



20224000091261

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado: 20224000091261
Fecha: 2022-08-12 18:09

Bogotá D.C

Señor
ARIEL ALBERTO CORREDOR
Representante legal (S)
MAB INGENIERIAS DE VALOR S.A
Bogotá D.C.

Asunto: Su oficio MAB -SGM-0252-0248-22 de 8 de agosto de 2022

Cordial saludo,

En atención al oficio cuyo asunto es **“GL. Contrato de obra SGM-0249-2021. Comunicación GD-CR- 0044. Solicitud de levantamiento de la suspensión No. 3. Alternativas para su ejecución.”**, mediante el cual informa “la mejor alternativa es la de ejecutar los tres puentes, para lo cual, la Entidad debería disponer de los recursos faltantes para adicionar el contrato y realizar los trámites pertinentes para permitir parte de la ejecución del proyecto en el año 2023Y y solicita “determinar las acciones a seguir, con base en los diferentes escenarios que se presentan, decisión que se deben informar oficialmente en el menor tiempo posible”, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es necesario señalar que, para efectos de definir el paso a seguir respecto de la ejecución del contrato, la supervisión solicitó a la interventoría mediante oficio 20224200080091 del 25 de julio de 2022, un informe con el análisis de los siguientes puntos:

1. Informe técnico, administrativo, financiero, jurídico del contrato SGM 249 -2021.
2. Riesgos, jurídicos y financieros de ejecutar o no ejecutar los proyectos.
3. Recomendación de la interventoría.

Y para el anterior propósito se puso de presente en el oficio antes mencionado la necesidad de analizar las siguientes circunstancias:



“1. Ajustes de diseños; para iniciar la ejecución de los proyectos se requiere realizar un ajuste a los estudios y diseños, que demanda la apropiación de recursos adicionales y es posible que el resultado afecte el alcance del objeto contractual.

2. Permisos ambientales; se solicitó el permiso de ocupación de cauce desde el pasado mes de enero de 2021 y a la fecha no se ha otorgado el permiso solicitado.

3. Plazo de ejecución del contrato, de acuerdo con el resultado del proceso de estructuración los proyectos requieren un plazo de cuatro (4) meses, quedando cinco meses de la vigencia actual para lograr la ejecución dentro del plazo inicial, sin posibilidad de prórroga.

4. Reserva presupuestal; adicionalmente, debe tenerse en cuenta que los recursos que amparan la financiación del contrato SGM 249 2021, provienen del convenio SGM 209 2021 suscrito entre el DAPRE y la ART, los cuales fueron constituidos como reserva presupuestal en el 2021 y por ello, deben ser ejecutados en la presente vigencia, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2022; pues, de no lograrse el objetivo se constituirá en vigencia expirada con las consecuencias que de ello se derivan.”

Lo anterior fue revisado entre la interventoría y la Agencia en reunión realizada el 29 de julio de 2022; en la citada reunión previo el análisis de las situaciones evidenciadas se definieron los riesgos jurídicos, técnicos, ambientales, financieros y presupuestales derivados de la ejecución del contrato por la interventoría y en consecuencia, se expusieron los siguientes escenarios:

ALTERNATIVA	TÉCNICO	FINANCIERO	SOCIAL	LEGALMENTE
Alt 1 - Se ejecutan los tres puentes: <ul style="list-style-type: none"> Se cumple con el objeto contractual al 100% Se requiere adición de \$622.263.155 Plazo construcción 4 meses para cada puente sin contratiempos. 	<ul style="list-style-type: none"> Se requiere la aprobación de los diseños por parte de la Entidad Responsable Puede requerir ampliación de plazo 	<ul style="list-style-type: none"> Requiere adición de recursos Se requiere modificación del contrato para incluir los No previstos Recursos en reserva 	<ul style="list-style-type: none"> Se cumple con las expectativas tanto de necesidades de ejecución de los puentes como de trabajo que tiene las comunidades 	<ul style="list-style-type: none"> Riesgo de investigación por deficiencias en la estructuración y planeación. Limitaciones en el tiempo de ejecución de los recursos (Recursos en reserva)
Alt 2 - Se ejecutan dos puentes: <ul style="list-style-type: none"> No se cumple con el objeto contractual al 100% Quedan recursos disponibles. Plazo construcción 4 meses para cada puente sin contratiempos. 	<ul style="list-style-type: none"> Se requiere la aprobación de los diseños por parte de la Entidad Responsable Puede requerir ampliación de plazo 	<ul style="list-style-type: none"> Se requiere modificación del contrato para incluir los No previstos Recursos en reserva Posible reclamación por utilidad esperada del puente que no se va a ejecutar. Diseños del puente que no se ejecute 	<ul style="list-style-type: none"> Se requiere manejo social para el puente que no se ejecutará. Se cumplen parcialmente las expectativas de la comunidad (Obra – Trabajo). 	<ul style="list-style-type: none"> Riesgo de investigación por deficiencias en la estructuración y planeación. Limitaciones en el tiempo de ejecución de los recursos (Recursos en reserva)
Alt 3 - Se ejecutan dos puentes: <ul style="list-style-type: none"> No se cumple el objeto Liquidación anticipada del contrato 		<ul style="list-style-type: none"> Posible reclamación del contratista de obra por la utilidad esperada. 	<ul style="list-style-type: none"> Se requiere de manejo social ante las comunidades. No se cumplen las expectativas de la comunidad. 	<ul style="list-style-type: none"> Riesgo de investigación por deficiencias en la estructuración y planeación. Posible reclamación del contratista.



Al respecto, es necesario recordar a la interventoría que durante el análisis de los escenarios posibles y en particular se expusieron las siguientes situaciones advertidas por parte de la Agencia:

1. RESERVA PRESUPUESTAL DE LOS RECURSOS

En cuanto a este punto, la Agencia, señaló que los recursos que respaldan el contrato SGM 249 2022, tienen origen en el convenio interadministrativo SGM 209 2022 suscrito entre la Agencia y el DAPRE mismo que provienen del FRISCO¹, los cuales están sujetos a normatividad especial y se precisó que el plazo del referido convenio está vigente hasta el 31 de diciembre de 2022, fecha en la cual el contrato de obra derivado debe encontrarse terminado y pagado a más tardar en la primera semana del mes de diciembre de 2022.

En ese sentido, con el plazo que resta para la ejecución del contrato y las particulares circunstancias asociadas a la modificación del contrato, se concluyó en consenso con la interventoría la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato sin exceder el plazo límite impuesto por la reserva presupuestal y se concluyó, que de esta circunstancia, se deriva el riesgo de no contar con recursos disponibles para efectuar pagos tanto al contrato de obra como de interventoría después de esta fecha.

2. PLAZO DEL CONTRATO

En cuanto al plazo, se revisó que a la fecha el contrato SGM 249 2021 se encuentra suspendido hasta el próximo 18 de agosto de 2022 y una vez reiniciado, cuenta con cuarenta y un (41) días de ejecución los cuales se vencen el 28 de septiembre de 2022, por lo cual se requiere además prorrogar el contrato mínimo por 3 meses, plazo que atendiendo las circunstancias normales que afectan una obra superaría el límite de la vigencia generando el riesgo de dejar una obra inconclusa.

En virtud de ello, se precisaron los riesgos debido a que el plazo requerido para la ejecución del proyecto y asociado a la constitución de reserva presupuestal indicando que estarán vigentes hasta el 31 de diciembre de 2022, situación que fue entendida por la interventoría.

3. SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO (ajuste de alcance y adición de recursos)

Se informó por la interventoría que el contratista de obra previo ajuste realizado se ha apropiado de los estudios y diseños; no obstante, la actualización realizada generó la

¹ FRISCO, Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado - Frisco - es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. (SAE), reglamentado por el decreto 1787 de 2017



necesidad de replantear la longitud de los puentes, como consecuencia de los problemas de socavación, zonas de inundación y gálibo en cada uno de los sitios, atendiendo la normatividad vigente.

Lo anterior, a su vez genera la necesidad de modificar el contrato para ajustar el alcance del contrato para lo cual, además, se requiere adicionar recursos. Al respecto, entiende la Agencia que, en el marco del principio de mutabilidad de los contratos, sería posible hacer los ajustes que correspondan para lograr la ejecución del mismo; sin embargo, es necesario señalar tal como se expuso en la reunión realizada el pasado 29 de julio de 2022, que en caso similar y en informe de auditoría financiera² realizada por la CGR a la Agencia, este ente de control en el hallazgo 13 (página 73 documento adjunto) concluyó:

“Ahora bien, la ART en su respuesta cita el Principio de Mutabilidad como fundamento a la modificación contractual realizada, si bien este principio le da la posibilidad de modificar unilateralmente sus términos, como bien lo expone la ART, también es cierto que esa posibilidad de modificar tiene algunos límites como bien lo expone el concepto del Consejo de Estado 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(…)”.

Así mismo la Corte Constitucional ya se ha pronunciado en ese tema, puntualmente en su sentencia C-300/12, donde expresa:

“(…)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

² Expedido por la Contraloría General de la República en junio de 2022, se adjunta.



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

"(...)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(...)".

Es importante resaltar que la Corte Constitucional, adicional a lo expuesto anteriormente, también considera 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.

Ahora bien, la Corte si dice que el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente, pero toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes, adicional a esto tampoco puede ser contraria a los principios de la contratación estatal definidos en el Artículo 23 de la Ley 80 de 1993, es decir, el Principio de Mutabilidad no prima sobre los Principios de Transparencia, Economía y Responsabilidad. De esta forma es posible que la modificación sea necesaria, aunque sea consecuencia de falta de previsión. En tal evento, si bien la modificación puede ser procedente, ello no exime de responsabilidad a la entidad.

El Artículo 16 de la Ley 80 de 1993 también es claro en advertir:

"(...)Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios(...)".

Es importante resaltar que el error que llevó a la modificación sustancial del contrato de obra SC 0218 20, se produjo en la etapa precontractual y no en la ejecución del mismo, para la CGR es claro que la modificación, es decir, la reducción del alcance del objeto no se dio con el fin de evitar una paralización en la ejecución, pues la obra no se pudo iniciar por deficiencias en los estudios y diseños.



Adicional a lo anterior, la ART, citando los Principios de Eficiencia, Eficacia y Economía, expone que al realizar el otrosí de modificación maximizó la inversión del recurso garantizando así la ejecución del proyecto dejándolo funcional y de calidad, lo cual permitió el logro del objetivo propuesto, en cumplimiento de la iniciativa identificada por la comunidad. Sin embargo, para la CGR esto no es claro, pues no se entiende como maximizar la inversión se traduce en reducir el alcance del objeto y aumentar el plazo de ejecución, (...)

Por todo lo anteriormente expuesto, para la CGR, es claro que podemos estar ante un caso de un nuevo contrato y no una modificación, pues este poder de modificación de la entidad es limitado, dado que debe respetar, la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, pues una alteración extrema significaría un contrato diferente, ante esto la Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado que elementos deben tenerse en cuenta para determinar si se modifica una condición sustancial del contrato, señalando lo siguiente:

“(...)las entidades contratantes no podrán alterar aspectos sustanciales o esenciales del pliego de condiciones o del documento precontractual, entre otros, los criterios de habilitación y de ponderación de las ofertas y el objeto de la prestación. Ello es así, porque de hacerlo en los procesos precontractual o de ejecución del contrato, se desvirtuaría la selección objetiva, y el concepto de oferta más favorable(...)”.

El artículo 5 de la Ley 1150, establece los siguientes criterios generales para la selección del contratista:

“(...)La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección(...)”.

En este caso, en el Pliego de Condiciones del Contrato de Obra No. SC 0218 20, en el Capítulo III – Requisitos Habilitantes y su Verificación, Numeral 3.5 – Experiencia, señala que por lo menos uno (1) de los contratos válidos aportados como experiencia general cuente con una longitud intervenida correspondiente a por lo menos el 70% de la longitud de carretera a intervenir, para el caso concreto este valor quedó estipulado en 376 metros lineales (ML), al respecto el mismo Consejo de Estado en un concepto con fecha 25/02/2011 expresa:

“(...)No es procedente en la ejecución del contrato modificar aspectos sustanciales del pliego de condiciones que sirvieron de fundamento para la selección objetiva, previstos como requisitos habilitantes y ponderables de las ofertas o como contenido mínimo de la solicitud de elegibilidad. Si así fuera, se desconocerían los requisitos del ordenamiento jurídico, los derechos de los interesados en el proceso



precontractual, y se vulnerarían los principios de libertad de concurrencia, de transparencia y de igualdad de oportunidades(...)”.

Con el mismo criterio uniforme, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado:

“(...)la improcedencia de convocar, seleccionar y contratar bajo unos términos y después, durante la ejecución del contrato, modificar dichas condiciones, pues se causa perjuicio a los demás aspirantes que, probablemente de haberlas conocido, hubieran presentado propuestas en mejores condiciones que la firma elegida. Se recuerdan en este concepto los límites del poder modificadorio surgidos del principio de legalidad administrativa(...)”.

Ante esto es oportuno aclarar, que la Experiencia, como requisito habilitante, exigido en el Pliego de Condiciones fue de 376 metros lineales de longitud intervenida en construcción o mejoramiento en pavimento asfáltico o concreto hidráulico o placa huella de vías primarias o secundarias o vías terciarias o vías urbanas o pistas de aeropuertos, correspondiente al 70% de la longitud a intervenir, en este caso 537 metros lineales, sin embargo, vemos que con el Otrosí No. 3 la longitud intervenida se redujo a 275 metros lineales lo que reduciría el requisito habilitante de experiencia a 193 metros lineales, abriendo de este modo la posibilidad, que más posibles contratistas se hubieran podido presentar a el proceso de licitación.

Y de la misma forma la Corte Constitucional en su sentencia C-300/12, expresa:

“(...)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. En efecto, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales.

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.

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(...)”.

“(...)Finalmente, en sentencia del 26 de enero de 2006, la Sección Quinta del Consejo de Estado señaló que la modificación del contrato estatal puede consistir



solamente en la variación del precio o el plazo, y que cualquier reforma del objeto en realidad es un contrato adicional nuevo(...)”.

El Consejo de Estado, sección tercera en su sentencia del 23/06/2010 expresa:

“(...)En cuanto al objeto del contrato, corresponde a la prestación requerida y acordada por las partes, realmente referida al objeto de la obligación, esto es, aquello a lo cual se obliga el deudor. Designa la prestación a propósito de la cual interviene el acuerdo de voluntades. Por lo tanto, el objeto de la obligación es la prestación prometida(...)”.

Ante esto, se entiende que el objeto de un contrato puede identificarse como la prestación a realizar por parte del contratista, es decir aquello que corresponde a la necesidad que se pretende satisfacer y los elementos accesorios que precisan su contenido, como lo es el alcance del objeto donde se estipulan las especificaciones y características técnicas, los materiales, entre otros.

Aunque en el contrato de obra SC 0218 20, la Clausula 2 que determina el objeto del contrato es amplia, la cláusula 3, que determina el Alcance del Objeto, se podría entender como una extensión del objeto del contrato, pues es en ella donde se determina a que se obliga el contratista.

Por lo anterior, y después de analizada la respuesta de la entidad a las observaciones realizadas en su ejercicio del derecho de defensa y contradicción se ratifica el efecto generado el cual es el detrimento patrimonial al estado en cuantía de (\$.), correspondiente a la disminución del alcance del contrato de obra del 37%. Hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal y disciplinaria.”

Como puede concluirse, es necesario prever el límite que comporta la aplicación del principio de mutabilidad del contrato y revisar con rigurosidad que la modificación contractual que se propone para ejecutar el contrato, no altere la esencia del contrato 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 tal como lo señala el Consejo de Estado, configurando riesgos de tipo fiscal y disciplinario tal como sucedió en el caso citado.

Así las cosas, como quedo suficientemente explicado en la reunión realizada el 29 de julio, se reitera que los recursos que respaldan presupuestalmente el contrato SGM 249 2021 están en reserva presupuestal y sujetos además a la vigencia del convenio SGM 209 2021 y la procedencia de los recursos cuyo plazo se vencen en diciembre de 2022, sin que sea posible garantizar la financiación de los contratos más allá de esas fechas por cuanto este recursos provienen del FRISCO el cual está sujeto a reglamentación y normatividad especial.



En virtud de lo anterior y respecto a su solicitud relacionada con disponer de los recursos faltantes para adicionar el contrato y realizar los trámites pertinentes para permitir parte de la ejecución del proyecto en el año 2023, se informa que la Agencia, no cuenta con recursos disponibles para financiar la adición solicitada y conforme se ha indicado a lo largo de este documento, debido a que el contrato SGM 249 2021 esta sujeto a la vigencia del convenio SGM 209 2021, no es posible que el contrato se ejecute excediendo la vigencia 2022.

Por último, es necesario señalar que la Agencia, ha velado por el cumplimiento del contrato y se han tomado las medidas pertinentes para lograr la ejecución del mismo; así las cosas, vale recordar que en los términos del artículo 84 de la ley 1474 de 2011, la interventoría es la responsable de mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Por lo anterior, se solicita a la interventoría revisar y analizar las situaciones advertidas en la reunión del pasado 29 de julio, mismas que le informó al contratista de obra el pasado 2 de agosto de 2022 y definir la ruta jurídica e impartir las directrices al contratista de obra para

la terminación del contrato o lo que corresponda.

Atentamente,

JOSE ALEJANDRO Firmado digitalmente |
BAYONA CHAPARRO por JOSE ALEJANDRO
JOSE ALEJANDRO BAYONA CHAPARRO

Director de Estructuración y ejecución de proyectos
Agencia de Renovación del Territorio

Anexos: Lo enunciado