



**RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES REALIZADAS A LOS TÉRMINOS DE CONDICIONES
CONTRACTUALES DE LA INVITACIÓN ABIERTA No. 012 FFIE DE 2019**

JOSÉ RICARDO ORJUELA – SERVIC S.A.S

5 de septiembre de 2019

OBSERVACIÓN 1:

Se solicita el cambio de la forma de pago, de tal forma que ésta sea por plantilla fija y no por avance de obra. Existen claros pronunciamientos por parte de la jurisprudencia nacional, conforme a los cuales no resulta procedente trasladar al contratista las consecuencias negativas que se presenten con ocasión del contrato, que no están ligadas a su propia conducta, situación que es justamente la que acaece en la forma de pago establecida. Así mismo, cuenta con amparo legal, ya que el Estatuto General de la Contratación Estatal, contenido en la Ley 80 de 1993, contempla tal posibilidad, en su artículo 40, que prevé lo siguiente: 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" (cursiva y negrilla fuera de texto). Así las cosas, del tenor de la norma transcrita, resulta que el estatuto contractual vigente dejó a las partes de un contrato estatal la posibilidad de celebrar contratos y realizar acuerdos en ejercicio de la autonomía de la voluntad y orientados al cumplimiento de los fines estatales. En este orden de ideas, la modificación propuesta a la forma de pago no constituye alteración alguna al objeto del futuro contrato, en efecto, busca asegurar que su ejecución se surta en debida forma, ya que indistintamente del porcentaje de avance que logre el contratista, la interventoría debe agotar el cabal cumplimiento de su obligaciones, vigilar la ejecución del contrato con el mismo cuidado y disponer del mismo personal en cada momento de su ejecución, queriendo señalar con ello, que la esencia, no se ve alterada con ello, pues por el contrario, lo que se pretende con esta modificación, es garantizar que la finalidad prevista con la celebración del contrato, se cumpla. Sobre este tema vale la pena anotar que la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, se pronunció en forma específica sobre la forma de pago del contrato de interventoría con ocasión de la consulta que le fue realizada en los siguientes términos: "Si el interventor de un contrato de obra cumple con sus obligaciones contractuales y el contratista de obra no, ¿La Entidad Estatal debe pagar la interventoría? COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE: Sí, toda vez que el contrato de interventoría es principal y autónomo del contrato sobre el cual recae su vigilancia y, por lo tanto, para el pago debe tenerse en cuenta el cumplimiento de las obligaciones propias del contrato de interventoría así como el cumplimiento de las condiciones establecidas en el mismo para el pago. LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS: El contrato de interventoría es principal y autónomo del contrato sobre el cual recae su vigilancia. Al respecto, el consejo de Estado ha señalado que "El contrato de interventoría no se encuentra circunscrito al control del contrato de obra (...) El contrato de interventoría es principal y autónomo. Si bien es cierto que el objeto del contrato de interventoría supone y exige, según ya se indicó, la coordinación, la supervisión, el control y a veces hasta la dirección misma de otro contrato diferente, lo cierto es que la interventoría subsiste a pesar de la extinción de la obligación principal o de la finalización del contrato



que aparece como principal, al cual debe su existencia (...) concluye la Sala que el de interventoría corresponde a una especie del contrato de consultoría cuyo objeto concreto consiste en el control, vigilancia, inspección y verificación del cumplimiento de una, varias o todas las obligaciones derivadas de un contrato celebrado por una entidad estatal, en nombre y representación de ella."4. De acuerdo con lo anterior, el pago del contrato de interventoría no depende del cumplimiento del objeto del contrato vigilado sino del cumplimiento de las obligaciones y condiciones de pago allí estipuladas y, por lo tanto, siempre que se cumplan, el contrato de interventoría debe pagarse. En este sentido, la forma de pago establecida 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 éste debe asumir por su cuenta toda la carga económica que apareja la ejecución del mismo, pendiendo de la conducta del contratista de obra, para ver equilibrada tal carga.

RESPUESTA TÉCNICA:

Respetamos su apreciación y el análisis realizado, sin embargo, el PA-FFIE le informa que la determinación de la forma de pago corresponde a la necesidad que tiene la entidad que el interventor estimule a través de su ejercicio laboral la ejecución de las obras a realizar.

OBSERVACIÓN 1:

Solicitamos a la entidad aclarar cómo se resolvería el pago al interventor en caso de que el contrato de obra no ejecute o ejecute parcialmente las metas físicas o presupuesto inicialmente estimado por cualquier de los siguientes aspectos: Terminación anticipada, del contrato, reducción de la meta física, abandono de la obra, caducidad del contrato etc.

RESPUESTA TÉCNICA:

Respecto al contrato de interventoría, el régimen legal de la contratación pública se ha referido a este tanto en la Ley 80 en su artículo 32 en el cual se expone "*Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. (...)*" (subrayado fuera de texto).

Así como, en el artículo 83 de la Ley 1174 de 2011 donde "*La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.*".

Es preciso aclarar al observante que, en dicho régimen legal, así como en el régimen privado de contratación no existe disposición legal alguna que indique cuál debe ser la forma de pago en los contratos de interventoría, por lo tanto, será la Entidad quien defina en los pliegos de condiciones dicha forma de pago.

De conformidad con el artículo 184 de la Ley 195 de 2019, el Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa debe dar cumplimiento a los lineamientos que establezca Colombia Compra Eficiente, entidad que frente al problema ¿La Entidad Estatal puede pagarle al interventor hasta el porcentaje que haya ejecutado el contratista de la obra? ¿El



interventor puede asumir el riesgo del no pago total de su contrato e incluso asumir el riesgo de no cobrar la totalidad del mismo, dado que está sujeto al avance de la obra? Se ha pronunciado y aclara:

“Sí, siempre que el avance de obra hubiera sido la forma de pago establecida en los pliegos de condiciones y en el contrato. En ese caso, el interventor debe asumir el riesgo de que su pago dependa del porcentaje de la obra ejecutado por el contratista del contrato vigilado.

(...)

De acuerdo con lo anterior, nada impide que la Entidad Estatal proponga como forma de pago para el contrato de interventoría el porcentaje de ejecución de la obra objeto del contrato vigilado.

Por último, cuando esa ha sido la forma de pago indicada por la Entidad Estatal en los pliegos de condiciones, el interventor asume el riesgo de que su pago dependa del cumplimiento de esa condición el cual hace parte de la gestión del riesgo en los contratos estatales.”

Conforme a lo anterior, “las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante sus 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”¹, es así que todos los riesgos previsibles que puedan presentarse durante la ejecución contractual serán “asumidos” por el contratista interventor.

En este sentido se considera que, siendo el cumplimiento de un contrato de obra un hecho futuro e incierto, el contratista interventor al presentar propuesta, resultar adjudicatario y suscribir el contrato, asumirá el riesgo de que eventualmente el pago por concepto de costos variables no se va a generar, en el evento, claramente posible, de que el contratista de obra no cumpliera su contrato y/o retardara su cumplimiento.

CAROLINA GALEANO - WSP

9 de septiembre de 2019

OBSERVACIÓN 2:

¿El proceso requiere garantía de seriedad de oferta?, de ser así agradecemos aclarar las características de este documento

RESPUESTA JURÍDICA:

De acuerdo a la naturaleza del objeto a contratar, no se requiere para la presente invitación la entrega de garantía de seriedad de la oferta.

OBSERVACIÓN 3:

El formato 17 Formato Único Vinculación Persona Natural y/o Jurídica, el cual es requerido para solventar el requisito del numeral 6.1.10. Sistema de Administración de Lavado de

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de junio de 2011, Expediente 18836.



activos y de la financiación del terrorismo – Formato Único de Vinculación Persona Natural y/o Jurídica, deber presentado tanto por la persona jurídica como por su representante legal.

RESPUESTA JURÍDICA:

El numeral 6.1.10 de los TCC establece que **el proponente** es el que deberá diligenciar la información del formato No. 17, en ese orden de ideas, si el proponente es una persona jurídica será la información de esta persona jurídica la que se diligencie o si el proponente es una persona natural, será esta persona la que está obligado a ello. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

OBSERVACIÓN 4:

Entendemos que, para la acreditación de la experiencia habilitante, se puede usar la misma experiencia para cada formato 12 que se debe diligenciar para cada categoría de ejecución que se quiera presentar el oferente. ¿Es correcta nuestra apreciación?

RESPUESTA TÉCNICA:

Se le aclara al observante que conforme lo establecen los TCC en su numeral 6.2.2.1. Primer Criterio habilitante: Experiencia habilitante del Proponente., literal h) En caso de presentarse a varias categorías de ejecución el Proponente deberá diligenciar un FORMATO No. 12 - CERTIFICACIÓN DE CONTRATOS PARA ACREDITACIÓN DE EXPERIENCIA HABILITANTE por cada una de ellas, de igual forma, el proponente que pretenda presentar oferta a diferentes categorías de ejecución podrá acreditar la experiencia específica habilitante de cada una de las categorías con los mismos contratos, para la experiencia específica adicional deberá acreditar contratos diferentes a los de la Experiencia Específica Habilitante conforme lo establece el numeral 8.2.1.1. Experiencia Específica Adicional del Proponente (Máximo 90 puntos) “Los contratos deben estar registrados en el RUP del proponente individual o en cada uno de los RUP de los integrantes del proponente plural **y deben ser diferentes a los contratos seleccionados para acreditar la experiencia específica habilitante del Proponente.**”