cuando se presentan atrasos e incumplimientos por parte del contratista de obra no imputable al interventor, se solicita a la entidad que los sobrecostos en que incurra el interventor por los incumplimientos del contratista de obra, sean reconocidos al interventor, dado que la selección y adjudicación de un mal contratista de obra no es responsabilidad del interventor sino de la entidad y la incapacidad del contratista de obra (…)"

Observación que fue contestada por INDEPORTES Antioquia, de la siguiente manera:

"R/ La entidad se ratifica en lo establecido en el numeral 7.3 de los estudios previos."

En atención a lo anterior, es claro que la forma de pago fue observada desde la etapa precontractual, sin embargo, la entidad se ratificó en lo establecido en el numeral 7.3 de los estudios previos y posteriormente celebró contrato donde estableció la forma de pago señala en dicho documento.

II. DE LAS SOLICITUDES PRESENTADAS POR LA INTERVENTORÍA

a. Solicitud con radicado No 202202010019 del 15 de diciembre de 2022

Mediante el oficio antes descrito, la representante legal de la interventoría manifestó la necesidad sobreviniente de realizar una modificación a la forma de pago del contrato No 564 de 2022 suscrito entre INDEPORTES ANTIOQUIA y PROEZA INGENIERÍA S.A.S, toda vez que la forma en que ésta fue redactada constituye en la actualidad un factor de desequilibrio económico en la relación contractual.

Entre varios argumentos adujo, que su solicitud *"(…) recae un hecho sobreviniente en la medida que obedece a un incumplimiento de parte del contratista en el avance de la ejecución del contrato de obra, hasta ahora injustificado, que como es natural era imposible prever tal situación, atendiendo no solo el principio de la buena fe contractual, sino que la matriz de riesgos jamás asigno el mismo a la firma que represento (…)"*

De igual forma, señaló que la forma de pago pactada ***"****generará un daño antijurídico a la Entidad Estatal y un desequilibrio enorme a las finanzas del contrato, amenazando con una grave desfinanciación en su ejecución al no tener como soportar todos los gastos que demanda el cumplimiento de los fines esenciales y propósito perseguido (…)".*

La representante legal de la interventoría reconoció que desde el perfeccionamiento del contrato aceptó la forma de pago estipulada, sin embargo, considera que los dos contratos, obra e interventoría, son independientes entre sí y que gozan de autonomía. En tal sentido, aduce, que *"(…) ante la evidencia irrefutable de un hecho sobreviniente por incumplimiento injustificado, uno o el otro no tiene por qué soportar las consecuencias que se deriven ante tal evento, actuar en forma contraria al planteamiento presentado, no solo atenta contra dicha autonomía, sino contra el fin que se persigue con cada una de las figuras contractuales (…)".*

Sostuvo que la interventoría ha cumplido con su objeto contractual y que no tiene por qué soportar las consecuencias que genera el incumplimiento del avance en el contrato de obra. A continuación, manifiesta que el art. 16 de la Ley 80 de 1993 permite realizar modificaciones a los contratos estatales, de común acuerdo o en forma unilateral, si con ello se evita la afectación o la paralización de la ejecución del objeto contractual y para evitar una grave afectación de los fines estatales. Y que la modificación a la forma de pago *"(…) no se fundamentó como elemento esencial para la selección objetiva, que no tiene el alcance de haber sido un requisito habilitante y ponderable de las ofertas (…)"*, razón por la cual esta no puede considerarse inmodificable. Por lo anterior, sostiene la representante legal de la interventoría, que la solicitud de modificar la forma de pago no obedece a un capricho suyo, sino *"(…) a la presentación de un hecho sobreviniente ajeno a la voluntad del mismo."*

Para finalizar, concluye que la modificación solicitada es necesaria para garantizar la prestación del servicio y evitar una paralización grave, la cual no sería imputable a la interventoría, *"(…) en la medida que tal situación resulta ajena a su voluntad contractual, por lo que desde ya proponemos que los pagos se realicen de forma mensual."* (subrayas fuera del texto).

b. Solicitud radicada con el consecutivo No 202302000471, del 27 de enero de 2023

La representante legal de la interventoría - PROEZA INGENIERÍA S.A.S.-, presentó un derecho de petición a INDEPORTES Antioquia, consistente en *"(…) la modificación de la forma de pago establecida en el contrato a efectos de restablecer el equilibrio contractual"*

Para soportar su solicitud expuso de forma general las siguientes consideraciones:

1. *Que el contrato 564 de 2022 está regido por el Estatuto General de Contratación y que ese trae consigo el derecho para el contratista y la obligación para el contratante de restablecer el equilibrio contractual, de tal manera que al contratista no le resulte oneroso en exceso el cumplimiento del contrato.*
2. *Que la forma de pago contemplada desde la etapa precontractual (estudios previos y pliego de condiciones), y desde el mismo contrato 564 de 2022, partía del supuesto ideal que el contrato de obra se ejecutaría "(…) sin traba alguna durante el plazo de ejecución", habida cuenta de la independencia y autonomía, tanto del contrato de obra, como del de interventoría.*
3. *Que desde el presupuesto oficial "(…) se fijaron componentes del contrato de interventoría, las obligaciones de sus ejecución y valor, ya no condicionados a intervenciones logísticas, profesionales, administrativas y técnicas parciales o proporcionales ligadas al avance de la ejecución contractual, sino a obligaciones completas de las calidades acotadas a cumplirse mes a mes durante la ejecución contractual, sin ser relevante para su cumplimiento el porcentaje de ejecución del contrato de obra (…)". Aduce que los profesionales solicitados a la interventoría deben cumplir las actividades de control en obra, conforme a las condiciones de dedicación estipulada y por tal razón tienen el derecho a recibir sus pagos, independientemente de cuál sea el avance de ejecución del contrato de obra. De igual forma, expone que "(…) no se establece la posibilidad u obligación de que, si el contratista no ejecuta ninguna actividad, pueda el interventor por ello dejar de cumplir parcial o totalmente con las suyas; lo que es lógico dada la independencia de ambos contratos."*
4. *Que el contrato de interventoría es autónomo e independiente en el marco obligacional y de derechos del contrato que controla.*
5. *Que el interventor no ha recibido llamados de atención por parte de Indeportes Antioquia*
6. *Que la interventoría ha dado a conocer Indeportes posibles incumplimientos de las obligaciones del contratista, "(…) dada la no existencia de personal, logística, suministros y equipos congruentes con el objeto y alcance del contrato en obra, así como por los ostensibles y preocupantes mínimos e irrisorios niveles de ejecución material y financiera contractual (…)"*
7. *Aduce la interventoría, que revisados los pliegos de condiciones y las obligaciones contractuales "(…) no encontramos obligación contractual y/o jurídica que nos obligue a regalar, donar, financiar, fiar total o parcialmente, y mucho menos asumir de forma indefinida los costos del cumplimiento de nuestras actividades contractuales a INDEPORTES ANTIOQUIA (…)".*
8. *Que los pliegos de condiciones no exigen "(…) una capacidad financiera para los proponentes que conllevase la posibilidad de asumir dichas erogaciones, y claro esta mucho menos se contempló en los estudios previos recursos de la entidad contratante para asumir los costos financieros que debería asumir el contratista interventor en el caso de tener que asumir total o parcialmente los costos de la ejecución del contrato de interventoría de forma temporal, como pago de créditos etc. (…)".*
9. *Que la forma de pago estipulada parte de un supuesto que a la fecha no se ha cumplido, como es la oportuna ejecución contractual por el contratista de obra, algo que se destaca como no imputable a la*

interventoría. En este sentido, manifiesta que el interventor, de hecho, ha advertido los posibles incumplimientos y atrasos presentados por parte del contratista de obra.

10. *Lo anterior ha imposibilitado al interventor realizar el cobro correspondiente a las labores desempeñadas en ejecución del contrato 564 de 2022. Esto hace que la interventoría entre en una inviabilidad económica y financiera que imposibilita poder cumplir con el objeto del contrato*

Por lo anteriormente expuesto, el interventor solicitó:

1. *Que se suspenda el contrato de interventoría a partir del 15 de febrero, hasta que se responda de fondo la solicitud de modificar la forma de pago del contrato*
2. *Dar a la solicitud respuesta en los términos del derecho de petición*
3. *De no aceptarse la modificación de la forma de pago del contrato, se dé por terminado de mutuo acuerdo y en forma anticipada el contrato de interventoría y se proceda a la liquidación del mismo, con el correspondiente pago de las sumas que le son adeudadas.*

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3.1. Naturaleza del contrato de interventoría

El contrato de interventoría es un contrato bilateral, conmutativo y oneroso, por lo que crea obligaciones tanto para la entidad contratante como para el contratista interventor. Es así como el interventor tiene derecho a recibir el pago de una contraprestación, remuneración o precio, en los términos pactados en el contrato, por la adecuada y oportuna ejecución del objeto contractual; derecho que se encuentra reconocido en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993.

En relación con la libertad de las partes para escoger la forma de pago, el Consejo de Estado ha señalado que *"las partes pueden pactar diferentes mecanismos de remuneración del interventor y ello incluye la posibilidad de que los recursos provengan de recursos del contratista. Lo anterior no implica que los deberes del interventor como persona independiente de las partes del contrato dejen de existir. Es preciso añadir que, si se siguiera la línea de pensamiento del apelante, los pagos del interventor tampoco podrían venir de la entidad contratante, pues tal conducta sería contraria a la independencia en relación con la entidad; otro argumento para negar las pretensiones"*

Desde la etapa de planeación, en la fase precontractual, las entidades estatales deben calcular el presupuesto oficial, mediante la realización del análisis del sector que incluye el estudio del mercado y definir la metodología con la cual estructurarán el precio del contrato, por lo que hace parte de los estudios previos la definición del esquema para estipular el precio.

Así las cosas, tanto las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como las excluidas de este, es decir, las que tienen un régimen especial, gozan de autonomía para configurar el precio y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento.

En atención a lo anterior, las partes del contrato tienen una amplia libertad para establecer la forma de pago en los contratos de interventoría. Lo anterior, en la medida que pueden pactar una condición positiva casual para la exigibilidad de la obligación de pago de la contraprestación a cargo de la entidad contratante, estipulación que bajo el postulado de la autonomía de la voluntad resulta posible en los términos de los artículos 1530, 1531, 1532 y 1534 del Código Civil.

3.2. Normatividad Legal

3.2.1. Las modificaciones a los contratos estatales:

El Estatuto General de contratación, contenido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como las normas que lo reglamentan, no consagran una regulación expresa sobre la posibilidad de modificar los contratos celebrados por las entidades. Ello encuentra sustento en que, en principio, los contratos deben ejecutarse en las condiciones pactadas inicialmente, pues dicho contrato se celebra luego de que la entidad estatal surtiera todos los procedimientos previstos para la celebración del contratista.

La regulación contenida en la Ley se limita a fijar los porcentajes límite para adicionar los valores inicialmente pactados, como lo hace el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual reza:

> ***"ARTÍCULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL.*** *Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*
>
> *Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*
>
> *En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren*

necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

***PARÁGRAFO.** En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.*

Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales." (Negrilla fuera de texto)

3.2.2. Fundamentos jurisprudenciales y conceptuales:

Al respecto la Corte Constitucional mediante sentencia C-416 de 2014, expreso lo siguiente sobre la posibilidad de modificar los contratos:

"(…) 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. Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a las 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, 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.

(…)
La modificación de los contratos estatales es especialmente importante en aquellos por naturaleza incompletos, es decir, (i) los afectados por asimetrías de información que impiden la previsión de todas las contingencias que pueden afectar su ejecución, y (ii) en el marco de los cuales, por esa misma razón, es difícil prever ex ante los remedios necesarios para afrontar tales contingencias, como ocurre por lo general con los contratos de largo plazo. En efecto, con el paso del tiempo, pueden surgir nuevas exigencias sociales, tecnológicas, culturales, etc. sobre la forma cómo el Estado debe cumplir sus fines y sobre cómo se deben prestar los servicios públicos, o simplemente pueden aparecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles al momento del diseño del negocio, para que las que tampoco era posible, en dicho momento, prever un remedio adecuado y específico. En este tipo de contratos es preciso entonces el diseño de reglas

que permitan la adaptación y la resolución pacífica de las controversias para evitar el fracaso."

Ahora bien, 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."* (Negrilla fuera de texto)

En el mismo sentido, en el concepto 2263 del 17 de marzo del 2016, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, precisó que, la regla general es la no modificación del contrato, y la vía excepcional su modificación, sometida a límites legales; límites que, en los términos definidos en el referido concepto, corresponden a los siguientes:

«1. La necesidad de preservar los principios de igualdad, transparencia y libertad de concurrencia, durante la fase de ejecución del contrato.

Este límite encuentra sustento en el hecho de que, para celebrar contratos estatales las entidades públicas eligen, dentro de un «régimen de concurrencia y de igualdad, las mejores condiciones de costo, calidad e idoneidad de la prestación requerida», lo que supone que la selección objetiva de la oferta más favorable, se dirige a salvaguardar el interés público y, por lo tanto, celebrado el contrato en esas condiciones, su eventual modificación debe asegurar que lo adjudicado, y posteriormente alterado, consulte la mejor opción para el servicio público.

Así, según lo expuesto en el concepto en cuestión «la aplicación de los principios de transparencia, de libertad de concurrencia y de igualdad, consagrados en el Estatuto Contractual, y las reglas sustanciales del pliego de condiciones, que permitieron elegir la mejor oferta, previo cumplimiento de los requisitos habilitantes y de ponderación, deben ser de estricta observancia por la Administración y por el contratista, y sus efectos trascienden y se aplican durante la ejecución del contrato y en su liquidación, como garantía de inalterabilidad de lo pactado y de acatamiento a la legalidad de las reglas aplicadas en la actuación previa.

2.Límites de orden temporal, entre los que están comprendidos: i) la vigencia del contrato, pues no podría modificarse un contrato cuyo plazo ha culminado y ii) la prohibición de consagrar prórrogas automáticas, sucesivas o indefinidas, en tanto resultan contrarias al derecho esencial de la libertad de competencia

3. Límites de orden formal, que comprenden: i) La solemnidad del contrato de modificación, derivada del carácter solemne del contrato estatal, que exige que modificación de los contratos conste por escrito; ii) la motivación y justificación de la modificación, la cual constituye un elemento esencial que permite determinar la juridicidad y la necesidad de una modificación determinada; así como su racionalidad y la proporcionalidad de su contenido.

4. ***Límites de orden material, que corresponden a: i) la prohibición de modificar las condiciones sustanciales del contrato, que se presentará en los casos en que se incluyan elementos que, «habiendo figurado en el procedimiento inicial, hubiera permitido la participación de otros interesados aparte de los inicialmente admitidos, o seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada****».* (Negrilla fuera de texto)

Es claro, entonces, que conforme a la regulación legal y a la interpretación que de la misma han hecho el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, es viable jurídicamente modificar los contratos estatales, **pero esta medida tienen carácter excepcional** y solo procede cuando con ella se pretenda garantizar el interés público, cuando la entidad haya verificado y así pueda constatarse por cualquiera que la causa de la modificación es real y cierta, y cuando se deriva de previsiones legales, esto es, cuando la modificación encuentra sustento no sólo en circunstancias fácticas propias de la ejecución del contrato, sino, además, cuando tales situaciones ponen de presente la necesidad de dar cumplimiento a previsiones establecidas por el legislador.

Cabe mencionar que igualmente las modificaciones no pueden suponer la variación del objeto de un contrato, pues ello supondría la alteración de su esencia y lo convertiría en otro tipo de negocio jurídico.

Así las cosas, para establecer si un contrato determinado puede ser susceptible de modificación, se hace necesario que la Administración analice, en cada caso, la concurrencia de los aspectos antes referidos y si ello procede, le corresponde al Ordenador del Gasto tomar las decisiones que sean necesarias.

Al respecto, cabe rememorar el concepto 2263 del 17 de marzo del 2016 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en donde precisó que la regla general es la no modificación del contrato, y la vía excepcional su modificación, sometida a límites legales; límites que, en los términos definidos en el referido concepto, corresponden a los siguientes entre otros: *"(…)4. Límites de orden material, que corresponden a: i) la prohibición de modificar las condiciones sustanciales del contrato, que se*

presentará en los casos en que se incluyan elementos que, «habiendo figurado en el procedimiento inicial, hubiera permitido la participación de otros interesados aparte de los inicialmente admitidos, o seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada» (…)"

Igualmente, el Consejo de Estado ha señalado que *"el poder de modificación de los contratos estatales debe respetar la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto. En otras palabras, la modificación de los contratos estatales tiene como límite el cambio de objeto o el tipo de contrato"*[1]

Conforme a lo anterior, la modificación de los contratos estatales debe estar orientada a la satisfacción de los fines estatales y, por tanto, cualquier modificación debe estar suficientemente motivada.

En atención al límite de orden material establecido por el Consejo de Estado, el cual prohíbe cambiar las condiciones sustanciales del contrato que se presentaron en el procedimiento inicial que hubiera permitido la participación de otros interesados aparte de los inicialmente admitidos, cabe señalar, que la forma de pago, es un elemento determinante en la decisión de participación de los interesados en un proceso contractual, pues allí se establece la contraprestación a cargo de la entidad contratante y la forma como el contratista será remunerado por la prestación del servicio, motivo por el que no sería viable realizar la variación de la forma de pago del Contrato No. 564 de 2022.

IV. Igualmente, el Abogado externo Dr. Luís Alfonso Bravo Restrepo, emitió concepto del 13 de abril de 2023 a la Gerencia de INDEPORTES Antioquia, en los siguientes términos:

(…)

2.3. IMPROCEDENCIA DE MODIFICAR LA FORMA DE PAGO DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA No. 564 de 2022

Teniendo claro que el contrato de interventoría tiene por finalidad realizar seguimiento técnico sobre el cumplimiento del contrato de obra y se remunera con base en los costos de los recursos humanos y técnicos requeridos para realizar una labor de control y vigilancia y colaborar en la protección de los intereses de la entidad pública contratante. A su vez, que los contratos estatales, entre ellos los de interventoría, pueden ser modificados siempre y cuando su modificación esté justificada en el alcance de los fines estatales, debe determinarse si en el caso en concreto modificar la cláusula octava del contrato resulta procedente.

---

[1] Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de junio de 2012. Exp. 23966 y Sentencia del 29 de mayo de 2013. Radicación núm. 76001-23-31-000-1997-25178 01(27926). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Al respecto, la cláusula octava del contrato supeditó el pago al interventor al porcentaje de avance de la ejecución del contrato de obra, así:

> *CLÁUSULA 8. FORMA DE PAGO La entidad cancelará al interventor el valor del contrato en pagos parciales mensuales en forma proporcional, de acuerdo con el porcentaje de la ejecución del contrato de obra, hasta el 95% del valor del contrato. El 5% restante del valor del contrato se pagará una vez finalizada la ejecución del contrato y liquidado el contrato de obra.*
>
> *El pago al interventor se efectuará dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la presentación de la factura y visto bueno por parte del supervisor designado del recibo a satisfacción de las actividades, acompañada del acta de recibo y de la certificación de encontrarse el interventor al día en el pago de aportes al Sistema de la Seguridad Social y Parafiscales, de conformidad con lo señalado en el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.*
>
> *Parágrafo 1. El supervisor solo aprobará el pago final de aquellas actividades que sean comprobables y efectivamente soportadas y que, en consecuencia, hayan sido debidamente ejecutadas por el interventor. Para causar el pago final del contrato, el interventor deberá acreditar que se encuentra a paz y salvo con la totalidad de proveedores, subcontratistas y empleados que haya utilizado en la ejecución de las actividades contratadas. Hasta no entregar dichos soportes, la entidad no hará el respectivo recibo de factura final de pago al contrato.*
>
> *Parágrafo 2. El acta mensual de interventoría podrá ser de valor inferior al porcentaje establecido del acta de obra, una vez se haga el cálculo de reconocimiento y reembolso de los costos directos de sueldos del personal aprobado por el contratante y efectivamente empleado en la ejecución de los trabajos, afectados por un factor multiplicador, previa presentación y aprobación de un informe de interventoría mensual, aprobado por parte del supervisor, acompañado de los demás soportes de costos, de los recibos de pago de aportes a seguridad social y parafiscales del respectivo periodo a facturar. En todo caso tales pagos de interventoría deberán corresponder a los recursos de personal realmente invertidos por el consultor en el proyecto durante el periodo a facturar, de acuerdo con el cronograma de actividades y programa de inversiones presentado por el Consultor y aprobado por el supervisor, y a las modificaciones propias que se generen en el desarrollo del contrato avaladas por el supervisor y el INSTITUTO como contratante.*
>
> *Parágrafo 3. Cada ítem del acta de interventoría no podrá superar su valor mensual al de la propuesta presentada en este concurso de méritos. La última acta de pago estará supeditada al cumplimiento de liquidación del contrato de obra y en ésta se harán los pagos a saldos restantes pendientes en el caso que se presenten y debidamente soportados.*

Según esta cláusula, se pactó que el pago de la interventoría dependería del porcentaje de avance de obra. Para PROEZA INGENIERÍA S.A.S., esta cláusula genera una ruptura del equilibrio económico del contrato que se deriva de un hecho no previsto cual es el incumplimiento de las obligaciones de parte del contratista de obra, lo que ha repercutido en el pago, pues a la fecha PROEZA INGENIERÍA S.A.S. no ha podido presentar cuentas de cobro derivado de la falta de avance en la ejecución de obra.

Al respecto, no se comparte la apreciación realizada por PROEZA INGENIERÍA S.A.S. pues esta forma de pago se encontraba prevista desde los estudios previos, frente a los cuáles tuvo oportunidad de realizar observaciones. De hecho, en el marco del concurso de méritos No. CM-001 de 2022 que dio origen al contrato de interventoría, uno de los interesados realizó la siguiente observación:

> *" (...) La entidad liga el pago al interventor por medio de actas parciales de acuerdo con el avance de obra lo cual es una imprecisión grave dadas las responsabilidades que se desprenden, pero si bien es cierto que el control y dar las alertas tempranas acerca de la ejecución de obra, la ejecución de la obra es responsabilidad del contratista de obra, por ende, cuando se presentan atrasos e incumplimientos por parte del contratista de obra no imputable al interventor, se solicita a la entidad que los sobrecostos en que incurra el interventor por los incumplimientos del contratista de obra, sean reconocidos al interventor, dado que la selección y adjudicación de un mal contratista de obra no es responsabilidad del interventor sino de la entidad y la incapacidad del contratista de obra (...)"*

Frente a dicha observación, INDEPORTES se ratificó y no accedió a la modificación de la cláusula. La razón de ser de este tipo de remuneración es la optimización del recurso público. Al respecto, Colombia Compra Eficiente, en concepto que se anexa, ha afirmado que cuando en el contrato se pacta una forma de pago del contrato de interventoría que dependa del avance de obra, el interventor debe asumir el riesgo de un avance de obra deficiente. En igual sentido el Consejo de Estado, al momento de resolver una demanda interpuesta por un interventor cuyo pago se sometió al avance de obra y que alegaba un desequilibrio económico, manifestó que ante un eventual incumplimiento del contrato de obra no se genera un desequilibrio económico para el interventor cuyo pago dependen del avance de obra:

> *De acuerdo con el pliego de condiciones y la cláusula octava del contrato de consultoría No. 2921 de 2014, existió un pago fijo por el 30% del valor del contrato, es decir que, a diferencia de lo que argumentó la demandante, la remuneración no estaba sujeta "sí y solo sí" a la facturación del contratista de obra, ni tampoco se puede compartir la apreciación de que la forma de pago llevaba a imponer un trabajo gratis.*
>
> *Sin embargo, resulta acertado considerar que, si las actividades de obra solo existieron en un 28.05%, la materia objeto de los controles de obra se redujo proporcionalmente, puesto que la bitácora da cuenta de la actividad continua durante todo el período que estuvo vigente el contrato de obra, pero también refirma que los aspectos estructurales en el frente de "patrimonio" no avanzaron, por razones que no es posible clarificar en este proceso.*

El asunto litigioso no se ubicó en el ámbito del desequilibrio económico del contrato por cuanto no se acreditó un hecho imprevisto ni un acto de la entidad contratante que hubiera incrementado las cargas económicas de la interventoría por fuera de lo previsto en el contrato.

Tampoco se presentó un riesgo contractual no distribuido, toda vez que se pactó una forma de pago que consideró una parte atada al grado de avance de la obra, lo cual se encuentra coherente con el volumen de las obligaciones relacionadas con las "obras de construcción" de la interventoría previstas en el punto IV de la cláusula tercera del contrato, que se refirieron en forma detallada a revisar las memorias de cálculo, los planos, las especificaciones técnicas de los materiales, los cronogramas, presentar observaciones previas y velar en todo momento por el cumplimiento de los ítems mencionados, exigiendo que los procedimientos constructivos se ajusten a las obligaciones adquiridas por el contratista3.

En ese sentido, la Sala considera que la decisión del Tribunal a quo fue acertada y que puede acogerse como ajustada a los principios del equilibrio financiero, la buena fe y la confianza legítima, que invocó el Tribunal a quo, puesto que se dio primacía a la forma como se acordaron las obligaciones contractuales relacionadas con el segundo pago, en forma proporcional al avance de la obra objeto de la interventoría.

Conforme a lo anterior, no se encuentra justificación para modificar el Contrato de Interventoría No. 564 de 2022, pues la forma de pago pactada es procedente en este tipo de contratos, el contratista tuvo oportunidad de conocerla y así presentó su propuesta y por tanto, el no avance del contrato de obra o el incumplimiento del contratista de obra, es un riesgo que debe asumir el interventor, que no genera desequilibrio económico y que tampoco justifica modificar el contrato.

De hecho, acceder a la petición de la interventoría, quien conoció desde un principio la forma de remuneración y así presentó su propuesta, implicaría cambiar la esencia de la estructuración del proyecto tanto en su modalidad de contrato de obra como en el de interventoría, lo que podría implicar mayores costos para la administración.

3- CONCLUSIÓN

No es procedente modificar la cláusula octava del Contrato de Interventoría No. 564 de 2022.

(…)

V. RESPUESTA A SUS PETICIONES:

Analizado la situación fáctica y jurídica, conforme a la jurisprudencia y al concepto del Abogado externo, los cuales son el sustento de la decisión, me permito informarle que no es procedente modificar la cláusula octava del Contrato de Interventoría Nro. 564 de 2022.

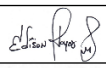
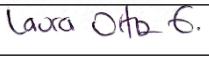
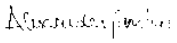
Sumado a lo anterior, tampoco es posible acceder a su petición subsidiaria, como quiera que no existe prueba o hecho que permita acceder a las figuras de la suspensión o terminación anticipada del contrato, solicitadas por usted, y por ende a la liquidación del mismo.

Atentamente,



CARLOS IGNACIO URIBE TIRADO

GERENTE

	NOMBRE	FIRMA	FECHA
Proyectó	**Edison Hoyos Sánchez** Abogado Contratista		25-04-2023
Revisó	**Laura Ortiz González** Abogada Contratista - Gerencia		27-04-2023
Revisó	**Beatriz Elena Colorado Arcila** Jefe Oficina Asesora Jurídica		27-04-2023
Revisó	**Alexander Santa Lopera** Subgerente de Escenarios Deportivos y Equipamientos		27-04-2023
	Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y, por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para firma.		