Bogotá D.C., 11 de noviembre de 2024

Señores
Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil

REFERENCIA: Observaciones a los Pre-Pliegos de Condiciones. Procesos No. 24001325 H3 "**OBJETO: REALIZAR INTERVENTORIA INTEGRAL AL MANTENIMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA FISICA LADO AIRE DE LOS AEROPUERTOS DE NEIVA Y PITALITO HUILA, IBAGUE TOLIMA, PUERTO ASISPUTUMAYO Y FLORENCIA CAQUETA (VF)**

Respetados Señores,

A continuación, remitimos a la Entidad nuestras observaciones a los prepliegos del proceso en referencia, esperamos sean tenidas en cuenta.

1. Teniendo en cuenta que la forma de pago del interventor tiene un componente relacionado con el avance de obra, remitimos a la entidad la siguiente observación:

Recientemente el Consejo de Estado y Tribunales de arbitramento han manifestado de manera clara que esta forma de pago es inconveniente, desdibuja la naturaleza del trabajo de interventoría y además es **INEFICAZ EN PLENO DERECHO**. A continuación, citamos una sentencia y un laudo arbitral:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección A del 17 de Octubre de 2023, con Radicación 25000232600020210049001 (69492), indicó:

  "De la lectura de la cláusula en comento, la Sala advierte que, ciertamente, la metodología en que se convino el pago del contrato de interventoría se supeditó, por entero, al cabal cumplimiento del contrato intervenido, en la medida en que el desembolso acordado procedía siempre que se verificara el cumplimiento del contrato de prestación de servicios supervisado.
  Ello se desprende del hecho de que la entrega de los hitos a que se obligó el interventor, circunstancia a la cual se condicionó el pago del objeto de la interventoría, pasaba por la verificación y aprobación a satisfacción e informe de entrega de los productos por el contratista. De ahí surgía con claridad que, si el ejecutor del contrato intervenido no entregaba los productos, en el tiempo acordado, al interventor no se le reconocería su contraprestación.
  Precisado lo anterior, la Sala considera que ***un acuerdo de esa índole se aparta de la naturaleza del contrato de interventoría, habida cuenta que desconoce que, al margen de que el contratista vigilado incurra en incumplimiento, ello no se traduce en que por esta circunstancia la labor de la interventoría automáticamente adolezca del mismo reproche o que ese hecho pueda***

entenderse o equipararse como una desatención de las obligaciones contraídas en el marco de este vínculo negocial. No puede perderse de vista que la tarea del interventor se centra en realizar el seguimiento técnico, financiero y jurídico del contrato sobre el que recae su objeto, mas no en asegurarlo, *como si se tratara de un contrato de garantía; por manera que* ***la gestión del interventor puede considerarse cabalmente satisfecha cuando este formula correctivos, informa a la entidad acerca de hechos de incumplimiento del contrato inspeccionado que darían lugar a la imposición de sanciones, rechaza o se abstiene de recibir las obras, bienes o servicios prestados, cuando estos no cumplan con los requisitos preestablecidos, eventos en los cuales su trabajo debe ser recompensado.***

Estas reflexiones permiten considerar que ***la sujeción del pago de la contraprestación atinente al contrato de interventoría, subordinada en un ciento por ciento al cumplimiento del contrato supervisado, eventualmente y, en principio, podría encajar en el supuesto previsto en el literal d) numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que castiga con INEFICACIA DE PLENO DERECHO UNA ESTIPULACIÓN DE IMPOSIBLE CUMPLIMIENTO****, toda vez que, como se precisó, el objeto del contrato de interventoría en línea con su naturaleza no se traduce en la garantía de la satisfacción del objeto del negocio jurídico intervenido, por lo que* ***no resulta posible ofrecer que las obligaciones del contrato objeto de seguimiento serán acatadas a plenitud, ya que tal circunstancia no depende de manera directa del que se obliga a que así sea, sino de la actuación y voluntad de un tercero.”***

Asi mismo, el Salvamento de Voto de la Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico de esa misma sentencia señala:

El pago en un contrato de interventoría no puede condicionarse al cumplimiento del contratista objeto de seguimiento, en tanto de esa forma se configura una obligación de imposible cumplimiento. *Tampoco la negativa de una prórroga por parte del interventor, de un contrato así condicionado, enerva la obligación de pago de las obligaciones efectivamente satisfechas.*

En el sub lite, la modificación de la cláusula de pago, contrario a lo expuesto por la mayoría, no saneó esta irregularidad, toda vez que un porcentaje se siguió sujetando al cumplimiento de una condición ineficaz. Efectivamente, el 30% de los pagos dos a cinco y la totalidad del último pago se condicionaron a un hecho que no estaba bajo el control del interventor, como lo era el cumplimiento de su vigilado.

El carácter de imposible cumplimiento de dicha carga se desprende del hecho de ser de la esfera exclusiva y excluyente del vigilado a través del contrato de interventoría. ***Las obligaciones del interventor se limitan a advertir oportunamente los posibles incumplimientos, a través de una estricta vigilancia, pero no van más allá, como por ejemplo y de acuerdo con el sentido del fallo que me aparto, imponer al intervenido que cumpla. Esta obligación corresponde a la entidad pública contratante.*** *A mi juicio, con* ***la interpretación que se hizo en el proyecto sobre las***

obligaciones del demandante desborda la naturaleza misma del contrato de interventoría.

Es cierto que, al momento de modificar la forma de pago, bien pudo el actor dejar de presente cualquier inconformidad en relación con este punto; sin embargo, esta "aquiescencia" del contratista, tampoco avaló una cláusula claramente ineficaz. En otras palabras, el consentimiento de ambas partes no borra la consecuencia que previó el legislador para las obligaciones de imposible cumplimiento.

De otro lado, el hecho de que el interventor se rehusara a suscribir una prórroga con la que no estaba de acuerdo, tampoco tenía la consecuencia que le dio la mayoría, es decir, la pérdida del saldo restante de dicho contrato. De esta forma, la mayoría de la Sala mantuvo los efectos de la condición, que en otros apartados consideró ineficaz, es decir, que el contratista vigilado cumpliera.

La prórroga del plazo del contrato en las mismas condiciones ineficaces de pago, tanto solo sometió al interventor a una obligación de imposible cumplimiento. En efecto, si el interventor hubiera suscrito la prórroga, además del desgaste en tiempo, su pago habría quedado sujeto a la condición que se calificó como ineficaz. En otras palabras, el interventor se limitó a no prorrogar un contrato que le resultaba evidentemente contrario a sus intereses.

La interpretación de la sentencia relativa a que el interventor quedó atado, irremediablemente, a la prórroga, por el sólo hecho de que su existencia estaba ligado al contrato vigilado (cláusula sexta), además de ser excesiva, en tanto dicha cláusula tan sólo se estipuló como una advertencia para el interventor de la condición natural de la que dependía su relación contractual, saneó el origen ineficaz de la cláusula de pago de la interventoría, puesto que la prolongó en sus efectos y dejó un escenario sin salida para el interventor.

En suma, ***el interventor tenía derecho al pago de lo efectivamente realizado, sin condicionamientos ineficaces, los cuales la mayoría hizo pervivir para negar las pretensiones de la demanda, interpretación de la cual me aparto****.*

- Laudo Arbitral (Cámara de Comercio de Bogotá) Consorcio Sedes Educativas vs. PA FFIE Radicado No. 126473 (Pág 126-127) Marzo de 2023:

  *"180. Adicionalmente cabe resaltar que el CSE (*Consorcio Sedes Educativas - Interventor*), precisamente en ejecución de sus compromisos contractuales, recomendó la terminación del CMO (*Contrato Marco de Obra*) por incumplimiento del Contratista de Obra, circunstancia que no puede traer consigo el efecto perverso de la liberación del PA FFIE (*Patrimonio Autónomo del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa - Contratante*) de sus obligaciones bajo el CMI (*Contrato Marco de Interventoría*) y/o las Actas de Servicio, pues lo que ello significaría, en la práctica, es que el CSE estaría asumiendo un riesgo en su contra por ejecutar debidamente sus compromisos contractuales.*

  181. Finalmente destaca el Tribunal que ***la evidente conexión entre el CMO y el CMI no implica el desaparecimiento de la autonomía de cada contrato, ni menos la transformación de la naturaleza del CMI, pasando de conmutativo a***

aleatorio, donde el CSE quedaba sujeto a los avatares del CMO para conservar o perder sus derechos bajo el Contrato Marco de Interventoría.

182. Corolario de lo expuesto es, entonces, que, ***como es obvio, el alcance de la § 9.9 de los TCC referente a la asunción por el CSE de los riesgos previsibles en la ejecución del CMI y de las Actas de Servicio, no comporta el riesgo de perder su remuneración con la consiguiente liberación del PA FFIE de sus obligaciones de este tipo para con el CSE como consecuencia de la extinción de las AS respecto de las Fases 1 y 2, derivada de la terminación del CMO.***

183. Pero dicho lo precedente, el Tribunal precisa que no ha escapado a su atención lo establecido en la § 7 de las Actas de Servicio sobre correspondencia del precio de estas con su "ejecución total y completa". No obstante, como surge de lo explicado en la § D.3.4 supra del presente capítulo, la estipulación en referencia –en línea con el atrás mencionado carácter conmutativo de los contratos de interventoría– naturalmente presupone la ejecución regular de los Acuerdos de Obra correspondientes a las Actas de Servicio, lo cual, evidentemente, no ocurrió en este caso.

184. Por ende, la lectura de la parte citada de la § 7 in fine debe ser hecha en forma coherente, pues, de lo contrario, y como atrás se dijo, ***se produciría un efecto perverso o, puesto de otra manera, una situación donde el CSE de todas maneras perdería su remuneración, pues, en efecto, (i) si cumplía con sus compromisos contractuales, advirtiendo yerros del Contratista de Obra que llevaran a que no se ejecutarán totalmente los Acuerdos de Obra –y, por tanto, las Actas de Servicio– no tendría derecho a reclamar el pago por falta de la "ejecución total y completa"; o (ii) si no cumplía con sus compromisos contractuales, y pasaba por alto los yerros del Contratista de Obra, con el resultado de alcanzarse la susodicha "ejecución total y completa", también vería afectada su remuneración como consecuencia de la responsabilidad asociada con la ejecución imperfecta de sus obligaciones contractuales."***

Por lo tanto, de manera respetuosa, **SOLICITAMOS MODIFICAR LA FORMA DE PAGO DEL INTERVENTOR, DE TAL FORMA QUE DEPENDA ÚNICAMENTE DE SU DESEMPEÑO Y NO SE CONFIGURE COMO INEFICAZ EN PLENO DERECHO**.

2. Entendemos que los oferentes pueden modificar el Factor Multiplicador, costos directos y costos de personal aun por encima del valor contemplado por la entidad ¿es correcta nuestra apreciación?

Cordialmente

ALVARO FRANCISCO BETTIN DIAGO
Representante Legal
SERVICIOS DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S.