BPA-CO-2023-044

Bogotá D.C., 6 de julio de 2023

Doctor
ISAAC COHEN RIOS
Subsecretario de Gestión de Contratación
GOBERNACIÓN DE SUCRE
Ciudad

Asunto: *Concepto jurídico sobre la viabilidad jurídica de modificar la forma de pago del contrato de interventoría N° CM-001-2023, suscrito entre el Departamento de Sucre y FAMA Consultores S.A.S.*

Apreciados doctor Cohen,

En atención al asunto de la referencia, y a la solicitud de concepto elevada el pasado 22 de junio de 2023, y la remisión de los documentos el pasado 26 de junio de 2023, nos pronunciamos en los siguientes términos:

I. CONSULTA

Se solicitó concepto jurídico en relación con la viabilidad jurídica de modificar, de común acuerdo, la forma de pago del contrato de interventoría N° CM-001-2023, suscrito entre el Departamento de Sucre y FAMA Consultores S.A.S.

II. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es viable desde el punto de vista jurídico que el Departamento de Sucre, de común acuerdo con el contratista de interventoría N° CM-001-2023, modifique la forma de pago inicialmente pactada?

III. DOCUMENTOS E INFORMACIÓN ENTREGADA POR LA ENTIDAD

Para desarrollo de este concepto jurídico se remitió por la Entidad los siguientes documentos:

DOCUMENTO	FOLIOS
Estudios previos del proyecto para la "*Implementación de las rutas de emprendimiento y empleabilidad en el marco de la estrategia Sucre escucha en el departamento de Sucre.*"	58

Av. Calle 26 No. 69D - 91 Torre 2, oficina 606- Centro Empresarial Arrecife. Bogotá, Colombia. PBX: +571 4824868
@beltranpardoabogados @bpaabogados bpaabogados bpabogados Beltrán Pardo Abogados Beltrán Pardo Abogados www.beltranpardo.com

DOCUMENTO	FOLIOS
Análisis del sector económico del proyecto cuyo objeto es "*Implementación de las rutas de emprendimiento y empleabilidad en el marco de la estrategia Sucre escucha en el departamento de Sucre."*	61
LICITACIÓN PÚBLICA Nº LP- SISEGD-014-2022 Documento complementario al pliego de condiciones definitivo del proyecto cuyo objeto es la "*Implementación de las rutas de emprendimiento y empleabilidad en el marco de la estrategia Sucre escucha en el departamento de Sucre."*	85
Contrato de prestación de servicios N° LP- SISEGD-014-2022 suscrito entre el Departamento de Sucre y Fundación Finsocial juntos hoy es posible	6
Propuesta económica Fundación Finsocial	20
Estudios previos de necesidad, oportunidad y conveniencia para la contratación de la *"INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, CONTABLE, FINANCIERA Y JURÍDICA AL CONTRATO QUE SE DERIVE DEL PROCESO DE LICITACIÓN LP-SISEGD-014-2022 CUYO OBJETO ES "LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS RUTAS DE EMPRENDIMIENTO Y EMPLEABILIDAD EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA SUCRE ESCUCHA EN EL DEPARTAMENTO DE SUCRE".*	48
DOCUMENTO ANEXO AL PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO CONCURSO DE MÉRITOS ABIERTO No. CM-001-2023 OBJETO: *"INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, CONTABLE, FINANCIERA Y JURÍDICA AL CONTRATO QUE SE DERIVE DEL PROCESO DE LICITACIÓN LP-SISEGD-014-2022 CUYO OBJETO ES "LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS RUTAS DE EMPRENDIMIENTO Y EMPLEABILIDAD EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA SUCRE ESCUCHA EN EL DEPARTAMENTO DE SUCRE".*	73
Análisis del sector para el proyecto cuyo objeto es *"INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, CONTABLE, FINANCIERA Y JURÍDICA AL CONTRATO QUE SE DERIVE DEL PROCESO DE LICITACIÓN LP-SISEGD-014-2022 CUYO OBJETO ES "LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS RUTAS DE EMPRENDIMIENTO Y EMPLEABILIDAD EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA SUCRE ESCUCHA EN EL DEPARTAMENTO DE SUCRE".*	61
CONTRATO DE INTERVENTORÍA N° CM-001-2023, SUSCRITO ENTRE EL DEPARTAMENTO DE SUCRE Y FAMA CONSULTORES SAS, cuyo objeto es "INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, CONTABLE, FINANCIERA Y JURÍDICA AL CONTRATO QUE SE DERIVE DEL PROCESO DE LICITACIÓN LPSISEGD- 014-2022 CUYO OBJETO ES "LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS RUTAS DE EMPRENDIMIENTO Y EMPLEABILIDAD EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA SUCRE ESCUCHA EN EL DEPARTAMENTO DE SUCRE"	8
Propuesta económica presentada por el Contratista de Interventoría del Contrato N° CM-001-2023	1
Solicitud de otrosí modificatorio al Contrato de Interventoría N° CM-001-2023, suscrita por FAMA Consultores S.A.S.	4
DESCARGADOS SECOP	
Matriz de riesgos Contrato de Interventoría N° CM-001-2023	7
TOTAL	432

Av. Calle 26 No. 69D - 91 Torre 2, oficina 606- Centro Empresarial Arrecife. Bogotá, Colombia. PBX: +571 4824868
@beltranpardoabogados @bpaabogados bpaabogados bpabogados Beltrán Pardo Abogados Beltrán Pardo Abogados www.beltranpardo.com

IV. CONSIDERACIONES

Con el fin de analizar de manera integral la solicitud de concepto jurídico, desarrollaremos el presente estudio a partir de la revisión de los siguientes asuntos: (i) La autonomía de la voluntad en el contrato estatal; (ii) Sobre la modificación del contrato estatal, sus límites y formalidades; (iii) En relación con la determinación del precio y forma de pago en los contratos de interventoría; y (iv) Sobre el principio de conmutatividad aplicable a los contratos estatales.

Con base en el resultado del análisis y consideraciones referidas, se revisará el caso concreto y se expondrán las conclusiones y recomendaciones.

1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO ESTATAL:

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante EGCAP), ha previsto en su artículo 40 que las entidades sujetas a dicho régimen podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad, necesarios para el cumplimiento de los fines del Estado.

Significa lo anterior que se le otorga a las entidades sujetas al EGCAP un margen de discrecionalidad para establecer el contenido y alcance de las estipulaciones contractuales, respetando las disposiciones de la esencia y naturaleza de cada uno de los contratos de conformidad con las normas civiles, comerciales y las previstas en el propio estatuto.

Sobre la autonomía de la voluntad, el Consejo de Estado explicó:

> *"El principio de la autonomía de la voluntad conlleva un reconocimiento de autodeterminación por parte de los sujetos contratantes, a los cuales se reconoce capacidad para regular aquellos intereses que les son propios, teniendo en cuenta que en materia de contratación estatal esos intereses deben entenderse dentro del marco que el ordenamiento jurídico establece, como quiera que la actividad de la Administración debe siempre estar enmarcada por el principio de legalidad. Por ello, no puede pensarse en el otorgamiento de un poder ilimitado, ello redundaría en arbitrariedad (…)"*[1]

Así pues, en palabras textuales del citado artículo 40 de la Ley 80 de 1993[2]:

> *"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*

[1] Consejo de Estado. Sentencia del 4 de mayo de 2000 (13073). C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros
[2] *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".*

la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración". (negrillas por fuera del texto original).

Lo previsto en la referida norma les otorga a las entidades cuya contratación se encuentra sujeta al EGCAP, la facultad de incluir los acuerdos, pactos o condiciones que considere necesarias y convenientes para lograr los fines pretendidos con la respectiva contratación, siempre que estos no sean contrarios a la constitución, a la ley, al orden público y a los principios y finalidades del propio Estatuto y de la buena administración.

2. SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL, SUS LÍMITES Y FORMALIDADES:

A lo largo de la ejecución del contrato estatal, es posible que se presenten situaciones sobrevinientes que demanden la modificación de las condiciones inicialmente pactadas con el fin de lograr la finalidad perseguida -o su cumplimiento efectivo-, para lo cual la buena fe exige que las partes tengan una relación de intercambio, de colaboración y de cooperación respecto del interés común. En el ordenamiento jurídico colombiano los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su objetivo, la realización efectiva de los fines del Estado, e inclusive el cumplimiento de las normas que los regulan.

Las modificaciones deben ser producto, entre otros, de la manifestación de la autonomía de las partes. Al respecto, el Consejo de Estado a expuesto:

"los pactos modificatorios del contrato, sea cual fuere su denominación, son oportunidades que las partes tienen, como manifestación y ejercicio de la autonomía de la voluntad, para recobrar la equivalencia de las prestaciones establecida al inicio de la relación jurídica, cuando esta haya sido quebrantada por circunstancias extraordinarias, imprevisibles o imprevistas."[3]

Por su parte, la honorable Corte Constitucional resaltó que las modificaciones a los contratos **deben ser excepcionales**, por causas que verdaderamente se justifiquen y debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, así como probada y justificada. En este sentido, Colombia Compra Eficiente en Concepto C – 759 de 2022 citó en términos de dicha Corte lo siguiente:

"(…) 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*

[3] Consejo de Estado. Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Rad. No. 49840. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Av. Calle 26 No. 69D - 91 Torre 2, oficina 606- Centro Empresarial Arrecife. Bogotá, Colombia. PBX: +571 4824868
@beltranpardoabogados @bpaabogados bpaabogados bpabogados Beltrán Pardo Abogados Beltrán Pardo Abogados www.beltranpardo.com

*Consulta y Servicio Civil en que l**a 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.** 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. (…) 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**" (Negritas y subrayas fuera del texto).*

Así las cosas, si bien es legalmente permitido que las partes modifiquen los contratos estatales celebrados, dichas modificaciones deben responder a causas reales y ciertas, y no a la simple liberalidad o voluntad de las partes, y deben respetar dos límites adicionales: (i) por un lado que las modificaciones no pueden conllevar a que el contrato mute su objeto, pues, de ser así, se podría estar en presencia de un nuevo negocio jurídico[4]; y (ii) no se deben modificar los criterios que sirvieron de ponderación o evaluación para seleccionar al contratista.

Adicionalmente, al igual que el nacimiento del contrato estatal requiere del consentimiento de las partes involucradas, la modificación del contrato estatal también requiere, por regla general, del consentimiento de los contratantes.

[4] Sin hacer énfasis en aquellas facultades excepcionales, como la modificación unilateral, con que cuentan las entidades del Estado.

Av. Calle 26 No. 69D - 91 Torre 2, oficina 606- Centro Empresarial Arrecife. Bogotá, Colombia. PBX: +571 4824868
@beltranpardoabogados @bpaabogados bpaabogados bpabogados Beltrán Pardo Abogados Beltrán Pardo Abogados www.beltranpardo.com

Por su parte, en relación con las formalidades de las modificaciones, para que nazca a la vida jurídica una modificación contractual debe constar por escrito. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha concluido:

> *"en cuanto que la modificación respecto de un acuerdo que consta por escrito debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificatorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del segundo ha de ser exigida para el reconocimiento de eficacia, existencia y validez del primero."*[5]

Sobre lo que se sí se puede modificar en un contrato estatal, el Consejo de Estado[6] ha establecido que se puede alterar la forma en cómo se va a ejecutar el contrato, esto es, sus especificaciones técnicas, así como su forma de pago, entre otras, así:

> *"Los contratos podrían ser modificados no solo en cuanto a su valor, sino en sus demás estipulaciones:* ***la forma en que se va a ejecutar,*** *materiales más idóneos que emplear,* ***alterando las especificaciones técnicas previstas para la prestación, la forma de pago****, su duración, y aún su naturaleza. Lo anterior, pone en cuestión si una vez perfeccionado el contrato, la Administración o las partes tendrían plena libertad de configuración para alterar lo pactado, o si está sometido a límites o restricciones que obligarían a revisar" (negrita y subrayas fuera del texto)*

Así pues, podemos concluir que tanto la ley como la jurisprudencia han avalado la viabilidad de las modificaciones contractuales, pero solo procede en casos excepcionales para proteger los fines del Estado a los que sirve el contrato, siempre que exista una causa real y cierta, que no se modifiquen los elementos de la esencia del contrato (que pueda implicar que el negocio inicialmente celebrado derive en otro diferente) y se realice cumpliendo con las formalidades previstas en la ley.

3. EN RELACIÓN CON LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO Y FORMA DE PAGO EN LOS CONTRATOS DE INTERVENTORÍA:

Colombia Compra Eficiente ha concluido que las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública tienen autonomía para configurar el precio del contrato y establecer en él un sistema de pago apropiado para satisfacer los fines de la contratación, así:

> *"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***

[5] Consejo de Estado. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Rad. No. 15596. C.P: Mauricio Fajardo Gómez
[6] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2263 del 17 de marzo del 2016.

establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación estatal, *respetando los límites previstos en el ordenamiento jurídico"*[7] *(Negrita fuera del texto)*

Así mismo, la misma Entidad ha señalado que, bajo el postulado de la autonomía de la voluntad, las partes del contrato tienen una amplia libertad para estipular la forma de pago en los contratos[8], la cual, a su vez, podrá ser objeto de modificación, toda vez que no corresponde a un elemento de la esencia del contrato.

En Colombia existen diversos esquemas para la remuneración de los interventores a lo largo y ancho del país, pero que, de manera general, podemos resumir en los siguientes 3 grandes esquemas:

ESQUEMA 1	ESQUEMA 2	ESQUEMA 3
Remuneración mensual de reconocimiento y reembolso de costos directos, afectado por un factor multiplicador, más reembolso de otros costos indirectos (destinados para la ejecución del proyecto).	Remuneración asociada al avance del proyecto objeto de control.	**Esquema Híbrido:** pago de un costo fijo y un porcentaje variable asociado al avance del proyecto objeto de interventoría.

Ahora bien, sobre la naturaleza de la modificación de la forma de pago, Colombia Compra Eficiente ha establecido *que "…la modificación de la forma de pago del contrato previamente aceptada por ambas partes no implica que la denominación del contrato inicial desaparezca, toda vez que su objeto y condiciones esenciales permanecen."*[9]

Por todo lo expuesto, se concluye entonces que la legislación colombiana le ha otorgado a las Entidades un amplio margen de configuración para definir el precio y la forma de pago de este en los contratos estatales, incluido el contrato de interventoría, los cuales a su vez podrán ser objeto de modificación con posterioridad a su definición, siempre cuando se observen los límites y formalidades previstos en la norma para esto.

4. SOBRE EL PRINCIPIO DE CONMUTATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES:

Dentro de los principios que rigen la contratación estatal, y que consideramos pertinente para el presente análisis, se encuentra el denominado **"principio de la**

[7] Colombia Compra Eficiente. Concepto 812 de 2022
[8] Colombia Compra Eficiente. Concepto C – 650 de 2021
[9] Colombia Compra Eficiente. Concepto 4201813000008707 – 2018

Av. Calle 26 No. 69D - 91 Torre 2, oficina 606- Centro Empresarial Arrecife. Bogotá, Colombia. PBX: +571 4824868
@beltranpardoabogados @bpaabogados bpaabogados bpabogados Beltrán Pardo Abogados Beltrán Pardo Abogados www.beltranpardo.com

conmutatividad", derivado del artículo 1498 del Código Civil que dispone que los contratos onerosos son conmutativos cuando cada una de las partes contratantes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente de lo que la otra parte debe dar o hacer.

En este sentido, la conmutatividad de contrato estatal se funda sobre la base de su equilibrio, así como de la equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas a cargo de las partes, so pena de que, en caso de verse afectada, pueda generar la necesidad de realizar reajustes y modificaciones.

Sobre el Principio de la Conmutatividad, el Consejo de Estado ha expuesto:

> *"el fenómeno de la **conmutatividad de contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas** y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse."*[10] *(Negrita fuera del texto)*

El referido principio, ha quedado igualmente reconocido en el artículo 27 de EGCAP, que dispone:

> *"Artículo 27. DE LA ECUACION CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*
> *(…)".*

Acorde con lo expuesto, es obligación de las partes en el contrato estatal procurar que las prestaciones pactadas, esto es, los derechos y obligaciones, mantengan su equivalencia a lo largo de la ejecución del contrato, debiendo para esto adoptar todas las medidas que se consideren necesarias y oportunas, como puede ser la propia modificación del acuerdo negocial.

V. CASO EN CONCRETO

Mediante oficio de fecha 7 de junio de 2023, el contratista de interventoría del Contrato N° C-001-2023, FAMA Consultores S.A.S., presentó a la entidad contratante,

[10] Consejo de Estado. 22 de junio de 2011. Rad. No. 18836 C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Gobernación de Sucre, solicitud de modificación de la forma de pago del citado contrato de interventoría, y de una exigencia prevista en el contrato, sobre las características de la cuenta bancaria del contratista donde se efectúan los pagos.

Como sustento de la solicitud, el Contratista de Interventoría, expuso en síntesis, lo siguiente:

a. La forma de pago inicialmente pactada, y aceptada por el Interventor al suscribir el contrato de interventoría, *"… no se ajusta a lo estimado en la norma, la jurisprudencia y lo conceptuado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente",* toda vez que al ser el Contrato de Interventoría un contrato un contrato principal y autónomo, la forma de pago en función de los avances del proyecto objeto de vigilancia, desconoce lo previsto en la norma y en los pronunciamientos jurisprudenciales.

b. Supeditar el pago de la Interventoría al avance del contrato objeto de esta, *"… restringe y limita la posibilidad que tal remuneración tenga lugar por causa de un tercero o un hecho que no le es atribuible, situación que constituye sin duda una afectación injustificada al patrimonio del Interventor, ya que este debe asumir por su cuenta toda la carga económica que apareja la ejecución del mismo…".*

Propuso el Contratista en su comunicación que la forma de pago se modifique en cualquiera de las siguientes alternativas:

Propuesta 1, de acuerdo con la forma de pago cargada en Gesproy:

CLÁUSULA TERCERA: FORMA DE PAGO: El Departamento de Sucre pagará al contratista mediante ***8 pagos parciales de $67.691.649,65 cada uno y otro pago al finalizar el contrato de $33.845.824,83,*** *previa aprobación por parte del supervisor, respectiva cuenta de cobro y/o factura con los soportes que acrediten estar al día con las obligaciones de seguridad social vigentes (…)*

Propuesta 2, de acuerdo con el avance mensual del contrato:

CLÁUSULA TERCERA: FORMA DE PAGO: El Departamento de Sucre pagará al contratista mediante ***10 pagos parciales de $57.537.902,20 cada uno,*** *previa aprobación por parte del supervisor, respectiva cuenta de cobro y/o factura con los soportes que acrediten estar al día con las obligaciones de seguridad social vigentes (…)*

En relación con la solicitud y la sustentación esgrimida por FAMA Consultores S.A.S., sea lo primero señalar que **no le asiste razón al Contratista cuando afirma que haber pactado la forma de pago del Contrato de Interventoría en función de los avances del**

proyecto objeto de control constituye un desconocimiento o vulneración de la legislación colombiana, y de lo expuesto tanto por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como por Colombia Compra Eficiente, ya que como fue referido en líneas precedentes, el ordenamiento jurídico colombiano le otorga un amplio margen de discrecionalidad a las entidades estatales y a los contratistas para pactar las condiciones o estipulaciones que consideren necesarias y adecuadas para obtener los fines de la contratación estatal, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, y no existe norma que prohíba expresamente pactar la forma de pago del interventor en función del avance del proyecto objeto de interventoría.

Causa extrañeza a este estudio jurídico que el Contratista haya presentado oferta a un proceso de contratación que consideraba ilegal en cuanto la forma de pago establecida desde el pliego de condiciones, pues en la etapa de observaciones debió advertir su inconformidad y no a estas instancias de la ejecución contractual donde claramente se aprecia de lo desarrollado en el presente concepto que esta forma de pago no solo es legal, sino que corresponde a una de las alternativas previstas por Colombia Compra Eficiente.

Ahora bien, a pesar de que pactar la remuneración de la interventoría en función de los avances del proyecto objeto de control no es una disposición ilegal o contraria a lo previsto en las leyes colombianas, sí puede ser objeto de modificación justamente en ejercicio de la autonomía de la voluntad, considerando las particulares condiciones del contrato.

No se puede perder de vista que el objetivo de las interventorías, tal como lo ha expuesto el Consejo de Estado, es ***"… supervisar o vigilar que la obra se construya de conformidad con lo estipulado en el contrato"***[11]**,** entendiéndose por obra cualquier objeto contractual cuya ejecución, control y vigilancia se asigne a un interventor. A pesar que actualmente no existe una definición legal de interventoría, el derogado Decreto 2090 de 1989 *"por el cual aprueba el reglamento de honorarios para los trabajos de arquitectura"*, en el numeral 6 indicaba que:

> *"se entiende por interventoría el servicio prestado por un profesional o persona jurídica especializada,* ***para el control de la ejecución del proyecto arquitectónico o de la construcción****".*

Nótese cómo ambas definiciones se refieren a gestiones de supervisión, vigilancia o control, no así a acciones de resultado tales como garantizar o asegurar un resultado determinado. De manera evidente, el adecuado desarrollo de las acciones de supervisión, vigilancia y control en cierta medida se verifican a través de la validación de un resultado concreto, pero no puede ser este el único, ni el principal criterio para que quien se encarga de la supervisión, vigilancia o control acceda al reconocimiento de sus derechos,

[11] Consejo de Estado. 18 de febrero de 2013. Sección primera citado por la Sección Tercera – Subsección B. C.P.: Danilo Rojas Betancourth. Rad. 24266.

Av. Calle 26 No. 69D - 91 Torre 2, oficina 606- Centro Empresarial Arrecife. Bogotá, Colombia. PBX: +571 4824868

@beltranpardoabogados @bpaabogados bpaabogados bpabogados Beltrán Pardo Abogados Beltrán Pardo Abogados www.beltranpardo.com

especialmente el de remuneración, pues sería tanto como aceptar que el interventor no solo debe vigilar, supervisar y controlar la ejecución de un contrato, sino garantizar un resultado concreto, caso hipotético en el cual no solo se tendría que dotar al interventor de múltiples facultades legales que le permitan en la práctica realmente asegurar un resultado, con independencia de terceros.

Así las cosas, en el caso objeto de análisis, una vez revisada la documentación remitida, en consonancia con las disposiciones legales, los pronunciamientos jurisprudenciales y los conceptos emitidos por la propia Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, se concluye que **es jurídicamente viable la modificación de la forma de pago inicialmente pactada en el Contrato de Interventoría N° CM-001-2023,** toda vez que dicho elemento del contrato de interventoría no corresponde a un elemento de la esencia de este, cuya variación podría devenir en la celebración de un nuevo negocio jurídico, y que este no fue un criterio para la ponderación para la selección de la oferta en el curso del proceso de contratación.

Ahora bien, para definir los términos de la modificación del esquema de la forma pago, es decir, establecer cuál será la forma de pago que regirá el acuerdo entre las partes a partir de la celebración del respectivo otrosí, es importante que la entidad contratante tenga en cuenta que el presupuesto asignado para el contrato de interventoría deberá garantizar la prestación del servicio en un plazo igual al inicialmente previsto para la ejecución del contrato objeto de esta, es decir, el contrato cuyo objeto es la *"IMPLEMENTACIÓN DE LAS RUTAS DE EMPRENDIMIENTO Y EMPLEABILIDAD EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA SUCRE ESCUCHA EN EL DEPARTAMENTO DE SUCRE",* por lo tanto, para la modificación de la interventoría, se sugiere tener en cuenta el estado actual de cumplimiento del contrato y la estimación que a la fecha se tenga para la culminación del referido proyecto, con el fin de garantizar que la interventoría contratada para su control y vigilancia efectivamente acompañe la ejecución del mismo durante toda su vigencia, y que, en caso de celebrarse prorrogas o modificaciones de este (independiente su causa), la entidad contratante garantice la permanencia de la interventoría y el adecuado desarrollo de su labor.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De las consideraciones expuestas a lo largo de este documento, así como la revisión del caso concreto concluimos:

- La legislación colombiana permite que los contratos estatales se modifiquen durante su ejecución, siempre que dichas modificaciones respondan a causas reales y ciertas, y no a la simple liberalidad o voluntad de las partes, aunque es necesaria su concurrencia.

- Adicionalmente, la ley exige que se respeten dos límites: (i) por un lado que las modificaciones no pueden conllevar a que el contrato mute su objeto o los elementos de la esencia, pues, de ser así, se podría estar en presencia de un nuevo negocio jurídico; y (ii) no se deben modificar los criterios que sirvieron de ponderación o evaluación para seleccionar al contratista.

- El ordenamiento jurídico colombiano le otorga un amplio margen de discrecionalidad a las entidades estatales y a los contratistas para pactar las condiciones o estipulaciones que consideren necesarias y adecuadas para obtener los fines de la contratación estatal, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada.

- Dicha discrecionalidad encuentra sus límites, entre otros, en los principios y reglas que regulan el régimen de contratación de las entidades estatales, siendo el principio de conmutatividad de las prestaciones uno de estos límites en virtud del cual, en los contratos onerosos, las obligaciones que asume cada una de las partes contratantes, bien sea de dar, hacer o no hacer una cosa, se miran como equivalente de lo que la otra parte debe dar, hacer o no hacer.

- La modificación de la forma de pago inicialmente pactada en el Contrato de Interventoría N° CM-001-2023 es viable toda vez que dicho elemento no corresponde a un elemento de la esencia de este, y que este no fue un criterio para la ponderación para la selección de la oferta en el curso del proceso de contratación.

- Así las cosas, para la modificación de la interventoría, se sugiere tener en cuenta el estado actual de cumplimiento del contrato objeto de control y la estimación que a la fecha se tenga para la culminación del referido proyecto con el fin de garantizar que la interventoría contratada para su control y vigilancia, efectivamente acompañe la ejecución del mismo durante toda su vigencia, y que, en caso de celebrarse prorrogas o modificaciones de este (independiente su causa), la entidad contratante garantice la permanencia de la interventoría y el adecuado desarrollo de su labor.

- Así mismo, sugerimos analizar la viabilidad de pactar una forma de pago en la que se reconozcan de manera mensual los costos directos y que un porcentaje del valor a pagar se deje sujeto al avance del proyecto objeto de interventoría con el fin, entre otros, de establecer los incentivos adecuados para procurar el oportuno cumplimiento del contrato de interventoría con la debida vigilancia y control al contrato objeto de interventoría.

En estos términos remitimos el presente concepto que pueda servir de soporte a la Gobernación de Sucre exclusivamente en la toma de decisiones de su competencia, pero no puede utilizarse por cualquier otro tercero o usarse para propósito distinto al establecido para

el caso particular y concreto, ni obliga a la Gobernación de Sucre a acoger nuestra posición jurídica.

Atentamente,

JORGE HERNÁN BELTRÁN PARDO
Socio – Gerente

LAURA CARMONA ALVAREZ
Subdirectora Legal