

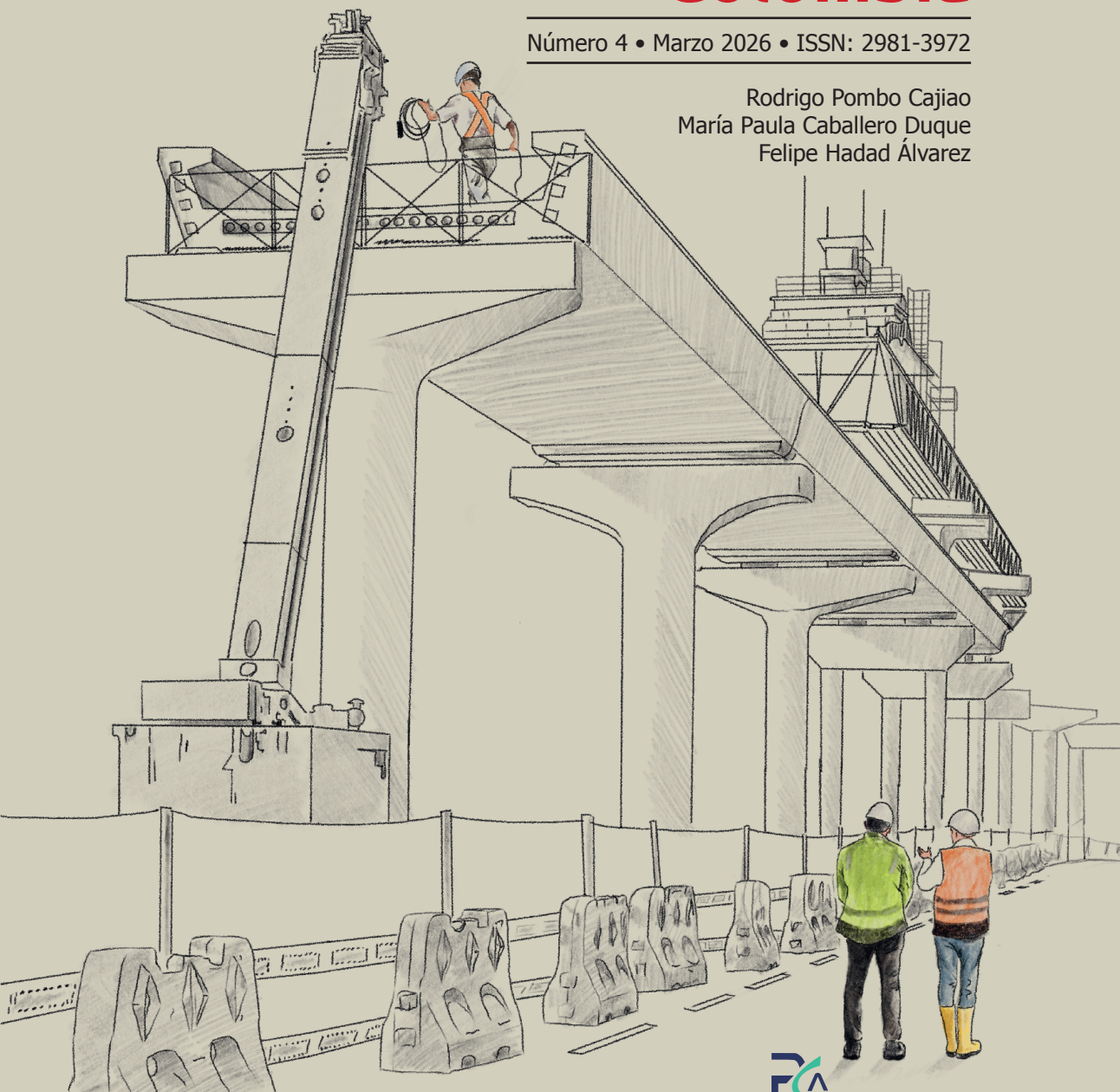
Debates, escollos y principales aspectos del

CONTRATO ESTATAL

de **Interventoría en**
Colombia

Número 4 • Marzo 2026 • ISSN: 2981-3972

Rodrigo Pombo Cajiao
María Paula Caballero Duque
Felipe Hadad Álvarez



De la serie de **"Ensayos de trabajo"**
de POMBO CABALLERO ABOGADOS


POMBO CABALLERO
ABOGADOS

Debates, escollos y principales aspectos del

CONTRATO ESTATAL de Interventoría en Colombia



POMBO CABALLERO
A B O G A D O S

De la serie de **"Ensayos de trabajo"**
de POMBO CABALLERO ABOGADOS

© **DEBATES, ESCOLLOS Y PRINCIPALES ASPECTOS DEL CONTRATO
ESTATAL DE INTERVENTORÍA EN COLOMBIA**

De la serie **"Ensayos de trabajo"** de Pombo Caballero Abogados - 2026

- © Pombo Caballero Abogados S.A.S.
Calle 78 No. 9-57 Piso 6 Bogotá, D.C.
Teléfono: 601 6104058
Email: rpombo@pombocaballero.com

Autores:

RODRIGO POMBO CAJIAO.

Socio Fundador de Pombo Caballero Abogados.

MARÍA PAULA CABALLERO DUQUE.

Socia Fundadora de Pombo Caballero Abogados.

FELIPE HADAD ÁLVAREZ.

Abogado, profesor y consultor independiente.

Número 4

ISSN: 2981-3972

Marzo 2026

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Producción gráfica

Opciones Gráficas Editores Ltda.

Ilustración de portada: David Esteban Muñoz Velásquez

Diagramación: Luis Fernando Conde L.

www.opcionesgraficas.com

instagram: @opcioneseeditores

Celular: 3006087236

Queda prohibida la reproducción parcial o total, por cualquier medio, de esta obra sin las autorizaciones de los autores.

Manifestación de gratitud

Con este pequeño ensayo queremos agradecer
a la Dra. Maria Teresa Palacio Jaramillo,
fundadora y directora de la Especialización en Contratación Estatal
y su Gestión de la Universidad del Rosario
y al Dr. Juan David Duque Botero,
fundador y director de la Maestría en Contratación Pública
y su Gestión de la Universidad del Rosario.

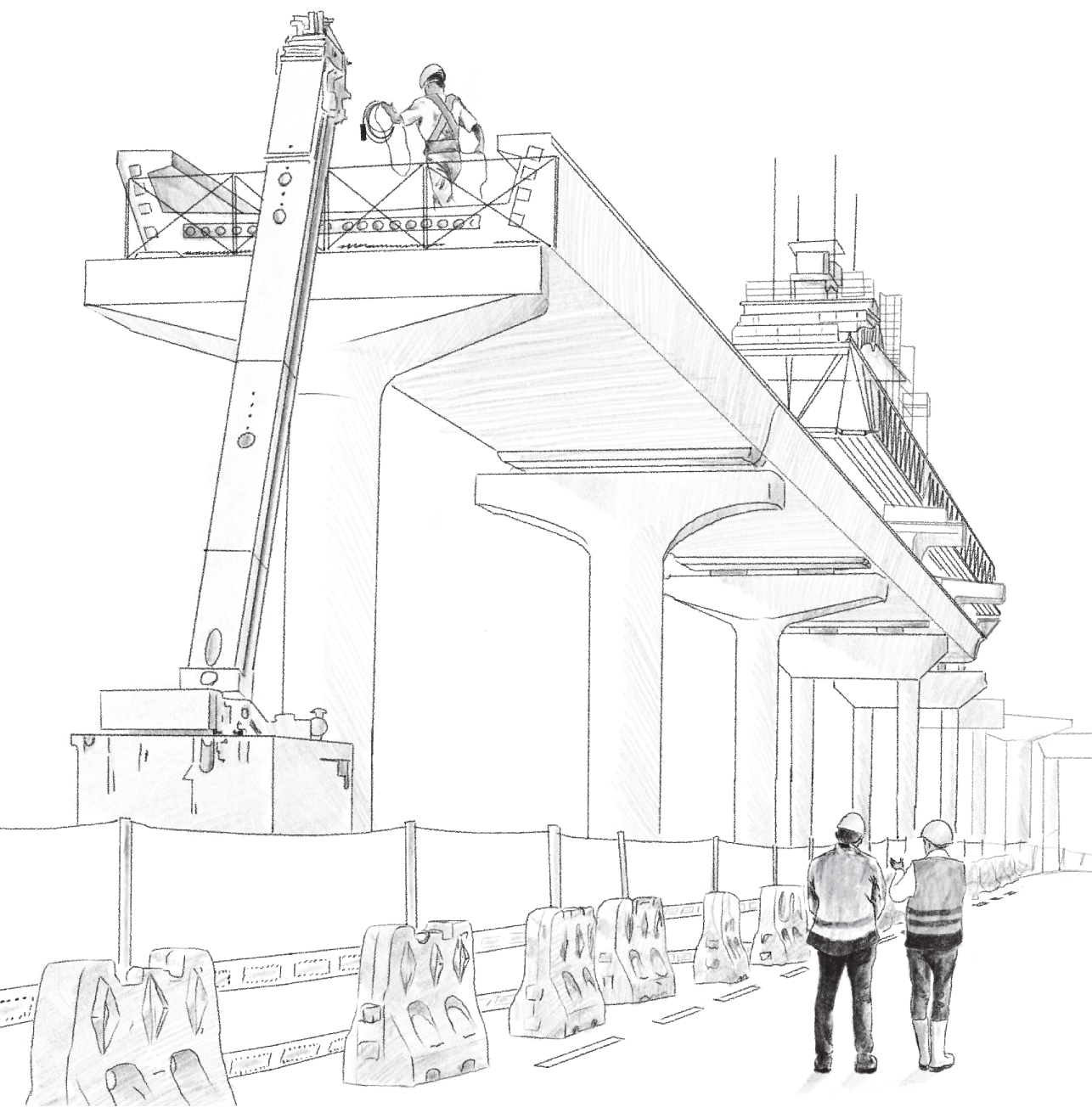


TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN	7
PRÓLOGO	9
INTRODUCCIÓN.....	13

CAPÍTULO 1

1. PARA COMENZAR: ¿QUÉ ES Y QUÉ NO ES EL CONTRATO DE INTERVENTORÍA?	15
1.1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA.....	15
1.2. LA INTERVENTORÍA NO ES UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	20
1.3. LA INTERVENTORÍA Y LA SUPERVISIÓN NO SON SINÓNIMOS	24

CAPÍTULO 2

2. LA INTERVENTORÍA COMO CONTRATO PRINCIPAL Y AUTÓNOMO Y LOS DEBATES FRENTE A LA COLIGACIÓN NEGOCIAL.....	29
2.1. PRINCIPALES DEBATES EN TORNO A LA COLIGACIÓN NEGOCIAL	37
2.1.1. Consecuencias de la desaparición del contrato objeto de la interventoría	38
2.1.2. El incumplimiento del contrato del contrato objeto de interventoría no conlleva necesariamente al incumplimiento del interventor.....	39
2.1.3. El pago en un contrato de interventoría no puede condicionarse al cumplimiento del contratista objeto de seguimiento	41
2.1.4. La interventoría no es un garante de la administración	46
2.1.5. La interventoría no puede ser llamada en garantía en un contrato con pacto arbitral si no la ha suscrito	46
2.1.6. El llamamiento en garantía a la interventoría en los procesos judiciales que se tramitan a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo	47

CAPÍTULO 3

3. DEBATES CRUCIALES FRENTE AL ROL DE LA INTERVENTORÍA.....	51
3.1. PRINCIPALES FUNCIONES DE LA INTERVENTORÍA Y EL DEBATE EN TORNO A SI EJERCE LA REPRESENTACIÓN DE LA ENTIDAD ESTATAL FRENTE AL CONTRATISTA	51
3.2. FUNCIONES TRADICIONALES DE LA INTERVENTORÍA Y EL DEBATE FRENTE A SU ROL COMO GUARDIANA DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA.....	57

CAPÍTULO 4

4. ASPECTOS CLAVE EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL DE LA INTERVENTORÍA	61
4.1. MODALIDAD DE SELECCIÓN	62
4.2. APLICACIÓN DE LOS PLIEGOS TIPO	63
4.3. POSIBILIDAD DE SUBSANAR LA OFERTA ECONÓMICA	63
4.4. AUDIENCIA PÚBLICA PARA LA APERTURA DEL SOBRE ECONÓMICO Y DE LA ESCOGENCIA DEL CONTRATISTA	64
4.5. EVENTUALES INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y EL CONFLICTO DE INTERÉS	65
4.6. PUBLICACIÓN EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES DEL CÁLCULO DE LA FORMA DE PAGO.....	65

CAPÍTULO 5

5. DEBATES ENDÓGENOS O PROPIOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA NEGOCIAL DE LA INTERVENTORÍA	67
5.1. DEVOLUCIÓN O DESCUENTO POR PAGO DE PERSONAL CON MENOR VALOR Y/O NO UTILIZADO	67
5.2. LEGITIMAD DE LA ENTIDAD ESTATAL PARA EXIGIRLE A LA INTERVENTORÍA LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL SUPLEMENTARIO AL DE LA PLANTILLA	69
5.3. PRÓRROGA UNILATERAL DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA Y EL LÍMITE PRESUPUESTAL EN CASO DE PRÓRROGA	70
5.4. CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL CONTRATO DE INTERVENTORÍA EN EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES	72

CAPÍTULO 6

6. ALGUNOS COMENTARIOS FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DEL INTERVENTOR.....	77
--	-----------

CAPÍTULO 7

7. LÍMITES DE LA INTERVENTORÍA.....	85
7.1. LÍMITES A LA FACULTAD DE LA INTERVENTORÍA DE SOLICITAR INFORMACIÓN	85
7.2. LÍMITES DE LA INTERVENTORÍA EN EL MARCO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN	90

CAPÍTULO 8

8. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO (PAS) EN LOS CONTRATOS DE INTERVENTORÍA	95
REFLEXIONES FINALES	103

PRESENTACIÓN

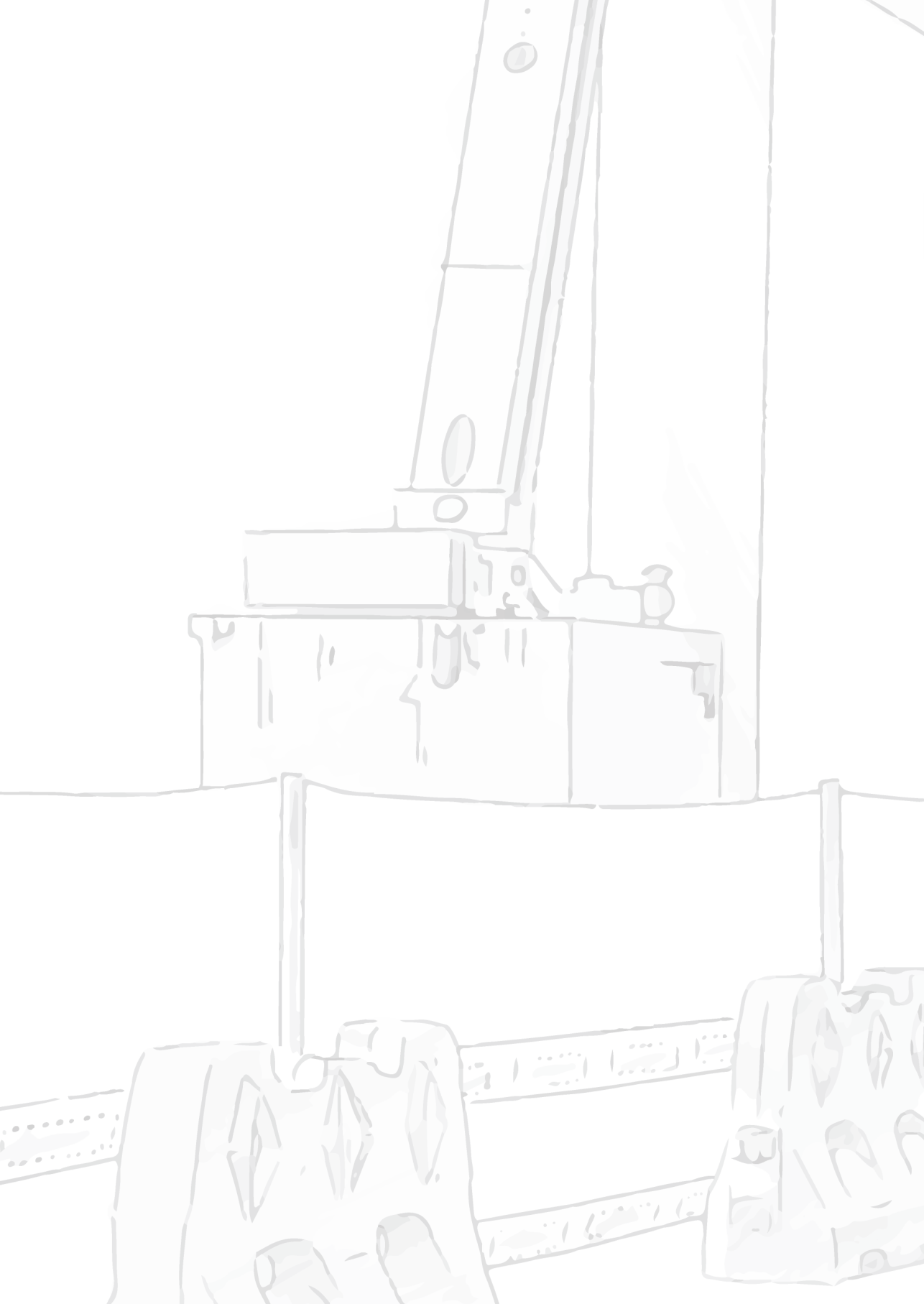
Con el propósito de hacerle la vida más sencilla a nuestros clientes, aliados, competidores, colegas, estudiantes y a nuestro propio equipo de trabajo, **POMBO CABALLERO ABOGADOS** se ha puesto en la tarea de publicar una serie de cortos y didácticos "*ensayos de trabajo*" que resuman y expliquen fácilmente las principales problemáticas en materia de derecho público y contratación estatal.

Hemos querido empezar por problemáticas que se asocian a la contratación estatal acercándonos a ellas desde una perspectiva eminentemente pragmática, esto es, de una forma que le permita a nuestro público objetivo la fácil comprensión de los principales escollos que en el ejercicio diario de sus actividades se les presentan y que analizados a través de un contexto general adecuado puedan abordarlos con mayor acierto y con mejores estándares en su resolución.

Teniendo en cuenta la amplia trayectoria de **POMBO CABALLERO ABOGADOS** como parte del equipo jurídico de varias interventorías de concesiones, de obra y portuarias del país, así como la experiencia adquirida por el estudio riguroso de cada caso sometido a nuestra consideración, en esta oportunidad queremos estudiar el **CONTRATO ESTATAL DE INTERVENTORÍA** a través de las respuestas a las preguntas más recurrentes y más relevantes sobre la materia. Para ello, hemos acudido al trabajo en equipo de la mano del profesor, consultor y litigante **FELIPE HADAD ÁLVAREZ**, quizás uno de los más destacados, serios y estudiosos académicos del derecho público en el país y, sin duda, una auténtica autoridad en los asuntos propios de la Contratación Estatal.

Como ha sido costumbre entre nosotros, hemos decidido abordar la materia desde una aproximación eminentemente jurídica. Una visión circunscrita a lo que ha enseñado la doctrina especializada; ordenado por la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales constitucionales y de lo contencioso administrativo, y practicado en los estrados judiciales, así como lo guiado por los órganos de control y por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente.

Esperamos que esta guía de rápida consulta contribuya al ejercicio de la profesión, a la enseñanza práctica del quehacer jurídico y a identificar, ubicar y desentrañar los principales debates en torno al **CONTRATO ESTATAL DE INTERVENTORÍA**.



PRÓLOGO

La palabra interventoría proviene del latín "*intervenire*" que significa "*venir entre*" o "*llegar en medio de*". En el contexto histórico su origen se remonta a épocas pretéritas tan lejanas como el imperio romano con los "*curatores*" y posteriormente, en el mundo anglosajón, por los "*quantity surveyor*" quienes tenían la tarea de supervisar la ejecución de las labores emprendidas por los contratistas encargados de la construcción de las obras, controlando su cantidad, calidad y presupuesto.

En el caso colombiano, las primeras referencias a la labor de interventoría se registran con la expedición de la Ley 41 de 1874 que fijó las funciones que debía cumplir el interventor de ferrocarril de Bolívar, destacándose, entre otras, las siguientes:

"Son deberes del Interventor del ferrocarril de Bolívar: Parágrafo 1.º Visitar mensualmente la oficina de la Superintendencia; Parágrafo 2.º Llevar un libro en que estienda las visitas que practique; Parágrafo 3.º Concurrir, conforme al contrato respectivo, a las juntas de los Agentes locales en Barranquilla; Parágrafo 4.º Recorrer semanalmente, por lo menos, toda la línea del ferrocarril, i visitar las estaciones, almacenes, puentes i demás; Parágrafo 5.º Dirigir a los Agentes locales las observaciones que crea convenientes con relación a la contabilidad, a la comprobación de los productos i gastos, a la mayor economía en los gastos, i a todo lo demás que tienda a la mayor economía en los gastos, i a todo lo demás que tienda a la mayor incremento de la empresa; Parágrafo 6.º Informar mensualmente a la Secretaría de Hacienda i Fomento sobre todo lo que haya hecho en cumplimiento de cada uno de los deberes que se le señalan; Parágrafo 7.º Solicitar de los Agentes locales los informes i datos que crea necesarios; Parágrafo 8.º Dar al Poder Ejecutivo los informes i datos que crea necesario; Parágrafo 9.º Remitir, como hasta aquí, a la Secretaría de Hacienda i Fomento, la cuenta mensual del ferrocarril, con copia del Diario, diligencia de visitas i con las relaciones i cuadros competentes; Parágrafo 10. Dar a todo el que lo solicite los datos que tenga en su oficina, siendo el gasto de papel i amanuense de cuenta del interesado; Parágrafo 11. Remitir a la Oficina general de Cuentas de copia de la diligencia de visita, comunicándoles lo que haya ocurrido o promovido en cumplimiento del parágrafo 5.º; i Parágrafo 12. Proporcionarse por sí mismo en la Aduana de Sabanilla los datos que sean necesarios para la visita que debe practicar mensualmente."¹

1 ROMERO MERA, Camilo. Historia de la Interventoría en Colombia. Universidad de Los Andes.

Como se puede apreciar tales obligaciones, salvo por el uso de un castellano antiguo, son similares a las que actualmente desarrollan las interventorías, ya fuere en el marco de un contrato entre privados o en uno estatal.

Más allá de esta breve referencia histórica, lo cierto es que la interventoría parte de una base, más que jurídica o técnica, de la necesidad de constatar en terreno y en la práctica que las obligaciones a las cuales se comprometieron las partes contratantes se cumplan, lo cual no deja de exponer cierto grado de "*desconfianza*" en las habilidades de unos y otros para seguir los lineamientos acordados, lo que lleva a que un tercero "*certifique*" que existe concordancia entre lo pactado y lo ejecutado en un amplio abanico de asuntos según las características intrínsecas del acuerdo de voluntades.

En otras palabras, la interventoría se convierte en un costo de transacción derivado de la "*desconfianza*" que existe en el contratante de que el contratista satisfaga las obligaciones que asumió en tiempo, calidad y presupuesto y por ello está dispuesto a asumir el importe de pagarle a un tercero para que se encargue de verificar y hacer cumplir lo convenido, supervisando la cantidad e idoneidad de los materiales, la adecuación de los diseños, la observancia de las normas ambientales, etc.

Dentro de estos parámetros la interventoría tiene un rol complejo y difícil de ejecutar, ya que generalmente se le percibe como "*un obstáculo para el desarrollo del contrato*" en tanto y en cuanto tiene el ingrato trabajo de señalar lo que no está acorde con lo convenido, incluso advirtiéndolo las falencias cometidas por su propio contratante, verbigracia, exaltando las deficiencias en la planeación, y que no decir del contratista sobre el cual se ejercen las tareas de control y vigilancia que tiene que soportar la "*incomoda*" presencia de alguien que fiscaliza su labor y le impide acometer los trabajos de una forma diferente que no sea la de observar con rigor lo pactado.

En este delicado equilibrio de intereses, la interventoría debe proceder con firmeza y objetividad, evitando ceder ante argumentos carentes de sustento técnico o jurídico que pretendan menoscabar su función. No actúa como garante absoluto de la correcta ejecución del contrato —pues sus obligaciones son de medio y no de resultado—, sino como veedor responsable de que los recursos públicos se administren con criterios de eficiencia, eficacia y máxima probidad.

En esa medida y si bien es imposible desconocer que su contratante es la entidad estatal, ello no puede implicar, de ninguna manera, que deba seguir sus "*órdenes*" cuando estas, a su criterio, van en contravía de la recta ejecución del contrato. La independencia de la interventoría

y el respeto a esta condición por parte de la entidad estatal es la mejor forma de garantizar una vigilancia técnica del contrato. Por el contrario, forzarla a que conceptúe según los intereses del momento, bajo velados constreñimientos representados en (i) el ejercicio del poder sancionatorio, (ii) la no extensión del contrato o (iii) el veto de sus profesionales, es la receta perfecta para convertirla en un simple vocero y notario de los deseos del funcionario de turno que la utilizará como parapeto para exonerarse de la responsabilidad que le cabría por sus actos.

Este trabajo académico que se pone a consideración de los interesados para su escrutinio, tiene como propósito, más que hacer un ejercicio teórico sobre el contrato de interventoría y el rol del interventor, postular una serie de argumentos que responden a una vasta gama de cuestiones que abarca el, a veces, complejo e intrincado universo tanto de la institución como de la persona y su interrelación con la entidad estatal y el contrato sobre el cual se desarrollan sus actividades.

Temas relevantes como la calificación del contrato de interventoría —ya sea coligado, principal o accesorio—, la eventual condición de representante de la entidad estatal ante el contratista y sus implicaciones, las competencias y límites de sus funciones, así como las modalidades de remuneración, frecuentemente vinculadas al avance de la obra, conforman un amplio espectro de cuestiones cuya solución, si bien no estará exenta de controversia, resulta ineludible si se pretende aportar al desarrollo sostenido de la ciencia jurídica.

Las ideas y planteamientos que se exponen fueron materia de un generoso debate entre los autores y si bien hubo consensos en la forma de abordarlos y responderlos, también existen disensos, que lejos de postular una posición como correcta o incorrecta, lo que pretenden es que el lector, bajo su sapiencia, tenga los elementos de juicio para decantarse por la una o por la otra.



INTRODUCCIÓN

La aproximación de buena parte de la doctrina sobre lo que es el contrato, nos satisface y convence. Desde el contenido obligacional el contrato es, según el magistrado Ternera, "(...) *el universo de la construcción de satisfacciones de necesidades humanas. (...) También es el escenario del intercambio, de la circulación de intereses y de la transferencia de riqueza.*"²

Esta visión patrimonial del contenido obligacional derivado del negocio jurídico constituye una de las principales funciones de esta herramienta legal y permite presagiar, ciertamente, las eventuales discrepancias y disputas que con frecuencia aparecen entre sus intervinientes.

En tanto contenedor de débitos y créditos, muchas veces, el contrato necesita ser vigilado por un tercero imparcial a las partes que lo suscriben y con la credibilidad de un conocimiento suficiente que le permita a los contratantes ejecutar su convenio dentro del marco de la tranquilidad que este tipo de proyectos amerita.

Es ahí, precisamente, donde nace y germina la figura del interventor. Un agente del mercado que deriva sus poderes, competencias y facultades de la ley y de la voluntad de las partes, que bajo la égida de la ciencia y de la técnica contribuye al éxito de los mismos a través de la inspección, la vigilancia, el seguimiento, el control y las buenas directrices en campo en lo que hace al cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Celar el adecuado, oportuno y serio cumplimiento de las obligaciones desde una óptica técnica, contribuye favorablemente al fluido intercambio de intereses y de riqueza, esto es, a hacer valer el sentido y la naturaleza del contrato. Por lo tanto, acudir a este tipo de herramientas legales, como la interventoría, equivale a preparar los ingredientes para la mejor consecución del objeto deseado, así como al cumplimiento de cada una de las obligaciones acordadas.

2 Ver la Responsabilidad Patrimonial del Estado: contractual y extracontractual. Coordinadores académicos: Luisa Fernanda García y Guillermo Sánchez Luque. Artículo especializado: Breves comentarios sobre el contrato del magistrado de la Corte Suprema de Justicia Francisco Ternera Barrios. Editorial Tirant lo Blanch. Bogotá, Colombia. Página. 319.

Todo lo cual es tanto más acertado cuanto más cierto tratándose de algunas tipologías contractuales de naturaleza estatal como son la concesión y la obra pública. En estos y otros casos, la ley demanda la presencia de la interventoría como prenda de garantía de la consecución del objeto contractual, así como del adecuado agenciamiento de los recursos públicos.

Así las cosas, **EL CONTRATO ESTATAL DE INTERVENTORÍA**, es un contrato principal, autónomo, coligado, pero sobre todo técnico y útil para contribuir y aportar en la realización efectiva y de calidad de los proyectos sometidos a su vigilancia y su revisión. La ley exige su presencia en determinadas oportunidades y demanda siempre una aproximación técnica sin limitarse a ella, pues suele acompañarse de tareas jurídicas, prediales, ambientales, sociales y financieras, entre otras.

CAPÍTULO 1

1. PARA COMENZAR: ¿QUÉ ES Y QUÉ NO ES EL CONTRATO DE INTERVENTORÍA?

A pesar de que la interventoría es fundamental en la gestión pública, ya que persigue el cumplimiento de los contratos estatales donde hace presencia con altos estándares de calidad, existe una frecuente confusión en torno a su naturaleza y alcance. Por ello, resulta crucial esclarecer qué constituye y qué no constituye el contrato de interventoría.

Para tal efecto, hemos decidido comenzar ubicando al lector en diversos aspectos clave del contrato de interventoría, iniciando por su definición y cómo se distingue de otros tipos de contratos como el de prestación de servicios. Posteriormente, se explicará por qué la interventoría no debe ser confundida con la supervisión, ya que, aunque ambas comparten la función de control, existen diferencias sustanciales en cuanto a su estructura y propósito. Este análisis permitirá comprender de manera clara el papel único de la interventoría dentro de la contratación estatal.

1.1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA

El artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 establece una definición del contrato de interventoría, así como sus principales funciones:

“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”.

Por su parte, la doctrina ha definido el contrato de interventoría en los siguientes términos:

“El contrato de interventoría puede ser definido como un contrato estatal, especie del contrato de consultoría, cuyo objeto radica en el seguimiento, inspección, verificación y control, de manera independiente y haciendo uso de los conocimientos técnicos especializados, sobre un contrato en el cual se ejecuten obras, se presten servicios o se suministren bienes, que tendrá como características la onerosidad, bilateralidad, solemnidad, y sobre el cual no es procedente la estipulación de cláusulas excepcionales.”³

De la definición se pueden extraer elementos y características del contrato de interventoría. Veamos:

1. El contrato de interventoría es un contrato estatal especie del contrato de consultoría (numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993)

La primera referencia al contrato de interventoría aparece contenida en el artículo 68 del Decreto-Ley 150 de 1976, clasificado como una modalidad de contrato de obra pública. Posteriormente, con la expedición del Decreto-Ley 222 de 1983 –que derogó el Decreto-Ley 150 de 1976– se clasificó al contrato de interventoría como una modalidad del contrato de consultoría, lo cual se encontraba regulado en el artículo 115 del anotado Decreto. En todo caso, según lo dispuesto en el artículo 120 del Decreto-Ley 222, el interventor, que podía ser un funcionario de la entidad contratante o un contratista externo, tenía a cargo una tarea especializada y técnica, cumplida a través de arquitectos o ingenieros matriculados.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993 se reafirmó la condición de especie del contrato de interventoría dentro del género del contrato de consultoría, precisando que el interventor no debía pertenecer a la entidad contratante, por lo que solo podía ser contratada la actividad con un tercero especializado, y cuya función principal era la de velar por la ejecución del contrato vigilado con adecuados estándares técnicos.

En efecto, el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece que:

“[S]on contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. **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.” (Énfasis propio).

3 PARRA PARRA, José Eurípides. El Contrato de Interventoría. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez LTDA. Bogotá, 2002.

Dicho lo anterior, resulta importante aclarar cuál es la ley aplicable al contrato de interventoría teniendo en cuenta que el mismo es una especie del de consultoría y sin lugar a dudas es un contrato estatal.⁴

2. Ley Aplicable a los Contratos Estatales de Consultoría (dentro de los cuales se encuentra el de interventoría)

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 dispone de manera inequívoca que la contratación estatal se rige por el derecho privado, entendiéndose por ello el Código Civil y el Código de Comercio, salvo en las materias particularmente regladas en dicha ley como sería, por ejemplo, (i) el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, (ii) las cláusulas de excepción al derecho privado, (iii) la teoría del equilibrio económico y financiero del contrato, (iv) las nulidades y (v) las modalidades de selección.

En esta línea y como no podría ser de otra manera, el contrato de consultoría (género) y el de interventoría (especie), están gobernados, principalmente, por los Códigos Civil y de Comercio, amén, claro está, de las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, así como por el Código General Disciplinario y el Decreto-Ley 403 de 2022, entre otras tantas reglas del derecho público.

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente ha precisado que:

"(...) la normativa que regula el contrato de consultoría además de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993 que definen el alcance y contenido del contrato, es el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 al establecer como modalidad de selección del contrato de consultoría el concurso de méritos. Asimismo, exponen que **la Ley 1882 de 2018, adicionó dos normas en relación con el contrato de consultoría, relacionadas con la responsabilidad que tienen los consultores desde el punto de vista civil, fiscal, penal y disciplinario frente al cumplimiento de las obligaciones** derivadas del contrato de consultoría y en relación con el contrato que está ejerciendo o ejerció actividades de consultoría"

⁵. (Énfasis propio)

3. Dentro de las características del contrato de interventoría se encuentra la onerosidad, la bilateralidad, la solemnidad y la no procedencia de cláusulas excepcionales

- La interventoría es un contrato oneroso

A la luz del artículo 1497 del Estatuto Civil, el contrato de interventoría corresponde a la categoría de los onerosos, puesto que tiene por

⁴ En la medida que al menos uno de los extremos de la relación jurídica negocial es una entidad estatal de acuerdo con lo consignado en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

⁵ Concepto [4201912000005556](#).

objeto la utilidad y el beneficio recíproco de las partes que lo celebran, las cuales asumen sus respectivas obligaciones a cambio de una contraprestación. Señala el artículo en mención que *"El contrato es (...) oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro"*. Este punto adquiere una gran relevancia cuando, más adelante, se trate el tema de la forma de pago de la interventoría.

Frente al particular, conviene recordar que en virtud del artículo 1498 del Código Civil **"El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (...)"** (Énfasis Propio)

Así pues, en el contrato de interventoría las partes se comprometen a cumplir un conjunto de obligaciones y prestaciones a cambio del pago de unas sumas de dinero convenidas para ese propósito, las cuales se miran como equivalentes.

Un aspecto de discusión es si esa equivalencia es de carácter objetiva o subjetiva, entendiéndose por lo primero una proporción racional entre lo recibido y entregado medido con un elemento ajeno a las partes (dinero u oro por solo citar unos ejemplos) o subjetivo, que implica el valor que cada persona le da a un objeto⁶. Para el caso del contrato estatal (incluido claro está el contrato de interventoría), nos inclinamos por la equivalencia objetiva, es decir, simetría entre el esfuerzo que conlleva el cumplimiento de las obligaciones y la *"recompensa"* económica por tal despliegue de trabajo.

Por regla general⁷ los contratos estatales son conmutativos, al punto que el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 indicó que para la interpretación de las normas sobre dichos negocios jurídicos se debe tener en consideración los atributos que caracterizan a este tipo de acuerdos de voluntades:

"DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, **relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas** y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los **contratos conmutativos.**" (Énfasis propio)

6 Un caso típico de una equivalencia subjetiva son las subastas en las cuales las personas fijan el valor de un artículo, no en virtud de sus características intrínsecas, sino por sus cualidades históricas o afectivas.

7 Una excepción es, por ejemplo, el contrato de donación.

- La interventoría es un contrato bilateral

El artículo 1496 del Código Civil dispone que *“El contrato es (...) bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”*. Como quiera que el contrato de interventoría genera obligaciones mutuas y recíprocas para los que intervienen en su perfeccionamiento, naturalmente debe tenerse como bilateral.

- La interventoría es un contrato solemne

El contrato de Interventoría es solemne porque, como todo contrato estatal, sino consta por escrito no se perfecciona y por ende no nace a la vida jurídica. Al respecto, el artículo 39 de la Ley 80 de 1993 dispone:

“Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.”

Cuestión en la que coincide con lo dispuesto en el artículo 1500 del Código Civil que expresa:

“El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; **es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil**; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.”⁸ (Énfasis propio)

- No es procedente la estipulación de cláusulas excepcionales

La tesis que se puede mantener con respaldo en la Ley 80 y las normas que la han modificado, es que en el contrato de consultoría NO se pueden pactar este tipo de cláusulas excepcionales o reglas contractuales porque el legislador NO lo autorizó expresamente.

⁸ Aunado a lo anterior, y siguiendo la misma línea argumentativa, téngase en cuenta lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993: **“ARTÍCULO 39. DE LA FORMA DEL CONTRATO ESTATAL.** Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. “Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales”.

“ARTÍCULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”.

1.2. LA INTERVENTORÍA NO ES UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Existe una tendencia generalizada a confundir el contrato de consultoría (dentro del cual se encuentra el contrato de interventoría) con el de prestación de servicios. Dicha tesis probablemente tiene su origen en que el ejercicio intelectual, la asesoría y la necesidad de conocimientos especializados están presentes en las dos tipologías contractuales.

El malentendido frente al alcance de cada uno de los contratos se acentúa si a eso se le suma una errada lectura que se hace del Estatuto General de la Contratación Pública en virtud de la cual se concluye que el contrato de consultoría siempre equivale a uno de prestación de servicios ya que el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que la consultoría implica una "asesoría" y que, por lo mismo, todo contrato de consultoría (incluido el de interventoría) es, en definitiva, un contrato de prestación de servicios.

Ello, tal y como hemos visto, no corresponde con la pacífica e invertido análisis que sobre esta tipología contractual ha realizado buena parte de la doctrina, así como la Sección Tercera del Consejo de Estado.

La tesis de que la relación entre ambos tipos de contrato es de género a especie donde la prestación de servicios es el género y la consultoría es la especie, circunscrita a la redacción literal descrita en la propia Ley 80, NO es de recibo, y no puede serlo por las siguientes razones, amén de los diferentes efectos jurídicos que ello conlleva, a saber:

- El contrato de prestación de servicios es igualmente autónomo, soberano de cualquiera otra tipología y con una naturaleza cuyas finalidades se encuentran relativamente bien definidas en la ley, en la doctrina especializada y en la jurisprudencia.
- La conocida concepción de esta tipología nos lleva a concluir, si se quiere, que se trata de un contrato cuyo objeto es más general y amplio mientras que el contrato de consultoría, y muy especialmente el de interventoría, como dijimos, alberga un contenido puntual, técnico y, siempre, específico dirigido al control y vigilancia de otro contrato.

Lo anterior explica la razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia no suelen confundir estas tipologías como tampoco configurar entre ellas una relación de género a especie. Así, no existe fundamento que permita concluir que el contrato de consultoría, en tanto que acarrea una suerte de prestación de servicios, sea, ciertamente, equiparable a la tipología de prestación de servicios.

Frente a la evidente distinción de los contratos de consultoría (incluido el de interventoría) con los contratos de prestación de servicios, el Consejo de Estado ha sido enfático en establecer lo siguiente:

"(...) la distinción entre el contrato de prestación de servicios y el de consultoría no depende, en lo mínimo, del grado de "intelecto" aplicado a la ejecución del objeto contractual¹⁰¹, pues ambas actividades son de carácter intelectual y por tanto intangible.

132.- En sentido contrario, hay lugar a establecer un criterio diferenciador a partir del alcance que la Ley le concede al contrato de consultoría; de manera que, al hilo del numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, si las necesidades que tiene la administración pública conciernen a la realización de estudios "para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos" así como "asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión" e interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos, no habrá duda alguna que deberán ser suplidas acudiendo a un contrato de consultoría; es decir, para el cumplimiento de estos específicos objetos contractuales mencionados (de la Ley 80 de 1993) y los demás definidos en leyes especiales el operador jurídico debe recurrir, exclusivamente, al instrumento contractual establecido por la Ley: el contrato de consultoría.

133.- Y es que lo anterior encuentra pleno sentido si se tiene en cuenta que se está haciendo un análisis normativo a la luz del principio de legalidad estricta, a partir del cual se produce un acotamiento del radio de acción del contrato de prestación de servicios por vía de la exclusión de ciertas actividades y objetos contractuales específicos, los mismos que, por disposición legal expresa, deben ser satisfechos por medio del contrato de consultoría; de manera tal que corresponderá al operador verificar si el objeto a contratar se incluye dentro de aquellos que específicamente la Ley, y sus disposiciones reglamentarias, ubican dentro del ámbito propio de la consultoría, **dado que siendo esto así implicará dar curso a un procedimiento de selección diferente al propio que establece la Ley para los contratos de prestación de servicios** (de allí las amplias repercusiones prácticas de clarificar este punto); contrario sensu si el funcionario encuentra razonadamente que el objeto recae en el marco jurídico del contrato de prestación de servicios, podrá darle curso por vía de este específico modelo contractual, tal como lo había planteado de tiempo atrás esta Corporación¹⁰².

134.- Se insiste, mientras que el contrato de consultoría está revestido de una cláusula de estricta tipicidad cerrada (que condiciona de manera detallada la procedencia de dicho contrato), el de prestación de servicios goza de una regulación jurídica amplia, que se instrumentaliza por vía de los mencionados tres contratos (profesional, de simple apoyo a la gestión y de ejecución de trabajos artísticos que sólo

pueden encomendarse a determinadas personas naturales), de manera que **los objetos contractuales que no estén comprendidos dentro del contrato de consultoría (de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las demás disposiciones legales especiales actuales o futuras) podrán ser satisfechos por medio del de prestación de servicios siempre que satisfaga los referentes conceptuales que establece el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993**, conforme a la debida planeación contractual y en armonía con los criterios jurídicos que han sido decantados en el precedente de esta Corporación y en esta providencia.”⁹ (Énfasis propio).

Los efectos de la diferenciación del contrato de prestación de servicios del de consultoría son cruciales para el mundo jurídico y bien vale puntualizar algunos:

- 1. Cambio de modalidad de selección de contratista:** Mientras que la consultoría/interventoría se escoge, en principio, bajo la modalidad de concurso de méritos, el de prestación de servicios se hace a través de la contratación directa.

Esta diferencia en la modalidad de selección no es un asunto meramente formal, pues su desconocimiento o aplicación incorrecta puede acarrear graves consecuencias jurídicas para los responsables de la contratación.

En efecto, los delitos penales y las faltas disciplinarias que se siguen por la utilización indebida de las modalidades de selección son ampliamente conocidas, con lo cual, confundir el contrato de consultoría/interventoría como una especie del contrato de prestación de servicios y contratarlo mediante la modalidad de contratación directa y sin el lleno de los requisitos legales, constituye un error con indeseables consecuencias penales y disciplinarios.

- 2. Inclusión de las cláusulas excepcionales al derecho privado:** Ya lo mencionamos previamente, en el contrato de consultoría NO se pueden pactar este tipo de cláusulas o reglas contractuales porque el legislador NO lo autorizó expresamente. Al paso que ellas SÍ se pueden incluir en los contratos de prestación de servicios en virtud del numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 que al tenor reza:

“2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios

9 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 41719. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. (...)”

- 3. Registro Único de Proponentes:** Para participar en un concurso de méritos dirigido a la celebración de un contrato de consultoría se requiere contar y estar debidamente inscrito en el RUP, mientras que éste no es un requisito para la suscripción de un contrato de prestación de servicios.

Frente a la diferencia entre estas dos tipologías contractuales, así como los efectos de la misma, el Consejo de Estado ha sostenido:

“En principio se puede establecer una diferencia sustancial entre estos dos tipos de contratos, pues, el de consultoría consiste, básicamente, en la realización de estudios, diseños y en la asesoría técnica al control y supervisión de proyectos, así como en la interventoría y en la gerencia y dirección de obras o proyectos, lo cual encierra una variedad muy amplia de actividades, todas ellas regidas por un común denominador de índole técnico y cargadas de un matiz especializado en la ejecución de este tipo de contratos. De este modo, el contrato de consultoría se caracteriza porque sus obligaciones tienen un carácter marcadamente intelectual, como condición para el desarrollo de las actividades que le son propias, aunque también se asocia con la aplicación de esos conocimientos a la ejecución de proyectos u obras. De otro lado, el contrato de prestación de servicios tiene un contenido más amplio, porque la ley 80 establece, en forma general, que su objeto consiste en el desarrollo de “... actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, contexto en el cual se pueden incluir actividades técnicas y no técnicas, profesionales o no, pues lo que determina esta clase de contratos es que las obligaciones se relacionen con la administración y/o el funcionamiento de la entidad. Adicionalmente, es requisito legal para celebrar estos contratos, con personas naturales, que la entidad pública no cuente con personal de planta para ejecutar las tareas o que se requieran conocimientos especializados. Puede deducirse de todo esto que el criterio de distinción entre un contrato de consultoría y uno de prestación de servicios, cuando se presentan conflictos sobre el tipo de los mismos, parte de un criterio residual, que se formula de la siguiente manera: Todos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderá a dicho tipo legal; los demás serán contratos de prestación de servicios. La razón de ese criterio reside en la especialidad de la definición, ya que la noción de contrato de consultoría es de menor alcance y más concreta que la de prestación de servicios.

Además, la distinción entre estos dos contratos también se expresa en otros aspectos, como por ejemplo: i) en los contratos de consultoría no se pueden pactar cláusulas exorbitantes, porque la ley no lo autoriza; mientras que en los contratos de prestación de servicios es posible que las partes las pacten -art. 14, num. 2, inc. 2-, ii) para celebrar un contrato de consultoría, que sea producto de un concurso público, es necesario que los oferentes estén inscritos en el RUP -art. 22, inc. 1-, mientras que los contratos de prestación de servicios no lo requieren -art. 22, inc. 6-, iii) los contratistas de prestación de servicios requieren estar afiliados al régimen de seguridad social en salud y de pensiones, mientras que los de consultoría no lo requieren -art. 50, ley 789 de 2003-, iv) el contrato de consultoría exige, cuando el valor supera la menor cuantía, que sea celebrado por el proceso de concurso público, mientras que el de prestación de servicios se puede celebrar en forma directa, en las condiciones previstas en el art. 24.1, lit. d), entre otras diferencias, como las de tipo fiscal, contenidas en el Estatuto Tributario"¹⁰ (Énfasis propio)

1.3. LA INTERVENTORÍA Y LA SUPERVISIÓN NO SON SINÓNIMOS

La Ley 80 de 1993 exigió que al hablarse de interventores se tratara de personas independientes a la entidad contratante y al particular contratista, el cual tiene la obligación de responder por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos establecidos en el artículo 53 de la misma ley, modificado por el artículo 2¹¹ de la Ley 1882 de 2018.

De este modo, la interventoría debe realizar siempre un seguimiento serio y objetivo al negocio jurídico sobre el cual ejerce sus funciones, ya que así lo establece la ley y el contrato de interventoría, so pena de responder civil, disciplinaria, fiscal y penalmente, tanto por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su acuerdo de voluntades,

10 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 30832. M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

11 "ARTÍCULO 2 Ley 1882 de 2018. Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así: Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, celebrado por ellos, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos. Por su parte, los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondían conforme con el contrato de interventoría."

como por los hechos u omisiones que les fueran imputables y que causen daños y perjuicios tanto a la entidad contratante como a la sociedad respecto del contrato donde desarrollaron sus labores de control y vigilancia (este aspecto se profundizará más adelante).

La supervisión del contrato es una función administrativa en cabeza de la entidad contratante tanto para el contrato principal como para el de interventoría que deberá llevarse a cabo por los servidores públicos de la misma entidad y con el eventual apoyo de personas "externas".

Aun cuando la definición legal asumida por el legislador tanto en el artículo 32 numeral 2 de la Ley 80 como en el artículo 83 de la Ley 1474 no ofrece claridad meridiana sobre el límite conceptual entre la supervisión de un contrato estatal en general y el contrato de interventoría, ni funcional ni orgánicamente, se tiene entre los operadores jurídicos que la supervisión le compete a los servidores públicos al interior de la entidad contratante mientras que la interventoría, como ya se analizó, corresponde a una persona independiente de la administración¹² y al particular contratista sin que ellas sean, por regla general, concurrentes.

Dicho lo anterior, podemos sintetizar las diferencias entre la interventoría y la supervisión así:

La interventoría se caracteriza por las siguientes notas distintivas (i) la persona que la ejerce es externa a la entidad, (ii) especializado, (iii) su contratación obedece a razones de la extensión, complejidad o especialidad del proyecto objeto de interventoría y (iv) está dirigido al seguimiento técnico, salvo que la entidad agregue más tareas. Por su parte, los elementos de la esencia de la supervisión se circunscriben a los siguientes: (i) es desarrollada por un funcionario de la entidad estatal contratante, (ii) por la baja complejidad del objeto sobre la cual recae no requiere de conocimientos especializados y (iii) puede recaer sobre aspectos técnicos, administrativos, financieros, contables y jurídicos.

De acuerdo con la Guía de la Agencia Nacional de Contratación Pública para Interventores, las diferencias entre una y otra figura son las siguientes:

- i. La supervisión es ejercida por la entidad estatal, mientras que la interventoría es realizada por una persona natural, jurídica, unión temporal o consorcio contratada para ese fin.
- ii. La supervisión siempre involucra el seguimiento administrativo, financiero, contable y jurídico. La interventoría siempre involu-

12 RAMÍREZ RUEDA, Sylvia Rocío. La Supervisión de los Contratos Estatales celebrados por las superintendencias y unidades administrativas especiales de la administración nacional. Tesis de grado. Maestría de derecho administrativo. Universidad del Rosario. 2011.

cra el seguimiento técnico y solo si la entidad estatal lo considera necesario, puede extenderse a temas financieros, contables administrativos, prediales, ambientales y jurídicos, entre otros.

En línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha dicho:

"El contrato de interventoría tiene como característica fundamental (al ser una sub especie del contrato de consultoría) el desarrollo técnico de sus funciones, y que ha de servir para evaluar, analizar, examinar, para diagnosticar la prefactibilidad o la factibilidad de proyectos de inversión o proyectos específicos, esto es que tiene como objeto de análisis la ejecución de proyectos o de obras que por esencia son de relativa complejidad técnica o que giran en rededor de los mismos, bajo la modalidad de asesorías técnicas de coordinación, de control o supervisión, así como de interventoría, gerencia, dirección o programación de tales obras o proyectos, cuestión que naturalmente incluye la elaboración de los diseños, planos, anteproyectos y proyectos correspondientes"¹³. (Énfasis propio)

- iii. La supervisión no requiere conocimientos especializados y la interventoría sí. Así lo establece el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011:

"La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal **cuando no requieren conocimientos especializados.**

(...)

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.**" (Énfasis propio)

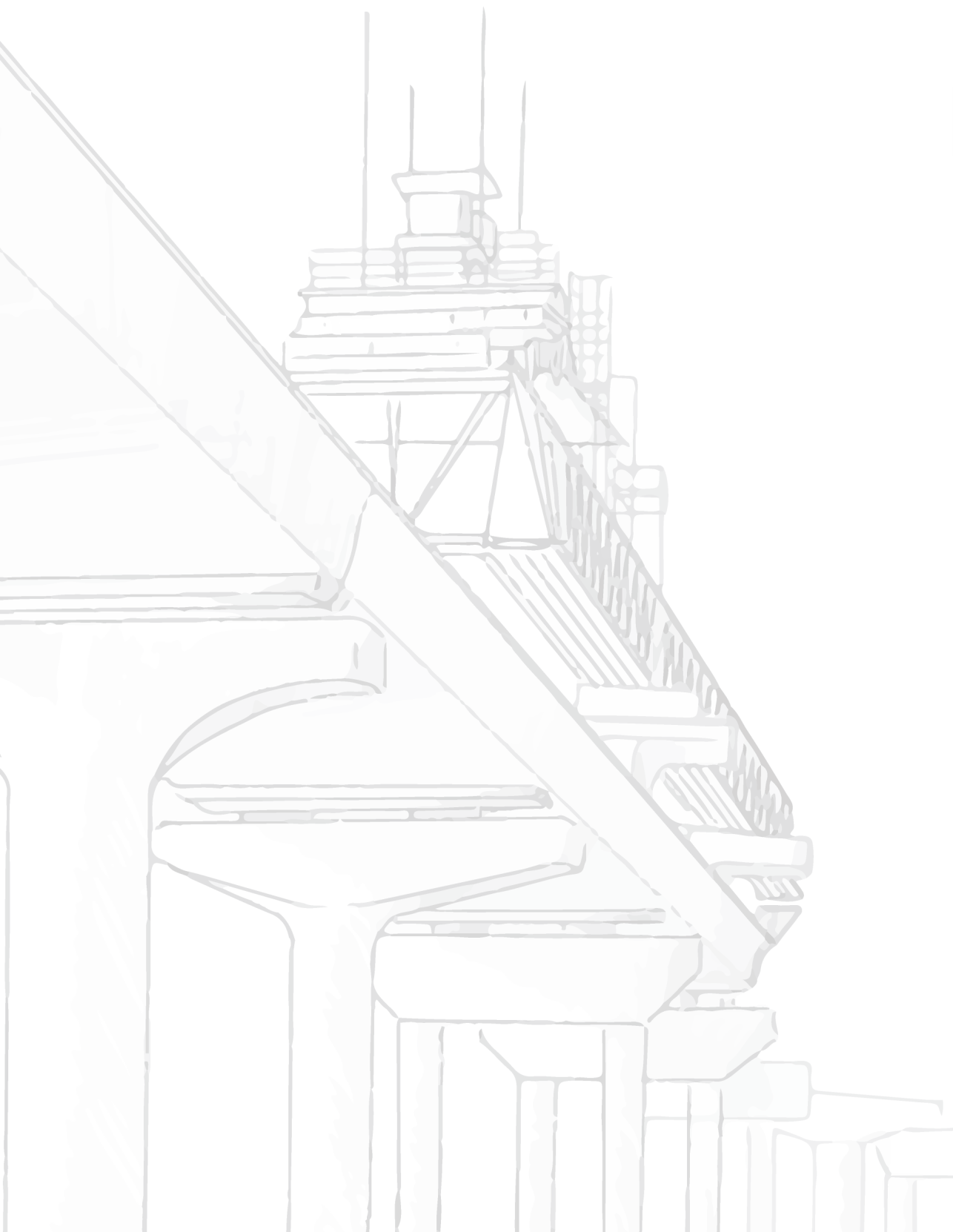
- iv. La supervisión siempre debe ser ejercida por un funcionario mientras que la interventoría siempre es ejecutada por un contratista.

El artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 señala que *"Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos"*.

13 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 36626. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

La Agencia Nacional de Contratación Pública a través del Concepto 191 de 2023 aclaró que:

“La responsabilidad en el control y vigilancia de la ejecución del contrato está a cargo de la entidad estatal. Por lo tanto, esta es quien debe supervisar sus contratos mediante sus funcionarios **y únicamente puede contratar personal en caso de necesitarlo como «apoyo» a su gestión en la supervisión.** El contratista puede realizar el apoyo a la supervisión del contrato en la medida en que el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión tenga como objeto obligaciones dirigidas a apoyar la supervisión de contratos. **En tal sentido, los contratistas no podrían realizar directamente y de forma aislada la supervisión de los contratos estatales.**” (Énfasis propio)



CAPÍTULO 2

2. LA INTERVENTORÍA COMO CONTRATO PRINCIPAL Y AUTÓNOMO Y LOS DEBATES FRENTE A LA COLIGACIÓN NEGOCIAL

No son pocos los que erróneamente afirman que el contrato de interventoría es accesorio. Dicho malentendido puede tener origen tanto en la percepción de dependencia que existe con el contrato objeto de la interventoría (sin obra o concesión no existiría el contrato de interventoría), como en el desconocimiento de la jurisprudencia y la doctrina frente al tema.

El Consejo de Estado ha establecido que el contrato de interventoría es un contrato principal y autónomo en los siguientes términos:

“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 en 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.** Adicionalmente, la interventoría no se encuentra circunscrita a aspectos técnicos del contrato que se pretende controlar, sino que puede abarcar la vigilancia y control de las condiciones financieras y económicas del mismo, tal y como lo resaltó la Corte Constitucional:

“La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos.”

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Corporación:

“Con el acta de entrega y recibo de la interventoría la administración deja consolidada su posición en torno al contratista

por sus trabajos de interventoría de acuerdo al contrato de conservación y por más que este último no se haya prorrogado, **el interventor carece de facultades para exigir del contratante un supuesto derecho a prórrogas, como queriendo hacer el contrato de interventoría como un contrato accesorio del contrato de obra, y con esa perspectiva alegar que por la sola naturaleza accesorial debe obtener la misma suerte del contrato principal.** Quien así razona olvida que si el contrato de interventoría está contemplado para su juzgamiento por la jurisdicción de lo contencioso administrativo es porque se trata de aplicar un régimen jurídico especial puesto que con el carácter esencial de los contratos administrativos es que se someten a un conjunto de reglas especiales. Además, al suscribir el contrato, el contratista interventor también pone de manifiesto que su suerte no va a depender del contrato de obra sino de razones de oportunidad o conveniencia pública, pero siempre dentro de los límites que sólo pueden variarse en una extensión razonable.”¹⁴¹⁵. (Énfasis propio)

A pesar de que el contrato de interventoría es principal y autónomo, no se puede pasar por alto el nexo que existe con el negocio jurídico objeto de interventoría. Es más, el contrato de interventoría tiene su razón de ser en la existencia de un acuerdo de voluntades sobre el cual pueda desplegar sus tareas de control y vigilancia. Dicha relación de interdependencia se ha denominado **coligación negocial o contractual**.

En palabras del Consejo de Estado:

“8.3.2. Estas obligaciones se atribuyen al interventor aun cuando consten en un contrato del cual no es parte, pues la doctrina¹⁶ en casos como el presente, **bajo la denominación de coligación negocial ha explicado la interdependencia que entre dos contratos se establece, la cual puede ser voluntaria, cuando específicamente se ha hecho depender un contrato del otro por la común intención expresa de las partes, o funcional, cuando resulta de la unidad de la función perseguida, es decir, cuando las diferentes relaciones contractuales tienden a realizar un fin práctico único, de acuerdo con el significado objetivo de la operación social y económica.** Los efectos que la coligación origina no obedecen a prescripciones legales específicas de los tipos contractuales, sino a la interpretación de la común intención de contratantes y de la función práctica del negocio. La interdependencia de las relaciones es, como su nombre lo indica, recíproca, en el sentido que la suerte de cada contrato está condicionada a la del otro; no obstante,

14 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 8070. M.P. José María Carrillo Ballesteros.

15 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 24996. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

16 M. BIANCA, *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 454-458.

existen supuestos de coligación en los cuales sólo la suerte de un contrato depende de la del otro o solo algunos aspectos específicos de un contrato dependen de los del otro, mientras que el otro contrato u otros aspectos de ese contrato permanecen por fuera de tal dependencia. **En tal sentido, la Sección Tercera ha caracterizado la interventoría como un contrato íntimamente relacionado en su objeto con el de obra respecto del cual ejerce su actividad el interventor, y como un contrato que a pesar de lo anterior, resulta independiente de éste en aspectos específicos como la prórroga y el incumplimiento**, esto es, que la prórroga de la obra no implica de suyo la del interventor y que el incumplimiento del contrato de obra jamás significa por sí solo el incumplimiento del de interventoría¹⁷ ¹⁸. (Énfasis propio)

En el laudo arbitral del Consorcio Sedes Educativas vs. Patrimonio Autónomo Fondo de Infraestructura Educativa – FFIE¹⁹ se efectuó un profundo análisis de la coligación contractual desde la doctrina, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. A continuación, citamos los apartes más relevantes:

- **Doctrina frente a la coligación contractual citada en el laudo**

“Frente a la concepción tradicional de la vinculación contractual circumsrita y exclusiva entre las partes de ese negocio jurídico, la realidad negocial trajo consigo la ampliación del espectro en esta materia. Como bien apunta el profesor argentino José Fernando Márquez:

“La teoría contractual dogmática, fundada en los textos legales vigentes, se basa en un modelo de contrato único, generalmente de cambio y entre dos partes.

No podía ser de otra manera. El siglo diecinueve no planteó al Derecho los complejos problemas que presentó el siglo pasado y que, seguramente, se agudizarán en el presente. De aquel contrato concebido como acuerdo de voluntades entre dos partes conocidas y en igualdad de condiciones, a la realidad transaccional actual, impersonal, poliforme, trasnacional,

17 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 8070. M.P. José María Carrillo Ballesteros: “*el interventor carece de facultades para exigir del contratante un supuesto derecho a prórrogas, como queriendo hacer valer el contrato de interventoría como un contrato accesorio del contrato de obra, y con esa perspectiva alegar que por la sola naturaleza accesoría “debe” obtener la misma suerte que la del contrato principal*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1991, expediente n.º 5127, C.P. Carlos Betancur: “*Debe distinguirse entre el contrato de obra pública y el de interventoría, pues el incumplimiento del contratista de obra no puede imputarse al del interventor como si éste fuera obligado a la ejecución de la obra*”.

18 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 24266. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

19 Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación. Ingetec S.A.S. Ingetec G & S S.A.S. Payc S.A.S (Integrantes del Consorcio Sedes Educativas) Vs. Patrimonio Autónomo Fondo de Infraestructura Educativa – FFIE. Radicado 126473.

cibernética, se ha recorrido un largo camino, en el cual la doctrina, autoral y judicial, más que la legislación (siempre perezosa), ha logrado articular las herramientas necesarias para la interpretación y regulación de las nuevas situaciones. **Un problema nuevo para la teoría se planteó ante la presencia de pluralidad de contratos vinculados. Las mismas partes, o distintas, articulan varios contratos que no funcionan aislados, sino que se imbrican, de manera que no pueden ser interpretados sino como un sistema. Se está ante la cuestión de la vinculación, coligación o conexidad entre los contratos.**"²⁰

En cuanto a la caracterización jurídica de la vinculación o coligación contractual, cabe destacar, en el plano de la doctrina, las siguientes expresiones:

- a. En su ensayo sobre este tema, y con apoyo en la obra de la profesora española Ana María López Frías,²¹ anota Octavio R. Acedo:

"La existencia de un nexo funcional cuando menos entre dos contratos es un requisito fundamental e imprescindible de la figura contractual que venimos estudiando [coligación].

En tal virtud, habrá conexión contractual cuando, celebrados varios convenios, deba entenderse que no pueden ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determinan, o bien porque entonces quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación económico-jurídica que a través de ellos quiere articularse, en el claro entendido de que esta figura no exige que los contratos concurrentes hayan sido celebrados por las mismas partes, pues en muchos casos, de hecho, 'la vinculación se produce entre dos convenios que solamente tienen en común a uno de los contratantes (A contra B, y B lo hace con C)' no siendo tampoco necesario para que tenga presencia el fenómeno de la vinculación 'que exista un pacto expreso de las partes dirigido a establecer el nexo o ligamen entre los negocios' pues la vinculación nace o puede nacer de la naturaleza de las prestaciones y no del nomen o la forma o el número de partes contratantes, tal y como ha venido siendo reiteradamente afirmado por la doctrina, la jurisprudencia y la misma ley, en el sentido de que la naturaleza de los contratos no depende del nombre que las partes den a dicho acto jurídico, sino de la naturaleza de las prestaciones que para las partes del propio contrato deriven."²²

20 José Fernando Márquez, Conexidad contractual. Nulidad de los contratos y del programa, Revista de Derecho Privado y Comunitario, No. 2, 2007, páginas 151 y 152 – Disponible en www.acaderc.org.ar

21 Se trata de la obra escrita por la profesora López Frías y titulada Los Contratos Conexos: Estudio de Supuestos Concretos y Ensayo de una Construcción Doctrinal, Madrid, José María Bosch, Ed., 1994.

22 Octavio R. Acedo Quezada, Contratos coligados (notas para una futura construcción dogmática),

- b. En el ámbito colombiano, el profesor Jorge Suescún Melo ha señalado:

“En sentido amplio, coligación significa coordinación entre varios negocios jurídicos distintos para la ordenación de intereses que las partes pretenden atender y desarrollar. Dicho fenómeno presupone, entonces, dos o más contratos diferentes y un elemento de coligación jurídicamente relevante entre ellos.

(...)

Ahora bien, existen varias clases de coligación.

“En cuanto a su origen, puede ser impuesta por la ley –coligación ‘necesaria’– o puede provenir de la voluntad de los contratos –coligación ‘voluntaria’– es decir, cuando es prevista y regulada convencionalmente.

Respecto de la subordinación que genera, la coligación puede ser de dos clases. La primera se presenta en el caso en que uno solo de los contratos reciba la influencia del otro (dependencia unilateral). La segunda, cuando la influencia es recíproca (dependencia bilateral) (...)

Desde otro punto de vista, la doctrina reconoce, entre otras, la coligación de índole genética, que se manifiesta en el hecho de que un negocio ejerce su influencia en la formación del otro. Y la coligación de índole ‘funcional’ o ‘efectual’ que ‘se manifiesta no solo en el hecho de que uno de los negocios encuentra su fundamento en la relación surgida del otro, sino, más generalmente, en el hecho de que los actos de autonomía privada tienden a la persecución de un resultado práctico común’ (...)

En otras palabras, la vinculación funcional es aquella en que un contrato ‘obra sobre el desarrollo de la relación que nace del otro contrato...’ (...)

Con distintas palabras, pero con similares ideas, la jurisprudencia del derecho comparado reitera que en la coligación funcional ‘los varios y distintos negocios, aunque conservando la individualidad propia de cada tipo negocial son, sin embargo, concebidos y queridos como sobrevenidos teleológicamente dentro de un nexo de interdependencia, de modo que las vicisitudes del uno han de repercutir en el otro, condicionando su validez y eficacia’.^{23”} (Énfasis propio)

Revista de Derecho Privado, No. 3, Septiembre – Diciembre 2002, páginas 14 y 15 – Disponible en www.juridicas.unam.mx

23 SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo II. Legis Editores S.A. Bogotá, 2005. Páginas 145 – 147.

- **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia frente a la coligación contractual citada en el laudo**

“La figura de la coligación de contratos también ha sido analizada de tiempo atrás en el campo jurisprudencial, siendo representativos, a manera de ejemplos, los siguientes pronunciamientos de la Corte Suprema, que, de hecho, se apoyan unos en otros:

a. Sentencia del 31 de mayo de 1938:

“Las uniones de contratos se subdividen a su turno en tres especies: a) Unión simplemente externa. Los distintos contratos tipos, independientes unos de otros, aparecen unidos externamente sin que haya subordinación de los unos respecto de los otros... b) Unión con dependencia unilateral o bilateral... Se establece entre ellos, por las partes, una recíproca dependencia en el sentido de que el uno o los unos dependan del otro o de los otros, pero no al contrario... Salvo para los efectos de la validez y de la revocatoria, en los cuales la del uno implica también la del otro, se juzgan por las normas del tipo a que se ajustan. c) Unión alternativa. Una condición enlaza los distintos contratos en forma que si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo, se entienda concluido uno u otro con trato.”²⁴

b. Sentencia del 25 de septiembre de 2007:

“Los avances científicos, industriales y tecnológicos.... y, en general, la globalización de la economía, entre otros factores, más de la llamada ‘posmodernidad’, han determinado el surgimiento de nuevos esquemas y arquitecturas negociales.... dando lugar, por vía de ejemplo, a la utilización de un sin número de contratos complejos, o de convenciones atípicas o de fenómenos como el conocido con el rótulo de ‘conexidad contractual’ (...)

La doctrina y la jurisprudencia, principalmente la italiana, la francesa y la española.... han procurado elaborar un concepto del fenómeno, distinguir sus características y determinar los efectos jurídicos que pueden producir en el conjunto o cadena de contratos coligados y en cada uno de ellos. (....)

Sin pretender elaborar un concepto terminado del fenómeno de que se trata.... cabe decir que él opera.... en el supuesto inexorable de una pluralidad de contratos autónomos (dos o más), entre los cuales existe un ligamen de dependencia que, jurídicamente, trasciende o puede transcender en su formación ejecución o validez”.²⁵

24 Antología Jurisprudencial Corte Suprema de Justicia 1886 – 2006, Tomo I, Bogotá, Corte Suprema de Justicia, 2007. Página 234.

25 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Radicado 11001-31-03-027-2000-00528 01. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

c. Sentencia del 1º de junio de 2009:

"[L]a coligación, unión, vinculación, articulación, coordinación o conexidad negocial describe hipótesis heterogéneas atañederas a una pluralidad de relaciones jurídicas, distintas, autónomas e independientes, con su propia individuación, disciplina y función, vinculadas por un nexo funcional o teleológico para la obtención de un resultado práctico, social o económico único, cuya estructura exige una serie de pactos constantes, *ab origine* (en el origen) e *in fine* (en su fin), y la unión funcional o teleológica de los actos dispositivos. (...)

En consecuencia, la pluralidad negocial, la relación o coligación teleológica, la unitariedad y unicidad funcional proyectada en una finalidad común, única, convergente u homogénea orientada a un propósito práctico único no susceptible de realización singular por cada uno de los contratos sino en virtud del con junto y de todos, sin originar un negocio nuevo, autónomo o único, caracteriza el contrato coligado, cuya función se realiza por la conjunción coordinada y, de esta manera, deviene propia y distinta; la unicidad y pluralidad del interés perseguido no se traduce en un tipo único, permaneciendo en todo instante la unión de todos."²⁶

- **Jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la coligación contractual citada en el laudo**

a. Sentencia del 28 de febrero de 2013:

"[B]ajo la denominación de coligación negocial [la doctrina] ha explicado la interdependencia que entre dos contratos se establece, la cual puede ser voluntaria, cuando específicamente se ha hecho depender un contrato del otro por la común intención expresa de las partes, o funcional, cuando resulta de la unidad de la función perseguida, es decir, cuando las diferentes relaciones contractuales tienden a realizar un fin práctico único, de acuerdo con el significado objetivo de la operación social y económica.... En tal sentido, la Sección Tercera ha caracterizado la interventoría como un contrato íntimamente relacionado en su objeto con el de obra respecto del cual ejerce su actividad el interventor, y como un contrato que a pesar de lo anterior, resulta independiente de éste en aspectos específicos como la prórroga y **el incumplimiento, esto es, que la prórroga de la obra no implica de suyo la del interventor y que el incumplimiento del contrato de obra jamás significa por sí solo el incumplimiento del de interventoría.**"²⁷ (Énfasis añadido).

26 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Radicado 05001-3103-009-2002-00099-01. M.P. William Namén Vargas.

27 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 24266. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

b. Sentencia del 14 de julio de 2016:

"La doctrina se ha referido a la coligación... negocial como el fenómeno que se presenta cuando dos o más contratos autónomos, esto es, que tienen existencia propia y sus propios requisitos de validez y disciplina normativa, están vinculados en una relación de dependencia o interdependencia genética, funcional o teleológica, para la obtención de un resultado práctico, social o económico común.

Así, los elementos característicos de la coligación... negocial son, fundamentalmente, dos: (i) que exista una pluralidad de contratos y (ii) que entre esos contratos exista un nexo o vínculo por su función, es decir, que las prestaciones que surgen de uno y otro negocio estén interrelacionadas para alcanzar una finalidad específica o un interés único y común.

No es necesario que los negocios individualmente considerados sean celebrados por las mismas partes; de hecho, puede ser que solo alguna de ellas sea común a los contratos conexos, que lo sean ambas o que ninguna, pues lo que importa, realmente, es la función (práctica, económica o social) que, en conjunto, cumplen los negocios vinculados (...)

No existe duda que entre el contrato de obra pública y el contrato de interventoría existe una coligación funcional e incluso genética. (...)

Tan manifiesta es la relación de conexidad o de dependencia unilateral que existe entre uno y otro negocio jurídico que el contrato de interventoría solo nace si existe un contrato de obra que deba ser objeto de interventoría".²⁸

Con base en el análisis doctrinal y jurisprudencial reseñado, el Tribunal de Arbitramento concluyó lo siguiente:

"A la luz de lo expuesto, consistentemente reiterado doctrinaria y jurisprudencialmente cabe concluir que la coligación funcional, como modalidad de la conexidad contractual se tipifica cuando confluyen las siguientes circunstancias:

- a. Dos (2), o más, contratos sin que se (sic) necesaria la identidad de partes entre ellos;
- b. Existencia de un nexo o interrelación entre los contratos, de suerte tal que las diferentes prestaciones estén encaminados a una finalidad común, sin perjuicio de que exista preponderancia o dependencia de un contrato sobre los demás; y
- c. Al margen de la interrelación o nexo entre los contratos, conservación de la autonomía de cada uno de ellos".²⁹

28 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 35763. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

29 Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación. Ingetec S.A.S. Ingetec G & S S.A.S. Payc S.A.S. (Integrantes del Consorcio Sedes Educativas) Vs. Patrimonio Autónomo Fondo

Es importante entender cuál es el alcance de la coligación negocial para no confundir la interventoría con un contrato accesorio y tampoco para desvirtuar su condición de negocio jurídico principal o autónomo.

De acuerdo con Arturo Alessandri, la clasificación entre contratos principales y autónomos "(...) *sólo interesa en cuanto a que el contrato accesorio sigue la suerte del principal: la nulidad, la rescisión, la resolución, en general, la extinción de éste, acarrea la de aquel... lo accesorio sigue la suerte de lo principal.*"³⁰ En relación con el concepto de contrato principal, este mismo autor indica que por ello se debe entender que "(...) *no necesita de otro para existir, tiene vida propia*" y al referirse al contrato accesorio explica que lo es cuando "(...) *tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal.*"³¹

Bajo las anteriores consideraciones, no se puede tratar al contrato de interventoría como accesorio, por cuanto su función no está encaminada "*a asegurar el cumplimiento de una obligación principal*", sino, como ya se mencionó, inspeccionar, controlar y vigilar la satisfacción de los deberes que el acuerdo de voluntades impone a las partes contratantes.

Sin perjuicio de lo anterior, es innegable que sin la existencia del contrato sobre el cual se ejercen sus funciones, no tendría sentido suscribir un acuerdo de voluntades que tuviera como fin desplegar este tipo de actividades.

Tal y como lo mencionamos, y lo reiteramos a modo de conclusión, es en razón de esta aparente dicotomía que ha tomado relevancia la adopción del término de contratos coligados o dependientes.

2.1. PRINCIPALES DEBATES EN TORNO A LA COLIGACIÓN NEGOCIAL

Es importante advertir que el asunto de la coligación ha conllevado a una cantidad de interesantes y prácticos debates sobre la naturaleza y el alcance, ya no solo del contrato de interventoría, sino de la responsabilidad de los interventores. Dichas discusiones nos llevan a formular los siguientes interrogantes:

¿La desaparición del contrato objeto de interventoría conlleva también el de la interventoría?

¿El incumplimiento del contrato objeto de interventoría implica a su turno el incumplimiento del interventor?

¿El pago en un contrato de interventoría puede condicionarse al cumplimiento del contratista objeto de seguimiento?

de Infraestructura Educativa – FFIE. Radicado 126473.

30 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los Contratos. Editorial Temis S.A. 2011.

31 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los Contratos. Editorial Temis S.A. 2011.

¿Puede entenderse al interventor como un garante de la administración?

¿Es factible llamar en garantía al interventor en cada proceso judicial o controversia jurídica que surja con el contrato objeto de la interventoría?

A continuación, manifestamos nuestra posición frente a cada uno de los interrogantes planteados.

2.1.1. Consecuencias de la desaparición del contrato objeto de la interventoría

Lo expresado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia refleja la realidad de la relación jurídica entre el contrato objeto de la interventoría y el de interventoría, por cuanto si bien este último es autónomo e independiente respecto del primero en sus elementos constitutivos, tiene un vaso comunicante con éste, lo que en principio implicaría que su desaparición conduciría a que la causa eficiente de su celebración cesara y por ende su ineludible terminación.

Con todo, ello no es completamente cierto. En efecto, el contrato de interventoría puede seguir a pesar de terminar el acuerdo de voluntades sobre el cual ejerce sus labores de seguimiento, por ejemplo, cuando la entidad estatal decreta la caducidad del contrato de obra, o cuando se declara desierto el proceso licitatorio para escoger un concesionario, en este caso se podrá mantener "vivo" el negocio jurídico de interventoría hasta cuando llegue el reemplazo del contratista caducado o se adjudique el nuevo proceso de selección, evento en el cual la inexistencia del contrato sobre el cual se ejercería la interventoría, no implica la terminación de este de forma automática.

Ahora bien, existen autores³² que consideran, con fundamento en la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 1882 de 2018³³ (en

32 Por ejemplo: NUÑO HENAO, Jose Enrique.

33 **"ARTÍCULO 53. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSULTORES, INTERVENTORES Y ASESORES.** Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, celebrado por ellos, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos.

Por su parte, los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte

virtud de la cual la responsabilidad se extiende hasta la etapa de liquidación de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría), que el actuar del interventor va más allá de la liquidación, esto es, hasta por el término de la vigencia del amparo de estabilidad ³⁴de la obra en los acuerdos que la contemplan:

“Lo diferente, por no decir innovador en el texto transcrito, se circunscribe a la ampliación de los escenarios en que el interventor tiene responsabilidad frente a sus actuaciones, en ese sentido, encontramos que el término de la liquidación se convierte en un espacio en donde este tendrá la obligación de responder respecto de los perjuicios que se causarán como consecuencia de su actuar. Ello ratifica el espíritu del legislador en cada reforma, de querer integrar de manera integral la figura del interventor en cada una de las etapas de la relación comercial, en aras de tener en cuenta sus actuaciones a lo largo de la misma.

Por consiguiente, si partimos de lo referenciado en el párrafo del artículo 85 de la ley 1474 de 2011, **el actuar del interventor va más allá de la liquidación, puesto que se determina que su garante debe responder incluso después de liquidar el contrato, esto es, hasta por la vigencia del amparo de cumplimiento del contrato de interventoría que se extiende por el término de la vigencia del amparo de estabilidad de la obra en los acuerdos que la contemplan. Con esto, es clara la responsabilidad endilgada a la figura en estudio**”.³⁵ (Énfasis propio)

Esto ratificaría la independencia del contrato de interventoría y que su existencia no necesariamente está atada al negocio jurídico sobre el cual ejerce o ejerció sus funciones.

2.1.2. El incumplimiento del contrato objeto de interventoría no conlleva necesariamente al incumplimiento del interventor

Es un error garrafal trasladar el incumplimiento del contratista vigilado a la interventoría, pues tal y como señala Arturo de Alessandri *“Hay también ciertos contratos que, para producir los efectos que les son propios, requieren la existencia de otro, pero que no tienen por objeto asegurar su cumplimiento (...)*”³⁶ (Énfasis propio)

del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría.”

34 Frente a este punto en particular el párrafo del artículo 85 de la Ley 1474 de 2011 establece que *“Para la ejecución de los contratos de interventoría es obligatoria la constitución y aprobación de la garantía de cumplimiento hasta por el mismo término de la garantía de estabilidad del contrato principal”*

35 NUÑO HENAO, Jose Enrique. ASPECTOS LEGALES DE LA INTERVENTORÍA. Reflexiones jurídicas en contratación estatal. Desarrollo legal de la Interventoría. Páginas 38 y 39.

36 Op. Cit.

En línea con lo anotado, el Tribunal de Arbitramento encargado de dirimir la controversia entre el Consorcio Sedes Educativas vs. Patrimonio Autónomo Fondo de Infraestructura Educativa – FFIE indicó:

"(...) cabe recordar que la existencia de coligación funcional no implica la pérdida de la autonomía de los contratos conexos (obra e interventoría), pues de lo contrario lo que existiría sería un contrato único y, por supuesto, autónomo.

Consecuente con lo anterior, **el incumplimiento del contratista de obra no puede trasladársele indiscriminadamente al interventor, salvo que dicho incumplimiento se haya debido a la falta de cumplimiento de las obligaciones del segundo, caso en el cual la génesis de la responsabilidad del interventor sería su propio incumplimiento, no el incumplimiento del contratista de obra.**

En este contexto, además, **para que pueda determinarse que el incumplimiento del contratista de obra es consecuencia del incumplimiento del interventor es menester que se establezca, en primer término, el incumplimiento de aquel.** En otras palabras, si no está acreditado judicialmente el incumplimiento del constructor³⁷, mal podría pretenderse el incumplimiento del interventor".³⁸ (Énfasis propio)

En suma, y tal como lo explica el Consejo de Estado:

"(...) 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 comercial**"³⁹ (Énfasis propio)

En otra providencia de la misma Corporación Judicial y en línea con la anterior, dijo:

"De igual modo, el incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato de obra no conlleva, por sí solo, el incumplimiento

37 En punto a lo anterior se reitera que este Tribunal carece de competencia para declarar incumplimientos del CMO. Desde luego, no escapa al Tribunal que en la § 16 (1) del CMO, al referirse a la potestad del PA FFIE de declarar la terminación anticipada de tal contrato se prevé que "[e]n tal evento no será necesaria declaración judicial o administrativa, bastando que la INTERVENTORÍA constatare los hechos que dan origen a los mismos."

Al respecto es obvio que, por una parte, la terminación anticipada del CMO por incumplimiento del contratista de obra estaría, precisamente, asociada con el adecuado cumplimiento de la tarea encomendada al interventor, valga decir, constatar las circunstancias que generan la terminación y, por otro lado, que la no necesidad de una declaración judicial solo tiene efectos entre las partes del CMO, sin que pueda hacerse extensiva al CMI.

38 Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación. Ingetec S.A.S. Ingetec G & S S.A.S. Payc S.A.S (Integrantes del Consorcio Sedes Educativas) Vs. Patrimonio Autónomo Fondo de Infraestructura Educativa – FFIE. Radicado 126473.

39 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 69492. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría. La labor del interventor consiste en realizar la vigilancia técnica del contrato objeto de seguimiento como encargo de medio, pero no como un resultado, menos aún, tiene por fin otorgar una garantía como si se tratara de asegurar el cumplimiento del contrato materia de supervisión⁴⁰. Cuestión distinta es que el interventor esté obligado a mantener informada a la entidad contratante sobre los hechos o circunstancias que puedan poner en riesgo el cumplimiento del contrato (Ley 1474 de 2011, art. 84).”⁴⁰

2.1.3. El pago en un contrato de interventoría no puede condicionarse al cumplimiento del contratista objeto de seguimiento

Se ha convertido en una costumbre de las entidades estatales atar el pago de la interventoría al avance de la ejecución del contrato vigilado, poniendo a éste en serios aprietos por cuanto no está bajo su control obligar o garantizar que el contratista cumpla con sus obligaciones.

Recientes laudos arbitrales y jurisprudencia del Consejo de Estado han despejado este espinoso camino para las interventorías, señalando que por regla general ello no es procedente.

En esta línea, el Consejo de Estado en sentencia del 17 de octubre de 2023 estableció de manera expresa lo siguiente:

“(…) 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”.⁴¹ (Énfasis propio)

Aunque la sentencia hace un análisis riguroso de las razones por las cuales no se puede condicionar el pago de la interventoría al cumplimiento del contrato inspeccionado, considera que si se llega a modificar la cláusula de pago podría sanearse la irregularidad, posición que no

40 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 70671. M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez.

41 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 69492. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

compartimos. En efecto, nos encontramos en sintonía con lo dispuesto en el salvamento de voto⁴² que señaló:

"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

42 Magistrada María Adriana Marín.

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 (...)**” (Énfasis propio)

En otra providencia del Consejo de Estado se realizó una muy importante distinción entre el valor del contrato de interventoría y la forma de pago de éste (que en el caso analizado por la sentencia se había pactado por avance en el contrato objeto de interventoría), precisando que una cosa era el surgimiento del derecho a la contraprestación pactada, lo cual se cumplía cuando el interventor satisfacía sus obligaciones, y otra muy diferente su exigibilidad, explicando que en los eventos en que por circunstancias ajenas a la interventoría el contrato objeto de su vigilancia y control no alcanzaba las metas proyectadas, ésta tenía derecho a recibir la remuneración convenida, pues de lo contrario se desatendería, entre otros, el principio de conmutatividad.

“Además de la diferencia entre la metodología empleada para estimar el valor del contrato en la etapa de planeación y la modalidad de remuneración pactada en el contrato adjudicado, debe distinguirse esta última de la forma de pago del precio. La modalidad de remuneración define cuánto se debe al consultor, es decir, el precio que debe pagarse por la prestación del servicio. Según el esquema acordado, este puede corresponder a un precio fijo global, al reembolso de costos directos más una suma fija, o a un monto calculado con base en un factor multiplicador aplicado sobre los salarios del personal, incluyendo los costos de administración y la utilidad, entre otros. Por su parte, la forma de pago determina cómo se efectúa el desembolso del precio así definido, ya sea mediante cuotas periódicas, pagos por hitos, porcentajes de avance físico de la obra supervisada u otra distribución temporal acordada por las partes.

46. Al igual que la modalidad de remuneración, la forma de pago pactada también puede implicar una asignación de

riesgos entre las partes. Así, si se establece que un precio fijo será desembolsado con base en el avance físico de la obra objeto de seguimiento, el interventor asume un riesgo financiero: si dicho avance no es significativo —incluso por causas no imputables a las partes— sus ingresos y su flujo de caja disminuirán, pese a que sus costos operativos puedan permanecer constantes. En ese escenario, deberá cubrir con recursos propios o mediante financiación externa los compromisos derivados de sus obligaciones contractuales, como el pago de salarios, prestaciones sociales y demás cargas laborales.

(...)

Bajo esa perspectiva, podría configurarse un escenario en el cual, pese a que el Interventor cumpla diligentemente sus obligaciones —manteniendo disponibles los medios personales y técnicos necesarios para ejercer sus funciones de control durante todo el plazo contractual—, se vea privado del ochenta por ciento (80 %) de su remuneración si la obra no avanza por causas ajenas a su gestión. Esta circunstancia implicaría que casi la totalidad de la contraprestación por sus servicios quedaría sujeta a un alea, esto es, a un acontecimiento incierto y ajeno al control del contratista, como el avance de la obra. Ello lo aproximaría a un contrato aleatorio, dado que “el papel que juega el hecho incierto es lo que permite trazar la línea divisoria, toda vez que, como se acaba de decir, en la condición lo que está en juego es la consolidación o la eliminación del negocio jurídico, en tanto que en el contrato aleatorio lo que el hecho contingente determina es el contenido de él”.⁴³ (Énfasis propio)

1. De lo expuesto en los pronunciamientos judiciales anteriores se debe destacar que las cláusulas de forma de pago que someten la remuneración del interventor al cumplimiento del negocio jurídico vigilado van en contravía de la naturaleza del contrato de interventoría por las siguientes razones:
2. Al margen de que el contratista vigilado incurra en un incumplimiento ello no implica *per se* que la interventoría también haya incumplido, y por ende, que deba verse afectada su remuneración.
3. Si de lo que se trata es de la declaratoria de un evento eximente de responsabilidad en el marco del contrato objeto de interventoría, mal podría entenderse que esa circunstancia (que le es completamente ajena al interventor) pueda afectar su retribución.

43 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 70671. M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

4. La tarea de la interventoría comporta la satisfacción de obligaciones de medio y no de resultado, pues éste no puede ni debe garantizar el cumplimiento de las prestaciones del contratista vigilado.
5. El cumplimiento de la gestión de la interventoría debe medirse de cara al cabal acatamiento de sus obligaciones contractuales y en específico a la aplicación de las medidas correctivas y, de ser el caso, los mecanismos sancionatorios y de apremio que las partes del contrato vigilado hayan pactado.
6. En caso de que la causa del incumplimiento del contratista vigilado sea imputable al interventor, ello debe reflejarse mediante la aplicación de los mecanismos sancionatorios del contrato de interventoría y no en la abstención del pago de sus honorarios.
7. Implica imponerle una obligación de imposible cumplimiento a la interventoría pues a todas luces el actuar incumplido del contratista o la ocurrencia de un evento eximente de responsabilidad, son hechos que escapan de su control.
8. La forma de pago no puede convertir la remuneración del interventor en un alea sujeta al devenir del avance del contrato objeto de interventoría, pues ello desconoce la conmutatividad que debe existir en los acuerdo de voluntades estatales.

Disponer esta forma de pago da lugar a dos consecuencias:

1. Aplicación de lo consignado en el literal c) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 que establece:

“Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato y la consecuencia cuando se desobedece tal disposición **“Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”** (Énfasis propio)

2. Desnaturalización de las características de onerosidad y conmutatividad del contrato de interventoría contenida en el artículo 1498 del Código Civil que señala:

“El contrato oneroso es conmutativo, **cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez**; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”. (Énfasis propio)

2.1.4. La interventoría no es un garante de la administración

Con base en los análisis expuestos en este documento, podemos concluir que la interventoría no puede constituirse en garante de la administración. Frente al particular, el Consejo de Estado, señaló de manera enfática lo siguiente:

"(...)

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.

(...)

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".⁴⁴
(Énfasis propio)

Este pronunciamiento, sobre el cual los autores de este escrito concordamos, no hace otra cosa que ratificar que las obligaciones de la interventoría son de medio y no de resultado, entre otras razones porque no está en su órbita de acción ejecutar las prestaciones del contrato materia de su vigilancia.

2.1.5. La interventoría no puede ser llamada en garantía en un contrato con pacto arbitral si no la ha suscrito⁴⁵

Existen voces⁴⁶ que con fundamento en la coligación negocial consideran a las interventorías unas auténticas garantes de la administración, lo que, a su juicio, les permite ser llamados en garantía en cada proceso

44 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 69492. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

45 Ver caso de Consorcio Magdalena Vs Contraloría General de la República. (Auto de desvinculación)

46 Por ejemplo: Contraloría General de la República (Ver caso de Consorcio Magdalena Vs Contraloría General de la República)

judicial o controversia jurídica del proyecto. Nosotros creemos que nunca puede confundirse el contrato de interventoría ni su contratista como garante, bajo ninguna de sus acepciones.

A nuestro juicio el contrato de interventoría bajo ninguna perspectiva puede entenderse como un contrato de garantía y, por ende, el interventor no debe ser llamado en garantía en un negocio jurídico en el cual se hubiere incluido un pacto arbitral si no lo ha suscrito.⁴⁷

Es más, ni los amigables componedores ni los tribunales de arbitramento pueden juzgar a la interventoría, salvo que exista legitimación expresa:

“Existe una tendencia a pensar que toda vez que el interventor asume una interventoría integral (allende al “mero seguimiento técnico”) y en tanto se trata de un contrato coligado, la responsabilidad del interventor es vasta y, además, en materia contractual, incluso puede llegar a ser juzgado por amigables componedores y tribunales de arbitramento a los que el interventor no ha legitimado.

Nosotros sostenemos, por el contrario, que la responsabilidad del interventor no se puede definir conceptualmente *a priori*, como tampoco de manera general *ex ante*, sino que dependerá de las circunstancias puntuales de acuerdo a como fue concebida la interventoría en cada uno de los proyectos. **Mucho menos creemos que los amigables componedores o tribunales de arbitramento ostentan competencia para fungir de “falladores” de los interventores a menos que hayan sido legitimados de manera clara, expresa y directa por estos**”.⁴⁸ (Énfasis propio)

2.1.6. El llamamiento en garantía a la interventoría en los procesos judiciales que se tramitan a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo

Se ha convertido un lugar común que la entidad estatal en los procesos judiciales que se tramitan a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, generalmente en la condición de demandada, utilice la figura procesal del llamamiento en garantía⁴⁹ contra la

47 Ver caso de Consorcio Magdalena Vs Contraloría General de la República. (Auto de desvinculación)

48 La responsabilidad de los interventores en general pero, especialmente, frente a los amigables componedores y tribunales de arbitramento. Por: Pombo Caballero Abogados. (Rodrigo Pombo Cajiao – Socio)

49 Artículo 64 del Código General del Proceso. “*Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.*”

interventoría en tanto y en cuanto asume que la demanda impetrada tiene origen en las recomendaciones que ésta brindó y que fueron la base para, por ejemplo, negar un reconocimiento económico o iniciar y culminar un procedimiento sancionatorio.

Si bien *per se* no es censurable tal determinación que usualmente se adopta por los comités de conciliación de las entidades, lo que sí resulta altamente reprochable es que su fundamento únicamente tenga como base la existencia de una cláusula de indemnidad al interior del contrato de interventoría, sin que se realice un mayor análisis, sereno y conciso, sobre aspectos tales como, por ejemplo, (i) si la recomendación vertida por la interventoría y que fue la base para la adopción de una decisión que afectó al concesionario o al contratista de obra se vislumbra algún tipo de dolo o culpa grave o (ii) si la entidad acogió dicha sugerencia del interventor previo estudio que la llevó a concluir que la misma tenía fundamentos jurídicos, fácticos y técnicos sólidos.

Omitir este tipo de filtros ha resultado en una avalancha de llamamientos en garantía que lo único que ha provocado es un doble e innecesario desgaste. Primero, para la entidad estatal que ahora no solo debe probar que su actuación estuvo ajustada a derecho, sino que también sus esfuerzos deben estar orientados a demostrar que su interventoría actuó con dolo o culpa grave, con la enorme desventaja de tener que justificar que si ello fue así, es decir, que existió dolo o culpa grave, la razón por la cual acogió la recomendación y, adicionalmente, no haberle iniciado un procedimiento sancionatorio por el incumplimiento a una de sus obligaciones más elementales como es la de la debida asesoría.

Segundo, este tipo de comportamientos procesales también representa para la interventoría un desgaste porque prácticamente debe asumir la defensa de la entidad estatal frente a su demandante, ya que en muchas ocasiones, no pocas, la estrategia de ésta para salvaguardar los intereses públicos no es la más adecuada, entre otras cosas, porque no conserva con el debido celo la información referente a la ejecución del contrato, teniendo que adoptar el interventor un rol activo y beligerante para evitar que las pretensiones prosperen. Así mismo, los costos judiciales que implica la atención del proceso judicial hacen que prácticamente en el presupuesto deba incluir una partida para la atención de estas contingencias.

Se ha llegado a situaciones tan inverosímiles como que en un llamamiento en garantía la entidad estatal solicite al juez que en caso de que prospere la pretensión de la demandante (consistente en el recibo y pago de una construcción que fue rechazada por la contratante con base en una recomendación del interventor), se condene a la interventoría a pagar la obra, constituyéndose esto, ni más ni menos, en un enriquecimiento indebido a favor del ente público, el cual, sin hacer erogación alguna, se beneficiaría de un bien que a juicio de la administración de justicia estuvo bien ejecutado.

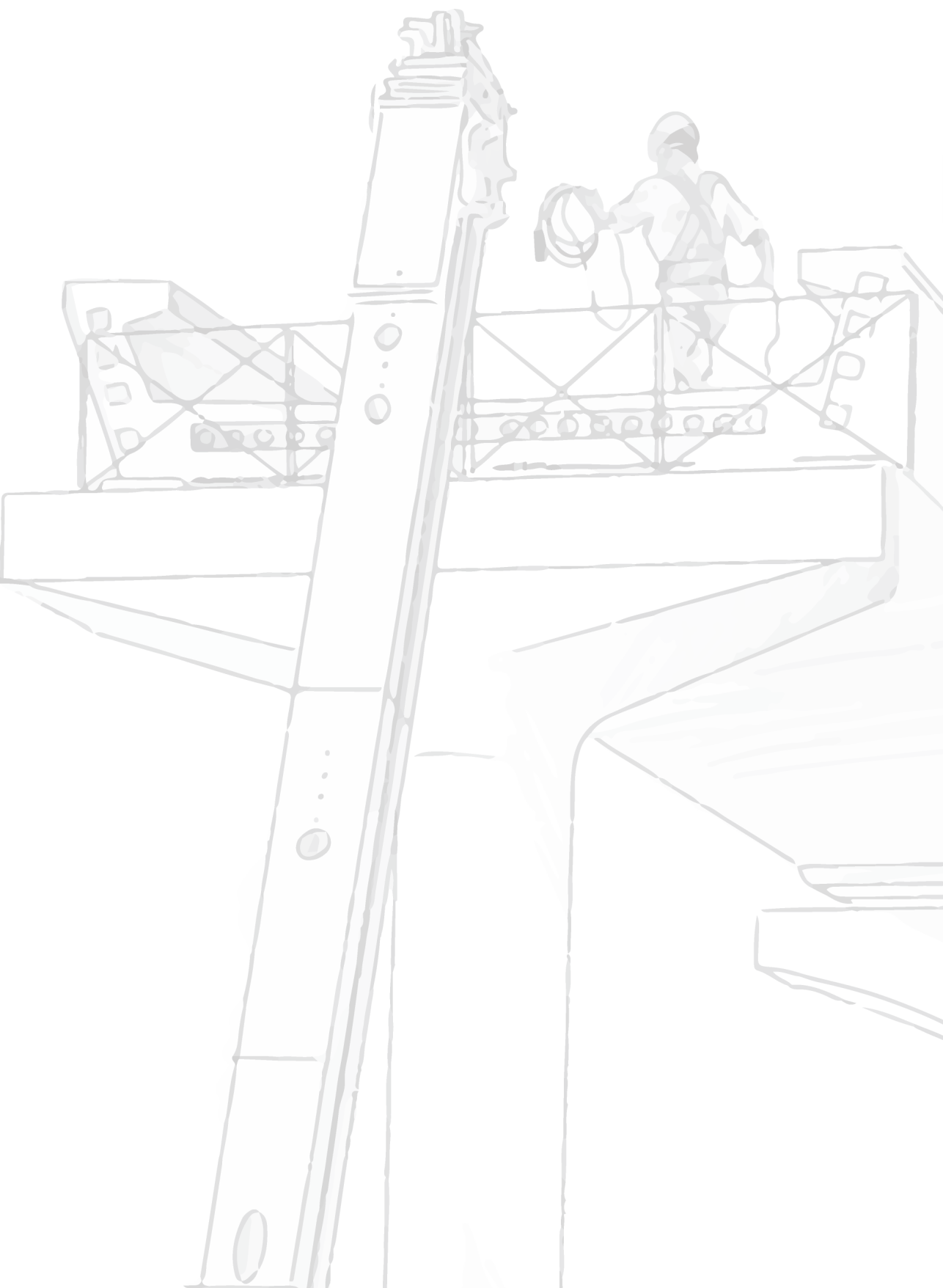
En relación con este tipo de pretensiones, el Consejo de Estado, en una reciente providencia, dijo lo siguiente:

“La sentencia de primera instancia no se pronunció sobre la responsabilidad de los llamados en garantía por sustracción de materia, debido a que no hubo condena patrimonial en contra de la llamante; no obstante, como ahora se impone condena en contra de INVIAS hay lugar a resolver ese aspecto de la controversia, a lo cual se procede con apoyo en el siguiente razonamiento:

1) INVIAS no precisó la imputación de responsabilidad en contra de las sociedades ... ni les imputó conducta alguna que permita analizar su eventual responsabilidad como llamadas en garantía; **por el contrario, la condena patrimonial que soportará la llamante corresponde a la obligación de la contratante de remunerar las obras ejecutadas y recibidas por esta y no a un daño patrimonial derivado de la obligación de pagar una indemnización.**”⁵⁰ (Énfasis propio)

La claridad de lo expresado nos releva de cualquier comentario ulterior, salvo para refrendar la imperiosa necesidad de que la entidad estatal, antes de avocarse a una empresa como el llamamiento en garantía de la interventoría, se detenga a analizar si este tiene cobijo a la luz del comportamiento contractual de su colaborador y en caso de que la respuesta fuese afirmativa, hasta donde realmente irían las consecuencias económicas de su actuación. De ninguna manera el único sustento puede ser la existencia de una cláusula de indemnidad.

50 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 67508. M.P. Fredy Ibarra Martínez.



CAPÍTULO 3

3. DEBATES CRUCIALES FRENTE AL ROL DE LA INTERVENTORÍA

A continuación, nos centraremos en dos discusiones en torno al rol de la interventoría:

En primer lugar, se examinarán las funciones atribuidas a la interventoría y el debate sobre si, en ejercicio de dichas funciones, el interventor actúa como representante de la entidad estatal frente al contratista. Este análisis permitirá, a la luz de pronunciamientos del Consejo de Estado, los tribunales arbitrales y la doctrina, precisar los límites entre la intermediación técnica que le es propia a la interventoría y las potestades decisorias exclusivas de la administración pública.

En segundo lugar, se explorará el debate sobre los propósitos del contrato de interventoría, en el que confluyen las funciones clásicas de la vigilancia técnica con nuevos objetivos impuestos por el legislador, como la prevención de actos de corrupción y la protección de la moralidad administrativa introducidos por la Ley 1474 de 2011. Se evaluará si estas obligaciones adicionales son compatibles con la esencia técnica del contrato de interventoría o si, por el contrario, suponen una carga desproporcionada que desdibuja su naturaleza.

A partir de estos dos ejes, se busca aportar elementos para comprender el verdadero alcance del rol de la interventoría en la contratación estatal, así como las tensiones normativas y prácticas que enfrenta en el contexto actual.

3.1. PRINCIPALES FUNCIONES DE LA INTERVENTORÍA Y EL DEBATE EN TORNO A SI EJERCE LA REPRESENTACIÓN DE LA ENTIDAD ESTATAL FRENTE AL CONTRATISTA

El Tribunal de Arbitramento instalado para dirimir las diferencias entre el Consorcio Ponce-MNV y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI⁵¹, sostuvo que a la interventoría le corresponde la intermediación

51 Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación. Ponce de León y Asociados

entre la entidad contratante y el contratista a fin de vigilar, controlar, inspeccionar y verificar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado, por lo que incluso podría solicitarle al contratista la información que considerara necesaria –esta particular facultad se abordará más adelante-, sin que, en todo caso, pueda sustituir o remplazar a la entidad en la toma de decisiones.

Veamos lo que ha enseñado la justicia arbitral:

“(…) al interventor corresponde la “intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato **y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial.**”⁵²

Precisamente, esa intermediación que se atribuye al interventor comporta la obligación de “vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.”⁵³

El Consejo de Estado, en reciente providencia, ha señalado que el objeto principal del contrato de interventoría consiste en “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”.⁵⁴ ⁵⁵ (Énfasis propio)

Los doctrinantes Bertha Cecilia Rosero Melo y Miguel David Rojas López, en su obra titulada “*Contratación estatal Interventoría y supervisión*”, expusieron las principales funciones del interventor en los siguientes términos:

“Tanto la interventoría como la supervisión implican el seguimiento, control y vigilancia sobre el cumplimiento del objeto y de las obligaciones contratadas; pueden ser ejercidas por una persona natural o jurídica en unión temporal o consorcio y **en representación de la entidad pública, con el fin**

S.A. Ingenieros Consultores “en liquidación” y MNV S.A. “en liquidación judicial” (Integrantes del Consorcio Ponce-MNV) Vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. Radicado 3143.

52 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 25199. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

53 Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

54 Ibidem.

55 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 36626. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

de que el contrato se ejecute satisfactoriamente, vale decir, cumpla con la finalidad u objeto por el cual fue celebrado; así como mantener informado al ordenador del gasto del estado del mismo, respecto a los aspectos legal, técnico, administrativo y financiero, que permita tomar oportunamente las acciones y decisiones pertinentes para requerir, conminar y sancionar a los contratistas incumplidos en el evento de presentarse dificultades en la ejecución o incumplimientos parciales o totales del objeto y su alcance contractual.

(...)

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado 24996 del 13 de febrero de 2013, Magistrado Ponente mauricio (sic) Fajardo Gómez, explica las características o elementos del contrato de interventoría, apoyado en la concepción que de esta se hace la Sección Quinta de la misma corporación, en sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente 200-2259(AP), Magistrado Ponente Reinaldo Chavarro Buriticá, en la que indica que le contrato de interventoría **"(...) [es] una consultoría a través de la cual las entidades públicas ejercen su potestad de coordinación, dirección y control de la ejecución de los contratos"**.

En dicha providencia, la corporación (sic) hace referencia a las siguientes características, propias del contrato de Interventoría:

(...)

- **La función de interventor no se encuentra limitada a la simple verificación o constatación, dado que la Administración, a través de un tercero interventor, ejerce sus potestades de coordinación, supervisión y control y en ocasiones hasta la dirección de una, varias o todas las obligaciones derivadas de un contrato o contratos específicos, según las facultades que se le hayan otorgado, quien en un momento determinado será el que promueva la toma de una decisión por parte de la entidad pública contratante, convirtiendo su función en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal. (...)"⁵⁶ (Énfasis propio)**

Adicionalmente, el Consejo de Estado se ha pronunciado frente a este asunto así:

"En los contratos estatales como el que es objeto de la presente controversia, **las decisiones que comprometen**

56 ROSERO MELO, Bertha Cecilia y ROJAS LÓPEZ, Miguel David. *"Contratación estatal Interventoría y supervisión"*. 1ª edición. Ediciones de la U. Bogotá, 2017. Página. 33.

contractualmente a la administración, tales como la suscripción del contrato, la sanción del contratista, la interpretación, modificación o terminación unilateral del negocio jurídico, la declaratoria de caducidad del mismo o su liquidación –de común acuerdo o unilateral-, etc., le corresponden exclusivamente al representante legal de la entidad, por ser la persona a la que la ley ha otorgado de manera expresa la competencia para comprometerla contractualmente, salvo aquellos casos en los que lo autoriza para delegar tal función, siempre que dicha delegación se haya efectuado también en forma legal, es decir observando las formalidades dispuestas para ello, las cuales apuntan a brindar la necesaria seguridad jurídica que exigen los intereses públicos. En tal sentido, para delegar las funciones que en materia de contratación permite el estatuto contractual, deberá darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 489 de 1998 que consagra los requisitos de la delegación.

El interventor adelanta, básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista. Es por ello que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que "Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente", que "Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias" y además, que "ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato", es decir que el negocio jurídico sobre el cual ejercerá vigilancia, constituye el marco dentro del cual la misma debe llevarse a cabo.

(...) la función del interventor es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato **y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial**"⁵⁷.(Énfasis propio)

Frente al rol de la interventoría como intermediaria entre la entidad estatal y el contratista no existe controversia. Con todo, un aspecto de gran relevancia es determinar si la interventoría actúa o no como representante de la entidad estatal frente al contratista sobre el cual ejecuta las tareas de control y vigilancia.

A nuestro juicio dependerá de lo expresamente pactado, en principio NO como representación jurídica pero SÍ como representación técnica

57 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 25199. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

especializada y con verificación *in situ*, eso sí, con unas importantes limitaciones que le impiden, por ejemplo, (i) exonerar el cumplimiento de las obligaciones pactadas, (ii) suscribir modificaciones al acuerdo de voluntades, (iii) imponer sanciones por sí misma, (iv) ejercer las facultades que en cabeza de la entidad se materializan en actos administrativos y, en general, (v) toda acción dispositiva de derechos.

En lo que sí funge como un representante de la entidad, repetimos, es en lo relacionado con la adopción de decisiones técnicas, por ejemplo, el recibo o el rechazo de la obra, bien o servicio, la aprobación o no objeción de los estudios y diseños, tareas estas en las cuales sus manifestaciones de voluntad vinculan a la entidad y se entienden como si ésta las hubiese adoptado, lo cual guarda una perfecta lógica en tanto y en cuanto una de las razones por las cuales se contrata a una interventoría es por sus conocimientos especializados y la posibilidad real y material de hacerle un seguimiento permanente al desarrollo del contrato.

Vale la pena preguntarnos *¿es posible que un contrato de interventoría se pacte un mandato con representación?* Nuestra posición es que sí:

"(...) correctamente lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado al decir que si bien es cierto que el contratista interventor es un colaborador fundamental en la gestión contractual a través de distintos mecanismos y herramientas tales como la elaboración de borradores de actas, motivación de los modificatorios, de la emisión de órdenes por escrito al contratista, la presentación de informes sancionatorios, la elaboración de actas de descuento y retenciones, de la aprobación de obligaciones o la publicación de conceptos variopintos etc..., **no es menos cierto que, por regla general, el interventor NO representa a la entidad ni la desplaza de su rol de director del contrato**⁵⁸.

De hecho, el artículo 26 numerales 1⁵⁹ y 5⁶⁰ descarga en la entidad y en sus representantes legales la función de velar por la correcta dirección y ejecución del contrato. Tarea que, por cierto, se me antoja irrenunciable e indelegable.

58 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 25199. M.P. Danilo Rojas Betancourth: "(...) *al interventor corresponde la "intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial.*"(Énfasis propio)

59 "ARTÍCULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:
1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato."

60 5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

Empero, nada obsta para que el contrato de interventoría incluya un contrato de mandato con representación⁶¹, en virtud del cual se conciba al interventor como un auténtico representante de los derechos e intereses de la entidad pudiendo ella asumir todas las decisiones del contrato siempre que las mismas recaigan directamente, como en cualquier mandato con representación, en la entidad representada⁶².

Nótese que si ese fuese el caso, la naturaleza y el alcance de la responsabilidad del interventor representante será mucho menor, más reducida, en tanto que todo lo que él lleva a cabo lo hace *"a nombre y representación de su mandante"*. En ese escenario NO se elimina ninguna de las responsabilidades del interventor descritas con anterioridad (penal, fiscal, disciplinaria y contractual), pero ciertamente su alcance se limita mucho en razón de la materia y muy especialmente en lo que hace a la responsabilidad contractual pues, en virtud de la autonomía de la voluntad, la entidad contratante y el interventor convinieron en que los actos del interventor recaerían directamente en la órbita obligacional de la entidad, ergo, su responsabilidad se limita a su comportamiento desleal y descuidado, al incumplimiento de sus obligaciones contractuales y a *"las reglas propias de la relación de representación"*⁶³.

A donde queremos llegar en este punto, es a que, como bien lo ha subrayado la doctrina, cuando se suscribe un contrato de interventoría en donde de manera expresa se establece que el interventor no solamente es mandatario de la entidad sino su auténtico representante (mandato con representación), *"el acto realizado por el representante vincula al representado como si el mismo lo hubiera realizado"*. Tal es el efecto que atribuye tanto el Código Civil como el Código de

61 *"La representación implica una legitimación excepcional, mejor aún, puede decirse que consiste en ella, cualesquiera que sea su razón de ser o su origen; poder de disposición para ante los demás, que le permite a un sujeto (representante) sustituir a otra persona (representado) en la celebración de negocio jurídico o contrato, declarando que obra en nombre y por cuenta ajenos, sin vincularse personalmente, y sí haciendo que todos los efectos de su actuación vayan a parar inmediatamente al dominus. Hay en ella una disociación del sujeto que a ella acude, pues una es la "parte formal", que es el sujeto que actúa, pero sin interés en la operación o no siendo el único interesado en ella, y otra la "parte material", que es el sujeto interesado, el dominus, que por definición no interviene, pero que sí recibe íntegros los efectos, directa e indirectamente".* Ver HINESTROSA Fernando. Tratado de las Obligaciones II: De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. 1. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015. Pág. 551.

62 *"En principio el representante no asume obligación alguna en fuerza del acto de ejercicio de poder, ni para con el representado, ni frente al tercero. Sin embargo, en la medida en que su comportamiento no haya sido leal, cuidadoso, podría decirse, eficiente, habrá de responder por ella al dominus, de acuerdo con las reglas propias de la relación de representación, como también con el contenido del negocio constitutivo de la relación base en la se haya engastado el poder: responsabilidad concreta o negocial. Además, asumirá responsabilidad genérica o extracontractual, en la medida en que su conducta haya determinado o contribuido a la inejecución de las obligaciones surgidas del trato celebrado con su mediación."* Ibidem.

63 Ibidem.

Comercio. **El representante no queda vinculado por el acto y por ello no puede ser demandado**⁶⁴

Ahora bien, si el contrato de interventoría NO consagra de manera expresa un mandato con representación en cabeza del contratista interventor (como es la regla general)⁶⁵, huelga decir, "cuando una persona actúa en nombre propio, pero por cuenta ajena"⁶⁶, tendremos que diferenciar las principales hipótesis o teorías jurídicas que se ventilan sobre el particular, sin perder de vista que "en tal caso, quien hace la declaración de voluntad se convierte en parte del acto jurídico, pero los efectos económicos del acto deben ser soportados por un tercero. Esta es la situación que se presenta cuando hay mandato sin representación"⁶⁷⁶⁸ (Énfasis propio)

También es importante referirse a si las tareas de la interventoría se circunscriben exclusivamente a realizar una vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones del contratista o, por el contrario, su labor también se extiende a los deberes de la entidad estatal. A nuestro juicio, la interventoría no se debería limitar a supervisar y controlar a una sola de las partes contratantes, sino a las dos, en tanto y en cuanto el propósito máximo de su función es que el contrato se ejecute con observancia plena de las condiciones allí pactadas (tiempo, calidad, lealtad y presupuesto), lo cual puede verse afectado tanto por el contratista como por la entidad estatal.

En otras palabras, la interventoría no se ejerce sobre el contratista, sino sobre el contrato, y ello implica la inspección y control a ambas partes, vigilando que cada una cumpla con las obligaciones a las cuales se han comprometido, advirtiendo cuando ello no ocurre.

3.2. FUNCIONES TRADICIONALES DE LA INTERVENTORÍA Y EL DEBATE FRENTE A SU ROL COMO GUARDIANA DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA

Vimos cómo las funciones de la interventoría normalmente están asociadas a la vigilancia adecuada del contrato en tanto se requiere de

64 MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco. Los Contratos en el Derecho Privado Legis Editores S.A. Primer Edición. Bogotá, 2007. Página. 535. CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. El mandato y la Representación.

65 "Para la legislación colombiana [...] el mandato no implica representación, no la confiere sino cuando el mandante ha querido de modo especial autorizar al mandatario para obrar, además de por su cuenta, a su nombre." Ver PÉREZ VIVES, Hacia un negocio de apoderamiento conceptualmente autónomo, en Boletín de la Universidad Libre, vol. I. No. 37. Bogotá, 1950.

66 MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco. Los Contratos en el Derecho Privado. Legis Editores S.A. Primer Edición, Bogotá 2007. Página. 513. CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. El mandato y la Representación.

67 Ibidem.

68 POMBO CABALLERO ABOGADOS (Rodrigo Pombo Cajiao – Socio). La responsabilidad de los interventores en general pero, especialmente, frente a los amigables componedores y tribunales de arbitramento.

sus conocimientos especializados o cuando la complejidad así lo amerita o la extensión del proyecto lo demanda. Entorno a estas funciones la sentencia C-037 de 2003 de la Corte Constitucional puntualizó:

"(...) para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones **técnicas y científicas** que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios."⁶⁹ (Énfasis propio)

Por su parte el Consejo de Estado indicó que el contrato de interventoría se caracteriza por su naturaleza técnica:

"De ello se desprende que la característica fundamental o básica que servirá para identificar los contratos estatales de consultoría será la índole **técnica** de su contenido, la cual constituye el "común denominador" de todas las actividades descritas como posibles integrantes de su objeto, consideración que se robustece si se tiene presente que, según lo señala la propia norma legal, el desarrollo y la ejecución de esas actividades generalmente se requiere y se justifica en cuanto las mismas han de servir para evaluar, para analizar, para examinar, para diagnosticar la prefactibilidad o la factibilidad de **proyectos de inversión o proyectos específicos**, esto es que la consultoría tiene como objeto de análisis la ejecución de proyectos o de obras que por esencia son de relativa complejidad técnica o que giran en rededor de los mismos, bajo la modalidad de asesorías técnicas de coordinación, de control o supervisión, así como de interventoría, gerencia, dirección o programación de tales obras o proyectos, cuestión que naturalmente incluye la elaboración de los diseños, planos, anteproyectos y proyectos correspondientes.

En este punto no es posible dejar de lado la importante carga de **contenido técnico** que le corresponde a las expresiones proyecto, anteproyecto, factibilidad, prefactibilidad, diseños, planos, todas las cuales, por ello mismo, encuentran significado propio entre los expertos que profesan las ciencias de la construcción y del diseño de obras de infraestructura, por lo cual las mismas, incluida la propia consultoría, deben contextualizarse en ese campo del saber científico y, en consecuencia, ha de entenderse que ese tipo de contratos necesariamente debe tener relación directa con aquellos proyectos (de infraestructura, técnicos, tecnológicos), diseños, obras de infraestructura o eminentemente técnicos que, dentro de sus planes, buscan evaluar o ejecutar las entidades estatales."⁷⁰ (Énfasis propio)

69 Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

70 Ver salvamento de voto a la sentencia proferida por el Consejo de Estado. Sección Tercera.

Como puede apreciarse, no existe debate en relación con las funciones “tradicionales” de la interventoría; sin embargo, **en donde sí se produce una marcada divergencia es en rol que el legislador de 2011 le dio a la interventoría como “guardiana” de la moralidad y “primera espada” contra la corrupción.**

En el artículo 83 de la Ley 1474 se dispuso que:

“Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.”

Disposición que se completó con el parágrafo 2 del artículo 84 de la misma ley que impuso una inhabilidad a la interventoría

“(…) que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.”

En relación con este asunto, la doctrinante Palacio Jaramillo expresó lo siguiente:

“Comentando los dos artículos anteriormente transcritos, no queda más que advertir su absoluta impertinencia y desproporción con relación a la extensión de las responsabilidades del interventor, no en cuanto hace a sus labores tradicionales y normales de vigilar la ejecución del objeto contratado, sino a las referidas a la protección de la moralidad y prevención de actos de corrupción, así como a la que aparece en el parágrafo segundo del artículo 84 de la Ley 1474/11 según la cual, si el interventor incumple el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato o “con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles...” se le inhabilitará por un término de “cinco años contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare...” Esta previsión es, en mi parecer, inconcebible y abiertamente inconstitucional, pues pone al interventor so pena de serias responsabilidades y serios castigos, a cumplir tareas ajenas y extrañas a su misión contractual, labores que, por cierto no son posibles de llevar a cabo de manera adecuada no solamente por la generalidad de su planteamiento sino porque un interventor carece de herramientas para ser el garante de la

moralidad y evitar actos de corrupción de un tercero a quien supervisa técnicamente. Esto no es en absoluto una actividad contractual a vigilar por un interventor ni una función contractual que la administración pueda transferirle. ¿Existe alguna defensa frente a esta imputación?" ⁷¹

Imponerle a la interventoría la custodia de la moralidad pública no parece una labor que se adecúa a las características técnicas, financieras, ambientales, sociales o jurídicas que identifican su trabajo. Adicionalmente, asimilar el incumplimiento con la corrupción es un craso error conceptual que implicaría "*graduar*" de corruptos a todo contratista que por diferentes circunstancias que van más allá de defraudar dolosamente la fe pública, desatiende el débito contractual. Creemos que el deber de la interventoría es notificar los incumplimientos a la entidad estatal, correspondiéndole a ella y solo a ella determinar si este traspasa el umbral de lo inmoral y se adentra en los caminos sinuosos del Código Penal.

En relación con este asunto, la Agencia Nacional de Contratación Pública, a través del Concepto C-462 de 2023, expresó:

"Respecto a si existe alguna formalidad para informar a la entidad contratante sobre los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, le corresponde a cada entidad, en ejercicio de la autonomía y discrecionalidad determinar cómo deben los supervisores o interventores Informar los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción.

En cuanto a la vigilancia de la ejecución de contratos de prestación de servicios debe advertirse que, ni en la "Guía para el ejercicio de las funciones de supervisión e interventoría de los contratos del Estado", ni en los demás instrumentos expedidos por esta Agencia de conformidad con las funciones atribuidas por el Decreto 4170 de 2011, se establecen lineamientos específicos.

Sin embargo, en la mencionada guía se señala que tanto supervisores e interventores tienen la función general de ejercer el control y vigilancia sobre la ejecución contractual de los contratos respecto de los cuales está la obligación de Informar a la Entidad Estatal de hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que pongan en riesgo el cumplimiento del contrato; para esto se estableció como requerimiento que se realice la entrega de los soportes necesarios para que la Entidad Estatal desarrolle las actividades correspondientes, es decir que esta sería la competente para realizar la correspondiente denuncia sí a ello diera lugar."

⁷¹ Documento presentado en el marco del Congreso Internacional de Contratación Pública. Cartagena, 30 de octubre de 2014.

CAPÍTULO 4

4. ASPECTOS CLAVE EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL DE LA INTERVENTORÍA

La etapa precontractual en los contratos de interventoría resulta determinante pues en ella se establecen las condiciones que aseguran la transparencia, la legalidad y la adecuada ejecución contractual. Su correcta gestión es fundamental ya que el cumplimiento riguroso de las reglas en esta fase previene nulidades, disminuye el riesgo de sobre-costos y evita deficiencias en el control de los proyectos objeto de la interventoría.

Dentro de los aspectos clave de esta fase encontramos:

- (i) La modalidad de selección: Por regla general es el concurso de méritos, salvo excepciones como la mínima cuantía o la contratación directa en supuestos específicos.
- (ii) La aplicación de pliegos tipo: Exigida únicamente cuando se acude al concurso de méritos abierto, más no cuando existe precalificación.
- (iii) La posibilidad de subsanar la oferta económica: Al no ser factor de calificación en el concurso de méritos, los errores pueden corregirse dentro de los términos legales.
- (iv) La publicidad en la apertura del sobre económico y la adjudicación: Aunque la ley no impone la audiencia pública, su inclusión fortalece la transparencia.
- (v) Eventuales inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses.
- (vi) La publicación en los pliegos de condiciones del cálculo de la forma de pago: Garantiza la transparencia en la determinación del precio.

En este apartado del documento pretendemos ofrecer una visión clara y práctica que permita al lector entender cómo se logra minimizar riesgos antes de suscribir el contrato de interventoría enfocándonos en los seis aspectos señalados.

4.1. MODALIDAD DE SELECCIÓN

La modalidad para seleccionar al contratista que desempeñará las labores de interventoría es el concurso de méritos, pudiendo ser abierto o con preclasificación⁷², lo que determina aplicar o no los denominados pliegos tipo⁷³.

De acuerdo con la Agencia Nacional de Contratación Pública:

"(...) tanto la interventoría como la supervisión, son mecanismos que pueden utilizar las entidades estatales para vigilar debidamente la ejecución de sus contratos. Asimismo, indica que el interventor es un contratista externo seleccionado **a través de un concurso de méritos** por la entidad contratante, mediante los procedimientos dispuestos en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007."⁷⁴ (Énfasis propio)

En línea con lo expresado, esta misma Agencia ha manifestado que:

"En concordancia con el numeral 3 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, el concurso de méritos es la modalidad de selección aplicable para la celebración del contrato de consultoría, sin embargo, estos también pueden perfeccionarse mediante el proceso de mínima cuantía –cuando el presupuesto oficial no exceda el 10% de la menor cuantía– o por contratación directa."⁷⁵

Es claro entonces, a partir de la anterior postura, que una excepción a la utilización del concurso de méritos será la modalidad de mínima cuantía⁷⁶ y así lo ratificó la Agencia Nacional de Contratación Pública cuando expresó: "(...) *la modalidad de selección aplicable para la celebración de este tipo de contratos (contrato de consultoría) es el concurso de méritos*⁷⁷, no obstante, tanto la modalidad de mínima cuantía como

72 De acuerdo con el numeral del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 el concurso de méritos con preclasificación implica la "conformación de la lista de precalificados (que) se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso."

73 Acorde con la Agencia Nacional de Contratación Pública, los pliegos tipo son "los documentos adoptados por el Gobierno Nacional que incluyen las condiciones habilitantes, factores técnicos, económicos y otros factores de escogencia de carácter obligatorio para las Entidades Estatales sometidas al régimen general de contratación pública respecto de un tipo de contrato determinado."

74 Concepto C-288 de 2023.

75 Concepto C-204 del 2023.

76 Contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto.

77 El Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 2, Sección 1, Subsección 3 del Decreto 1082 de 2015, regula las distintas modalidades del concurso de méritos: i) concurso de méritos abierto o sin precalificación, ii) concurso de méritos cerrado o con precalificación y iii) concurso de méritos «para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos.

la de contratación directa pueden ser también aplicados para la celebración de contratos de consultoría.”⁷⁸

Será factible acudir a la contratación directa en el caso de configurarse alguna de las causales contenidas en los literales (a) (urgencia manifiesta) o (g) (cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

En definitiva, la regla general para la escogencia de la interventoría será el concurso de méritos, con dos excepciones, (i) la mínima cuantía y (ii) la contratación directa.

4.2. APLICACIÓN DE LOS PLIEGOS TIPO

En relación con este aspecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública precisó que:

“(…) si bien en el concepto C-862 de 2022 la Agencia diseñó los documentos tipo de interventoría -de obra pública en infraestructura de transporte- para que se adelantaran por concurso de méritos abierto, eso no quiere decir que esta sea la única modalidad de proceso de selección permitida para las entidades estatales sometidas por la Ley 80 de 1993. Las mismas entidades -en cumplimiento con el principio de autonomía- pueden adelantar la contratación mediante la modalidad de selección de concurso de méritos con precalificación. En ese orden de ideas, **la Agencia señala que según los documentos tipo -adoptados mediante la Resolución No. 256 del 11 de diciembre de 2020- son de obligatorio cumplimiento para las entidades que se rijan por la ley 80 de 1993 y que contraten la interventoría a través de concurso de méritos abiertos, sin embargo, no lo son para aquellas que vayan a contratar por medio del concurso de méritos con precalificación.**”

⁷⁹ (Énfasis propio)

Esto conlleva a concluir que únicamente cuando la modalidad de selección sea el concurso de méritos abierto se deberá emplear los pliegos tipo diseñados por la Agencia, no así cuando se recurra a la alternativa de la preclasificación.

4.3. POSIBILIDAD DE SUBSANAR LA OFERTA ECONÓMICA

Previo a desarrollar esta temática es importante determinar que se debe entender tanto por requisitos habilitantes como de calificación. Los primeros son “(...) *aquellas condiciones mínimas que debe cumplir*

⁷⁸ Concepto C-052 de 2022.

⁷⁹ Concepto C-051 de 2023.

el oferente y que no son necesarias para la comparación de las ofertas, pues son de simple verificación y, por tanto, pueden ser subsanadas en la oportunidad prevista por la ley."⁸⁰ En cuanto a los segundos:

*"(...)se examinan directamente en función de la propuesta, entendida como la manifestación de voluntad de quien participa en el proceso de selección que contiene los elementos del negocio jurídico respecto de los cuales la entidad licitante va a efectuar la comparación de las propuestas que le fueron presentadas, con el fin de obtener la más favorable, en atención a la ponderación detallada de elementos técnicos y económicos de escogencia establecidos en el pliego de condiciones."*⁸¹

Teniendo claro estos conceptos y dado que la oferta económica no es un factor de calificación en los concursos de méritos⁸², no cabe la menor duda que ésta, en caso de tener alguna inconsistencia, podrá ser subsanada dentro de los plazos que el legislador estableció para ello, incluso si, por ejemplo, no se anexó o superó el valor del presupuesto oficial. Lo aquí expresado fue ratificado por la Agencia Nacional de Contratación Pública cuando al resolver una consulta dijo que: *"(...) si los requisitos no afectan la asignación de puntaje y tienen el carácter de habilitantes para la participación en el proceso de contratación, se entiende que, en principio, pueden subsanarse, siempre que no se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso"*⁸³.⁸⁴

La Agencia Nacional de Contratación Pública explicó que para ejercer la facultad de subsanar la oferta la Ley 1882 de 2018⁸⁵ fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta se extiende hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el límite anterior no aplica para procesos de mínima cuantía.

4.4. AUDIENCIA PÚBLICA PARA LA APERTURA DEL SOBRE ECONÓMICO Y DE LA ESCOGENCIA DEL CONTRATISTA

La ley no señala ni impone la obligación de adjudicar el contrato ni tampoco la de abrir el sobre económico en audiencia pública. Todo dependerá de lo que indique el pliego de condiciones.

80 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 50127. M.P. María Adriana Marín.

81 Ibidem.

82 En los casos en los cuales la modalidad de selección de la interventoría sea a través de la mínima cuantía donde el único factor de calificación es el precio, **la ausencia o deficiencia de la oferta económica si será un factor de calificación y por ende no será pasible de ser subsanada.**

83 Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban materialmente cumplidos al momento de la presentación de la oferta, en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso.

84 Concepto C-965 de 2022.

85 *"Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones."*

Al respecto la Agencia Nacional de Contratación Pública expresó que:

“(…) la administración podrá realizar audiencias públicas para adjudicar los contratos derivados de los concursos de méritos. Lo anterior con fundamento en: i) el principio de publicidad como eje rector de las actuaciones administrativas y ii) la remisión del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 a las normas del procedimiento administrativo general, en virtud de la cual aplica el inciso final del artículo 35 de la Ley 1437 de 2011.”⁸⁶

4.5. EVENTUALES INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y EL CONFLICTO DE INTERÉS

Se ha planteado la posibilidad de que la persona que desarrolló las tareas de estructuración de un proyecto, participe, primero, y de ser el caso, suscriba el contrato a través del cual se realice la interventoría al contratista que deberá materializar en la práctica tales diseños.

En el listado taxativo de las inhabilidades e incompatibilidades aplicables en la contratación estatal no se incluye ninguna restricción al respecto; sin embargo, a nuestro juicio existe un patente conflicto de interés⁸⁷ que debería ser objeto de regulación en el pliego de condiciones del concurso de méritos⁸⁸, por cuanto en caso de tener que juzgar la calidad de los diseños por él elaborados no tendría la objetividad necesaria para aceptar, potencialmente, que los mismos tienen deficiencias, creando con ello una situación conflictiva con claro desmedro de la buena y correcta marcha del negocio jurídico.

4.6. PUBLICACIÓN EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES DEL CÁLCULO DE LA FORMA DE PAGO

Hay que diferenciar si la modalidad de pago es a precio global fijo o a precio fijo unitario, o mixto. Sin embargo, **siempre** se debe publicar y explicar la manera cómo se determinó ese precio. En efecto, la Agencia Nacional de Contratación Pública manifestó que es imperativo publicar la forma en que la entidad calculó el valor y forma de pago en los concursos de méritos al amparo del Decreto 399 de 2021⁸⁹ esto con el fin de

⁸⁶ Concepto C-297 de 2021.

⁸⁷ “El régimen de los conflictos de interés tiene como objetivo la prevalencia común sobre el particular y que son definidos como la ocurrencia de intereses antagónicos que afectan la transparencia en las decisiones, al implicar –en detrimento del interés general– el aprovechamiento personal, familiar o particular...” Concepto C-288 de 2023 de la Agencia Nacional de Contratación Pública.

⁸⁸ Recordemos que las causales que generan los conflictos de interés, a diferencia de las inhabilidades e incompatibilidades, son susceptibles de ser reguladas por la entidad estatal en el pliego de condiciones, ya la premisa que se haga de forma racional y proporcionada.

⁸⁹ «ARTÍCULO 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Estos

garantizar que los interesados conozcan la totalidad de la información precontractual especialmente la relacionada con el análisis realizado para fijar el presupuesto oficial del proceso de selección y potenciar la garantía de los principios de publicidad y transparencia.

deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:... 4. *El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración."*

CAPÍTULO 5

5. DEBATES ENDÓGENOS O PROPIOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA NEGOCIAL DE LA INTERVENTORÍA

Nos ocuparemos de abordar cuatro debates fundamentales. En primer lugar, se estudiará la procedencia de las devoluciones o descuentos por pago de personal no utilizado o contratado a un menor valor, revisando las posturas normativas y conceptuales sobre la legalidad de estos ajustes.

En segundo lugar, analizaremos si la entidad estatal está legitimada para exigirle a la interventoría la contratación de personal suplementario al de la plantilla requerida bajo la égida de una regla contractual según la cual si el personal mínimo no es suficiente se debe vincular el que sea necesario.

En tercer lugar, se expondrán las razones por las cuáles en los contratos de interventoría no aplica el límite de adición de la Ley 80 de 1993 y, finalmente, cuarto, el alcance de las cláusulas excepcionales, explicando la improcedencia de pactarlas en virtud de la autonomía de la voluntad.

5.1. DEVOLUCIÓN O DESCUENTO POR PAGO DE PERSONAL CON MENOR VALOR Y/O NO UTILIZADO

El debate reside en establecer cómo debe proceder la entidad estatal en el marco de un contrato de interventoría cuando se materialice alguna de las siguientes circunstancias:

- (i) El servicio contratado no se requiere en la intensidad que originalmente se había concebido, por ejemplo, una disponibilidad pactada en diez horas realmente fue de apenas una.
- (ii) La interventoría contrata por debajo de los valores calculados por la entidad para remunerar ya sea el personal, los equipos o los ensayos de laboratorio.
- (iii) La interventoría no contrata todo el personal ofertado de acuerdo con las exigencias del pliego y del contrato.

A continuación, desarrollamos cada uno de los supuestos fácticos.

i. El servicio contratado no se requiere en la intensidad que originalmente se había concebido

A nuestro juicio, la interventoría no estaría en la obligación de devolver ningún valor que se le hubiese pagado en los casos en que el servicio requerido originalmente estuviera sobredimensionado frente a las necesidades reales de las labores de control y seguimiento, esto por cuanto la mera existencia de la disponibilidad del recurso implica indefectiblemente un costo que debe ser sufragado por la entidad con total y absoluta independencia de su uso intensivo o no, esto bajo el supuesto, claro está, que la modalidad de pago hubiese sido a precio global. Si fuese a precio unitario se obviaría este dilema.

ii. La interventoría contrata por debajo de los valores calculados por la entidad para remunerar ya sea el personal, los equipos o los ensayos de laboratorio

¿Está la interventoría obligada a devolver aquellas sumas de dinero cuando contrató por debajo de los valores calculados por la entidad para remunerar ya sea el personal, los equipos o los ensayos de laboratorio? La respuesta a esta tesitura depende si estamos en un contrato pactado a suma fija o global o por reembolso de gastos.

No cabe duda para los autores de este documento que si la entidad optó por la modalidad de precio global o unitario y, por ejemplo, para la elaboración de su presupuesto contempló unos honorarios para el ingeniero residente de siete millones de pesos, pero la interventoría, en aplicación de la ley económica de la oferta y la demanda, logra la contratación de ese profesional por una suma inferior, no tendría por qué ser objeto de censura y reproche y muchos menos aún conminado a reintegrar dinero alguno, así como tampoco tendría derecho a reclamar si tuviera que asumir una erogación superior para obtener los servicios del ingeniero materia de nuestro ejemplo. Lo mismo aplicaría para el caso de los equipos y ensayos de laboratorio.

Cosa muy diferente sería si el precio del contrato de interventoría fue pactado bajo la égida del reembolso de gastos, ya que en ese caso tendría que haber una simetría entre lo remunerado al ingeniero, los equipos o ensayos, con lo reconocido al interventor, tanto si esa cifra fuera inferior como superior a la inicialmente presupuestada.

iii. La interventoría no contrata todo el personal exigido en los pliegos y en el contrato

Consideramos que si el contrato se pactó bajo el esquema de precios unitarios no puede existir un reconocimiento económico del personal no contratado. En efecto, la remuneración se debe efectuar

según el personal efectivamente vinculado y destinado a la prestación del servicio. En aquellos supuestos en los cuales la contraprestación se ha convenido bajo el esquema de un valor global el asunto no es pacífico ni siquiera para los autores de este documento.

A nuestro criterio, no existe controversia cuando no se contrata todo el personal, pero se cumple con cada una de las actividades y objeto del contrato de interventoría. En este escenario, no procede ningún tipo de descuento o devolución.

El meollo radica cuando no se contrata todo el personal y hay incumplimiento de una obligación contractual. En estos casos, existe una tesis según la cual debe iniciarse un procedimiento administrativo sancionatorio por desobediencia contractual, pero que como quiera que el negocio jurídico es a precio global, es improcedente llevar a cabo descuentos y debe pagarse la totalidad de lo pactado, entre otras cosas porque (i) el principio de la autonomía de la voluntad así lo sugiere y (ii) resulta imposible determinar contractualmente otra forma de pago.

Existe otra tesis que sostiene que no se puede aceptar que la entidad asuma el pago por un servicio que no recibió, por cuanto ello sería la materialización clara y concreta de un pago de lo no debido. En efecto, con independencia de la forma en que se hubiese pactado la remuneración, lo cierto es que esta contemplaba la integralidad de las prestaciones a las cuales se obligó la interventoría, si faltare alguna de ellas, amén de constituir un incumplimiento, no podría ser objeto de pago.

En la práctica y ante (i) la evidencia de la inexistencia del servicio y (ii) la presentación de una factura de la interventoría donde se cobrara la totalidad de la suma convenida -sin descuento por la actividad que no se realizó o el profesional que no se contrató- el ordenador del gasto no tendría otra alternativa que su rechazo y el inicio de un procedimiento sancionatorio ya sea bajo la figura de la multa o de la declaratoria de incumplimiento en caso de que, para esta última, se hubiese presentado algún perjuicio para la entidad.

5.2. LEGITIMAD DE LA ENTIDAD ESTATAL PARA EXIGIRLE A LA INTERVENTORÍA LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL SUPLEMENTARIO AL DE LA PLANTILLA

¿Está legitimada una entidad estatal para exigirle a la interventoría la contratación de personal suplementario al de la plantilla amparada en una regla contractual según la cual si el personal mínimo no es suficiente debe vincular el que sea necesario?

Definitivamente la respuesta es no. Esta perniciosa costumbre de las entidades estatales de incorporar en los contratos expresiones como, por ejemplo, "el contratista deberá contratar todo el personal necesario,

adicional al mínimo exigido, para cumplir con sus obligaciones sin que por ello la entidad deba reconocer suma alguna” o la generalmente ubicada al final del listado de las obligaciones de la interventoría que dice “y las demás que contribuyan al cumplimiento del objeto del contrato”, son violatorias del ordenamiento jurídico.

En primer lugar, tales expresiones evidencian las falencias en las tareas de planeación que debió adelantar la entidad estatal o de la insuficiencia del presupuesto asignado para cumplir con el objeto de contrato, lo cual se mimetiza con el uso (abuso) de este tipo de giros lingüísticos. Una correcta y ordenada planeación tiene que identificar los recursos físicos y de personal requeridos para ejecutar el contrato y ello se refleja en el valor de este.

No podría la entidad ampararse en que la modalidad pactada para determinar el valor del contrato era a precio global -donde el riesgo es asumido por el contratista- para materializar este tipo de cláusulas leoninas ya que si bien es cierto, y así lo afirmamos en el numeral anterior, que la interventoría en esta modalidad de pago no tiene que devolver dinero alguno si se requiere menos personal para la ejecución de la labor, como tampoco puede exigir compensación alguna si sucede lo contrario, aquí el escenario que se expone implica una falta de planeación y de permitirse tal tesis se avalaría que el ente público fuera desprolijo al momento de confeccionar el presupuesto del contrato.

En segundo lugar, este tipo de disposiciones abusivas contravienen lo consignado en el literal e) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 que dice: ***“En los pliegos de condiciones ... e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad”*** (Énfasis propio) por cuanto impiden que los proponentes puedan determinar el precio de su oferta ya que bajo la premisa incluida por la entidad estatal podría exigir un número ilimitado de personal o elementos que a su juicio son necesarios para cumplir con el objeto del contrato.

La consecuencia cuando la entidad incluye este tipo de estipulaciones también la trae dicho numeral e indica que “[S]erán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.”

5.3. PRÓRROGA UNILATERAL DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA Y EL LÍMITE PRESUPUESTAL EN CASO DE PRÓRROGA

Primer debate

El primer debate se suscita en una contradicción de la Agencia Nacional de Contratación Pública cuando afirmó que, por un lado, no son

aplicables las cláusulas excepcionales en los contratos de interventoría, pero, por el otro, sostuvo en el Concepto C-425 de 2023 que la entidad podía obligar de manera unilateral a que el interventor continuara en el proyecto en virtud de la modificación unilateral y con el límite del 20 % del valor inicial consignado en la Ley 80 de 1993.

La tesis que promueve la Agencia Nacional de Contratación Pública es insostenible y no tiene ningún tipo de respaldo a nivel legal, ni tampoco jurisprudencial y es más producto de un análisis aislado y coyuntural que no responde a lo prescrito de forma diáfana y concreta en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que indicó en qué contratos era posible la inclusión de cláusulas excepcionales, no siendo uno de ellos el de interventoría, por lo que vía interpretación no se puede hacer decir al legislador lo que este nunca quiso expresar.

Segundo debate

La segunda cuestión está relacionada con el límite del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 sobre la adición del contrato de interventoría en razón a la necesaria prórroga pactada por las partes para continuar con el contrato.

Frente a este debate es posible pactar de común acuerdo prórrogas, en especial para cubrir el contrato objeto de interventoría y sin el límite establecido en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. En efecto, el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011 establece que:

"Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, **sin que resulte aplicable lo dispuesto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.**" (Énfasis propio)

Al respecto la Agencia Nacional de Contratación Pública ha dicho⁹⁰ que en los contratos de interventoría es posible adicionar en más del 50 % de su valor inicial⁹¹, ya que estos tienen como objeto vigilar la adecuada ejecución de uno u otros contratos estatales en los términos establecidos en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, pero esto siempre y cuando vaya de la mano de la prórroga (plazo) del contrato sobre el cual se realizan las labores de interventoría.

En otras palabras, si el contrato materia de la interventoría no se prorroga en plazo, no se aplica la regla contenida en el artículo 85 de la

90 Concepto C-266 de 2023.

91 "Artículo 85. Continuidad de la interventoría. Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993."

Ley 1474 de 2011 y por ende el contrato de interventoría estaría sujeto a la limitación del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

5.4. CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL CONTRATO DE INTERVENTORÍA EN EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Inicialmente señalamos que no era procedente incluir cláusulas excepcionales en los contratos de interventoría con fundamento en la Ley 80 de 1993 y sus normas modificatorias, en la medida en que el legislador no las autorizó de manera expresa, ni siquiera en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Para llegar a esta conclusión es necesario remitirse al contenido del numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que indica cuanto sigue:

“Pactaran las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”

De lo aquí dispuesto surgen tres clasificaciones: (i) los negocios jurídicos en los cuales es obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales, (ii) en aquellos donde es opcional y, finalmente, (iii) donde está prohibida. En la primera encontramos a los contratos “(...) *que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con*

el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.” En la segunda, los contratos de “suministro y de prestación de servicios.” En la tercera:

“(…) los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales.”

La pregunta que surgía por generación espontánea era, *¿y qué pasa con los contratos que no están en ninguna de las tres clasificaciones, como es el caso de los contratos de interventoría, es viable pactar las cláusulas excepcionales en aplicación práctica y real del principio de la autonomía de la voluntad?* Si bien era seductor inclinarse por una respuesta afirmativa, teniendo en cuenta lo prescrito tanto por el artículo 6 de la Constitución Política⁹² como por el artículo 13 de la misma Ley 80 de 1993⁹³; lo cierto es que la jurisprudencia⁹⁴ terminó decantándose por negar esa posibilidad basándose en que la aplicación de ese tipo de cláusulas requería de una disposición expresa, no tácita, por parte del legislador, motivo por el cual, en la práctica, todos los contratos que no estuvieran consignados en las listas uno y dos se deberían tener como incluidos en la tres, es decir, en aquella que designa los negocios jurídicos donde tales estipulaciones están prohibidas.

“Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:

De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes **requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas —por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común—, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen**

92 “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

93 “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.”

94 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 30802. M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.

De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios..." (Énfasis propio)

A nuestro juicio esta posición debería reevaluarse partiendo desde el concepto mismo de "*cláusulas excepcionales*", ya que éste comporta una significación que no corresponde con la realidad. En efecto, se denominan "*cláusulas excepcionales*" porque, en teoría, no están contenidas en derecho privado (Código Civil y Código de Comercio) al considerarse, erróneamente, que en dichas codificaciones impera una estricta e inflexible igualdad entre las partes, motivo por el cual darle a una ellas una prerrogativa de "*imponer*" su voluntad sobre la otra abstrayéndose del consenso correspondiente se considera censurable. En contraposición con lo que ocurre en los contratos estatales en los cuales es viable el pacto de las cláusulas excepciones porque está inmerso un interés general.

Sin embargo, observamos que el derecho privado contiene varias disposiciones que en alto grado se asemejan a las cláusulas excepciones como la terminación o modificación unilateral, sin que por ello se configure ningún tipo de nulidad, sea esta absoluta o relativa, y lo único que se condena, como no podría ser de otra manera, es su abuso.

A modo de ejemplo, en los contratos de compraventa se permite al vendedor resolver el contrato cuando el comprador no paga el precio. En efecto, el artículo 1932 en concordancia con el 1935 del Código Civil establece que "*La resolución de la venta por no haberse pagado el precio dará derecho al vendedor para retener las arras, o exigir las dobladas, y además para que se le restituyan los frutos (...)*". Así mismo, tratándose del contrato de mandato, el artículo 2191 del Código Civil indica que "*El mandante puede revocar el mandato a su arbitrio, y la revocación expresa o tácita, produce su efecto desde el día que el mandatario ha tenido conocimiento de ella.*"

Por su parte, en el contrato de arrendamiento se da la facultad al arrendador de terminar el acuerdo de voluntades cuando el arrendatario entre en insolvencia declarada. El artículo 2026 del Código Civil precisa que: "*La insolvencia declarada del arrendatario no pone fin necesariamente al arriendo. El acreedor o acreedores podrán sustituir al arrendatario, prestando fianza a satisfacción del arrendador. No siendo así, el arrendador tendrá derecho para dar por concluido el arrendamiento...*"

Estos ejemplos corroboran que en el derecho privado también el legislador establece disposiciones que se asimilan a las prerrogativas excepcionales del derecho público.

En síntesis, el estado del arte indica que no se pueden incluir cláusulas excepcionales en los contratos de interventoría y en general en ninguno que no se encuentre taxativamente descrito en las clasificaciones uno y dos aquí mencionadas; sin embargo, a nuestro juicio, ello no tendría que ser así por cuanto debería prevalecer el principio de la autonomía de la voluntad de las partes bajo el entendimiento de que no existe el tal llamado concepto de "*excepcionalidad*"⁹⁵ por lo que este asunto debería ser materia de una reforma legal.

95 Al respecto ver la sentencia C-425 de 2023. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.



CAPÍTULO 6

6. ALGUNOS COMENTARIOS FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DEL INTERVENTOR

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece que:

“(...) En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto.” (Énfasis Propio)

El mencionado artículo 53 señala que:

“(...) los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría”. (Énfasis Propio)

Importa resaltar que dependiendo del tipo de responsabilidad (civil, fiscal, penal o disciplinaria) cambia los medios para hacer efectiva dicha responsabilidad, así como la competencia, tal y como lo ilustramos en la siguiente tabla:

Tabla 1. Análisis responsabilidad del interventor.

Tipo de Responsabilidad	Medios para hacer efectiva la responsabilidad del interventor	Competencia
Civil (Artículo 53 Ley 80 de 1993)	Reparación directa Fundamento: Artículo 140 Ley 1437 de 2011 ⁹⁶	Jurisdicción Contencioso Administrativo Artículo 75 Ley 80 de 1993 ⁹⁷
	Controversias Contractuales. Fundamento: Artículo 141 Ley 1437 de 2011 ⁹⁸	Jurisdicción Contencioso Administrativa o Tribunal de Arbitramento si hay cláusula compromisoria pactada.
	Repetición y llamamiento en Garantía. Fundamento: Artículo 142 Ley 1437 de 2011 ⁹⁹	Jurisdicción Contencioso Administrativo o Tribunal de Arbitramento si hay cláusula compromisoria pactada.

96 "En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado, un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño".

97 "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, **el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa**" (Énfasis propio).

98 "Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes."

99 "Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la

Tipo de Responsabilidad	Medios para hacer efectiva la responsabilidad del interventor	Competencia
Fiscal (Artículo 53 Ley 80 de 1993)	Proceso de Responsabilidad Fiscal Fundamento: Artículo 267, 268 y 272 de la Constitución Política.	Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales (Departamentales, Distritales y Municipales)
Penal (Artículo 53 y 56 ¹⁰⁰ Ley 80 de 1993)	Proceso Penal Fundamento: <i>"La condición de sujeto activo calificado del interventor permite que se le endilguen los delitos contra la administración pública, contemplados en el título XV del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000), lo que comprende los siguientes tipos penales:</i> <i>Peculado en sus distintas modalidades, concusión, cohecho, las diferentes formas de celebración indebida de contratos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, abuso de autoridad en sus múltiples variaciones usurpación y abuso de funciones públicas, utilización indebida de la información oficial privilegiada y de influencias derivadas de la función ejercida"</i> ¹⁰¹	Juez Penal.

*conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o **del particular en ejercicio de funciones públicas**, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado. La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública. Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño."* (Énfasis propio)

100 *"Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos."*

101 FARFÁN MEJÍA, Johana. ASPECTOS LEGALES DE LA INTERVENTORÍA. Reflexiones jurídicas en contratación estatal. Responsabilidades del Interventor en los Contratos Estatales. Página 84.

Tipo de Responsabilidad	Medios para hacer efectiva la responsabilidad del interventor	Competencia
Disciplinaria (Artículo 53 y 56 ¹⁰² Ley 80 de 1993)	Proceso Disciplinario Fundamento: Artículo 70 Ley 1952 de 2019 ¹⁰³	Procuraduría General de la Nación, Personerías Distritales y Municipales y las Oficinas de Control Interno ¹⁰⁴ .

Fuente: Elaboración propia

Determinado el tipo de responsabilidad en la que pueden incurrir los interventores, vale la pena profundizar sobre dos aspectos. El primero, cuál es el fundamento de dicha responsabilidad y, el segundo, por qué existe tanta controversia en materia de responsabilidad fiscal.

Frente al fundamento de la responsabilidad, debe indicarse que el interventor responde en la medida en que se considera un particular que cumple funciones públicas y es por ello que el artículo 56 de la Ley 80 establece que:

“Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.” (Énfasis propio)

En lo que atañe a la responsabilidad fiscal, conviene recordar las facultades de investigación que el artículo 114 de la Ley 1474 de 2011 le otorga a los organismos de control fiscal. Veamos:

102 “Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.”

103 “El presente régimen se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria; que administren recursos públicos; que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales y a los auxiliares de la justicia. Los auxiliares de la justicia serán disciplinables conforme a este Código, sin perjuicio del poder correctivo del juez ante cuyo despacho intervengan.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, desarrolle o realice prerrogativas exclusivas de los órganos del Estado. No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias. Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos. Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible tanto al representante legal como a los miembros de la Junta Directiva, según el caso.”

104 Artículos 2 y 3 de la Ley 1952 de 2019.

Los organismos de control fiscal en el desarrollo de sus funciones contarán con las siguientes facultades:

(...)

b) Citar o requerir a los servidores públicos, contratistas, **interventores** y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación;

c) Exigir a los contratistas, **interventores** y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación, la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados;

d) Ordenar a los contratistas, **interventores** y proveedores la exhibición y de los libros, comprobantes y documentos de contabilidad;

(...)” (Énfasis propio)

La controversia reside en la forma cómo se ejercen las funciones de control fiscal. Ello, en tanto y en cuanto no son pocos los que consideran que, aunque las normas delimitan con precisión dichas funciones, en la práctica se observa que los organismos de control fiscal exceden sus competencias e incluso intervienen en asuntos propios de otras entidades.

Frente al particular la doctrina ha dicho:

“Muy concretas son las disposiciones frente al alcance que tienen los organismos de control fiscal en cumplimiento de sus deberes, no obstante, en la práctica no es un secreto que quienes ejercen esa labor, en muchas oportunidades se extralimitan en la misma abordando temas propios de otros entes de investigación, y por ende se salen del marco de sus competencias, generando posiciones sobre aspectos cuya estructura del proceso sancionatorio ordinario, el proceso sancionatorio administrativo sancionatorio para casos especiales e incluso en materia punitiva, no le corresponde adelantar, ya que sus obligaciones constitucionales y legales están claramente establecidas y por ende su actuar debe tener correspondencia con dichas premisas. Bajo esa misma línea legislativa, el Estatuto creó una presunción legal en materia fiscal en los siguientes términos:

ARTÍCULO 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o

sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

(...)

c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;(…) (Negrita y subrayado fuera del texto original (Ibíd).

Esto permite entender que la situación se complejiza por la norma y el escalamiento que de la misma hace al convertirla en presunción legal, lo cual conlleva a que la rigurosidad del interventor en el cumplimiento de sus funciones, se de en un nivel, no solo de diligencia, sino adicionalmente de exigencia sobre el negocio sobre el cual recae su labor.

A pesar de se trata de una disposición en principio aplaudible y que merece ser cortejada en su aspecto final, no puede ser menospreciada la observación respecto a que, tal espíritu queda en manos de quien tenga la potestad de definir el concepto de omisión y del concepto de cumplimiento de las obligaciones propias de la interventoría, más aún cuando líneas atrás se destacó sobre la poca claridad que tienen quienes ejercen la supervisión de los negocios jurídicos encomendados. Estos son aspectos que, a criterio del autor ponen en peligro no solamente la seguridad jurídica de la figura, sino también la estabilidad conceptual de los procesos sancionatorios en cualquiera de sus especialidades”¹⁰⁵.

Si bien la doctrina ha advertido dificultades relacionadas con el ejercicio de las funciones de control fiscal —en particular por eventuales extralimitaciones en su aplicación— y, adicionalmente, el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 prevé presunciones de dolo y de culpa grave, la Corte Constitucional ha precisado que la incorporación de tales presunciones en los procesos de responsabilidad fiscal no desconoce, valga la redundancia, la presunción de inocencia ni el principio de buena fe, ni contraría lo dispuesto en el artículo 248 de la Constitución:

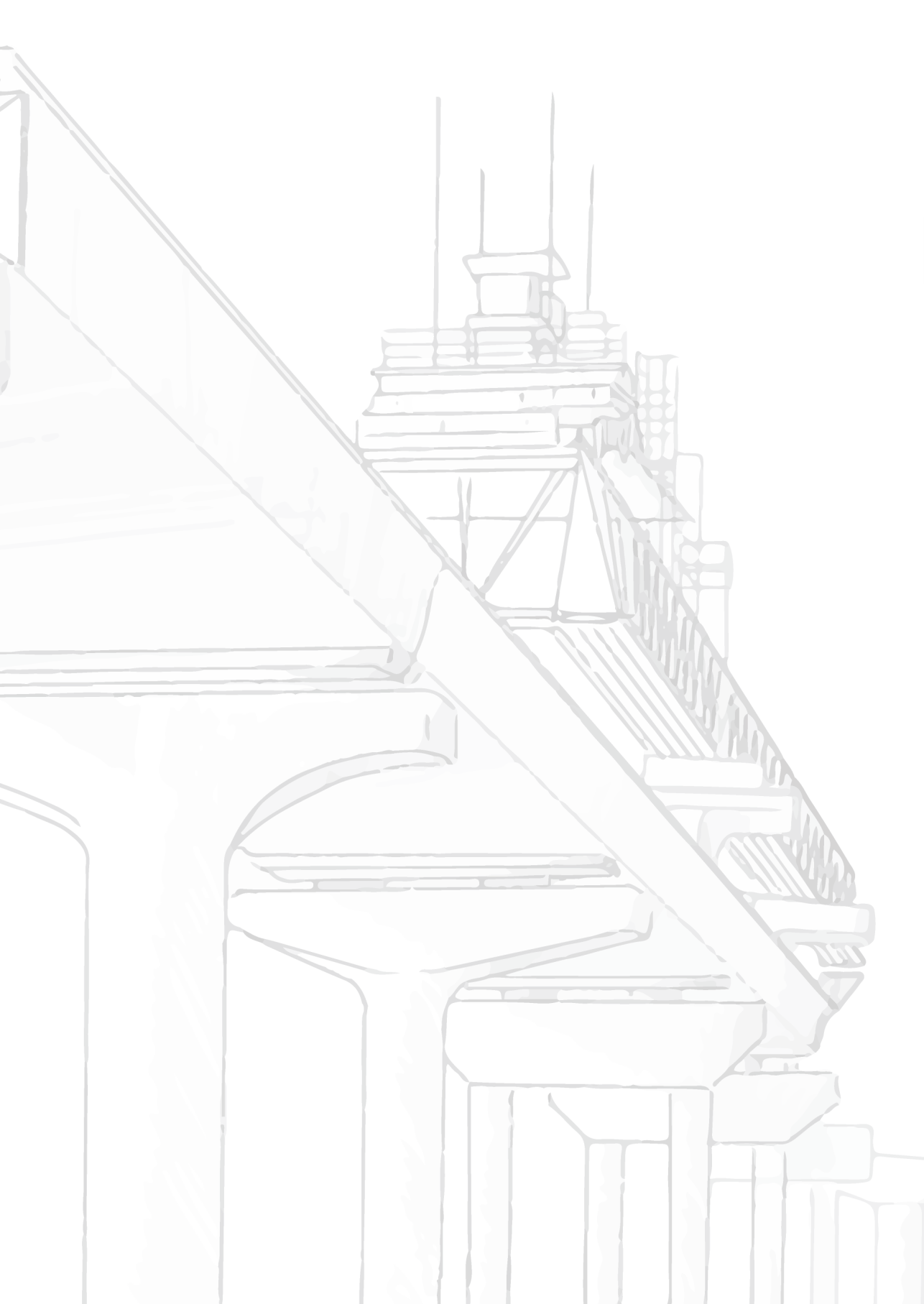
“(…) dichas presunciones no vulneran per se la Constitución, siempre que busquen dar seguridad a situaciones relevantes y protejan bienes jurídicos valiosos, sin

105 ASPECTOS LEGALES DE LA INTERVENTORÍA. Reflexiones jurídicas en contratación estatal. Desarrollo legal de la Interventoría. Jose Enrique Nuño Henao. Páginas 37 y 38.

contravenir la lógica y la experiencia; al descender al caso concreto para examinar el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 a la luz de los anteriores elementos de juicio, se encontró que la posibilidad de establecer presunciones de dolo y de culpa en procesos de responsabilidad fiscal **no desconoce la presunción de inocencia y el principio de buena fe, ni contraviene lo dispuesto en el artículo 248 de la Constitución”** ¹⁰⁶ (Énfasis propio).

En síntesis, el interventor está sujeto a un régimen integral de responsabilidad por los actos y omisiones que le sean atribuibles en el ejercicio de sus funciones, derivado de su condición de particular que cumple funciones públicas. Asimismo, en el ámbito de la responsabilidad fiscal, aunque se han identificado cuestionamientos sobre la forma en que se ejerce el control, la validez de las presunciones de dolo y de culpa grave ha sido respaldada por la Corte Constitucional, al considerar que estas se ajustan a los principios y mandatos constitucionales.

106 Corte Constitucional. Sentencia C-512 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.



CAPÍTULO 7

7. LÍMITES DE LA INTERVENTORÍA

El presente capítulo se orienta a analizar los límites a la función de la interventoría, focalizando la atención en dos aspectos específicos. En primer lugar, se aborda la facultad del interventor para requerir información en el marco de la ejecución contractual. En segundo término, se examinan las fronteras de su intervención dentro de los contratos de concesión, considerando la participación de distintos actores que concurren en este tipo de esquemas jurídicos, como son el concesionario, el contratista EPC y la fiduciaria.

7.1. LÍMITES A LA FACULTAD DE LA INTERVENTORÍA DE SOLICITAR INFORMACIÓN

El interventor se encuentra facultado para exigir del contratista la información que considere necesaria sobre el desarrollo de la ejecución contractual siempre y cuando se relacione con el objeto del contrato materia de la interventoría. En esta línea la jurisprudencia ha sostenido:

“Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, **podrá exigir al contratista la información que estime necesaria**; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se

convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.”¹⁰⁷ (Énfasis propio)

El laudo arbitral del 3 de noviembre de 2016 proferido por el Tribunal de Arbitraje entre por Pöyry Infra S.A. contra el Instituto de Desarrollo Urbano IDU y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio, señaló:

“ii.- En virtud de dicho acuerdo de voluntades, el Interventor con base en su conocimiento especializado y actuando de manera independiente, pero por cuenta de la Entidad Estatal Contratante, se obliga a realizar el seguimiento técnico sobre la ejecución y el cumplimiento de otro Contrato Estatal, particularmente de obra; para el cumplimiento de sus obligaciones, **el Interventor cuenta con facultades legales para solicitarle al Contratista responsable de la obra (constructor), informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual.**” (Énfasis propio).

Los doctores Bertha Cecilia Rosero Melo y Miguel David Rojas López, resaltan lo siguiente:

“1.7 Deberes del interventor

Es deber del interventor verificar y certificar de manera documentada que las obras, servicios o bienes adquiridos se ejecuten con calidad, costo y plazos determinados en los documentos que forman parte integral del contrato y en aquellos que así se exija el cumplimiento de la gestión ambiental, salud ocupacional y seguridad industrial y gestión de riesgos.

Para que la labor de interventoría sea eficaz y con aplicación a todo tipo de contrato, el interventor deberá:

(...)

- Hacer seguimiento del cumplimiento de la inversión del anticipo entregado al contratista.

(...)

- Exigir el empleo de personal idóneo o recurso humano con las calidades o requisitos que se hayan exigido por la entidad contratante y en la cantidad requerida para el cumplimiento del mismo.
- Exigir al contratista la disponibilidad de los recursos técnicos (equipos, materiales, herramientas, transporte, entre otros) y administrativos (instalaciones provisionales, sistema de manejo de la información, personal básico

107 Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

de administración, papelería, entre otros) requeridos de acuerdo con los términos establecidos en los documentos que forman parte integral del contrato.

- Establecer y documentar un sistema de seguimiento y control de los costos del contrato.
- **Solicitar al contratista informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual.**¹⁰⁸ (Énfasis propio)

Se plantea el debate en torno a la posibilidad de que el contratista sometido a la interventoría se niegue a suministrar información, aun cuando la misma tenga relación con la ejecución del contrato materia de seguimiento, argumentando que existe reserva amparada en la Constitución Política y en la Ley.

Frente al particular, la Corte Constitucional en Sentencia T-181 del 26 de marzo de 2014, sostuvo:

“4.3.2.1. Por ello, para satisfacer tales principios superiores y además garantizar el interés general, el legislador en cumplimiento de lo dispuesto por la misma norma constitucional –art.74 CP- fijó taxativamente los casos en los cuales el acceso a la información puede ser restringido excepcionalmente. Así, el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011¹⁰⁹, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, establece que sólo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial:

“(i) los protegidos por el secreto comercial o industrial;
(ii) los relacionados con la defensa o seguridad nacionales;
(iii) los **amparados por el secreto profesional;** (iv) los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información; (v) los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la Nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la Nación.”

108 ROSERO MELO, Bertha Cecilia y ROJAS LÓPEZ, Miguel David. “Contratación estatal Interventoría y supervisión”. 1ª edición. Ediciones de la U. Bogotá, 2017. Página 3.

109 El artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-818 de 2011. El aparte tercero de la decisión expresó: “*Conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, los efectos de la anterior declaración de inexecutable quedan diferidos hasta el 31 de diciembre de 2014, a fin de que el Congreso expida la Ley Estatutaria correspondiente.*”

4.3.2.2. Empero, sin perjuicio de tales excepciones legales y, con el ánimo de mantener el control sobre las actuaciones de las entidades públicas y particulares que desempeñan funciones públicas, esa misma ley en el artículo 27 señaló que no es oponible la reserva a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. En todo caso, dispuso la misma norma, corresponderá a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que llegaren a conocer.

4.3.3. Por otra parte, **cuando se trate de documentos de carácter privado**, contrario a lo dispuesto para el acceso a los documentos públicos, **la regla general es la reserva**, en tanto la ley no disponga excepcionalmente su exhibición o la expedición de copias. En ese sentido, el artículo 15 de la Carta Política, en el inciso 4º establece que "Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley."

4.3.4. De acuerdo con lo anterior, dependiendo de la naturaleza pública o privada del documento, será aplicada la normatividad correspondiente para determinar si por regla general está permitido el acceso, o si por el contrario, la reserva del mismo prevalece, salvo en las excepciones establecidas por la ley." (Énfasis propio)

El artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 a que hizo alusión la sentencia transcrita, relaciona los documentos con carácter reservado así:

"Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.
2. Las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas.
3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.
4. Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.

6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, así como los planes estratégicos de las empresas públicas de servicios públicos.

7. Los amparados por el secreto profesional.

8. Los datos genéticos humanos.

PARÁGRAFO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible>

Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información."

Precisado lo anterior, la siguiente información, por regla general, debe ser reservada:

i. Secreto empresarial¹¹⁰

ii. Know how¹¹¹

iii. Secreto Profesional¹¹²

De suerte que, en principio, la interventoría no se encuentra facultado para solicitar al contratista la entrega de los contratos y subcontratos que éste hubiera suscrito para desarrollar el objeto del contrato y, por ende, éste tampoco está obligado a presentarlos cuando le fueren requeridos. Ahora bien, puede exigir toda la información conducente que

110 La definición de secreto empresarial es traída a la legislación colombiana por la Decisión 486 de la Comunidad Andina, de cuyo artículo 260 se lee: "Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea: a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva; b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta. La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios."

111 Definido por el Decreto 2123 de 1975 con las siguientes palabras: "Artículo 1º Entiéndese por "Know-How" la experiencia secreta sobre la manera de hacer algo, acumulada en un arte o técnica y susceptible de cederse para ser aplicada en el mismo ramo, con eficiencia." (Énfasis propio).

112 El secreto profesional ha sido definido por la Corte Constitucional (Sentencia C-301 del 25 de abril de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) con las siguientes palabras: "[L]a información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad'. En este sentido, el secreto profesional es un derecho – deber del profesional, pues 'de verse compelido a revelar lo que conoce perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento'" (Énfasis propio).

no esté sometida a reserva, confidencialidad, secreto profesional o protegida por propiedad intelectual.

Ahora bien, si el contrato de interventoría dispone de manera expresa la obligación del contratista de entregar los contratos o subcontratos celebrados para la ejecución del objeto contractual, a nuestro juicio, debe entenderse que la reserva se encuentra levantada, en atención al principio de autonomía de la voluntad privada y a la manifestación inequívoca del acuerdo entre las partes. En tal medida, la previsión contractual habilita a la interventoría para requerir dicha información, pues su entrega corresponde a un compromiso libremente asumido dentro del marco de la relación negocial.

Por su parte, cuando el contrato impone al contratista la obligación de firmar determinados acuerdos y el documento respectivo esté sometido a reserva. En estos eventos, el cumplimiento puede acreditarse mediante una certificación que dé cuenta, al menos, de la fecha de suscripción, el objeto y las condiciones relevantes, permitiendo verificar si la obligación pactada fue satisfecha sin necesidad de divulgar información protegida.

7.2. LÍMITES DE LA INTERVENTORÍA EN EL MARCO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

Alrededor del contrato de concesión confluyen diversos actores cuyas funciones, intereses y responsabilidades se interrelacionan para la adecuada ejecución del proyecto. En primer lugar, el concesionario actúa como el principal responsable de desarrollar, operar y mantener la obra o servicio objeto del contrato, asumiendo riesgos y obligaciones frente a la entidad estatal. A su vez, el contratista EPC (por sus siglas en inglés "*Engineering, Procurement and Construction*") es el encargado de diseñar y ejecutar la construcción del proyecto, generalmente bajo un contrato celebrado con el concesionario. Por su parte, la fiduciaria, es el centro de imputación contable del proyecto y se encarga de administrar sus recursos a través de un patrimonio autónomo. En el marco de esta estructura compleja la interventoría debe ejercer las labores de inspección, control y vigilancia.

Vale la pena profundizar en estos vínculos jurídicos para entender cuál es el alcance de las obligaciones de la interventoría en el marco de un contrato de concesión:

"(...) En efecto, hay que recordar que en un esquema básico de APP se diferencia el concesionario (parte de la relación jurídica sustancial Estatal) del EPC (subcontratista), persona jurídica distinta al concesionario y que contrata con éste para efectos de ejecutar gran parte o quizás todo el objeto contractual de la APP.

Pero como el contrato de concesión se trata de la administración de recursos públicos en torno a una función administrativa para la consecución del interés general¹¹³, se les obliga a la creación de un Patrimonio Autónomo en donde el concesionario funge como FIDEICOMITENTE. Y, naturalmente, para mayor confianza del público y de los acreedores, se impone que ese patrimonio sea administrado por una sociedad fiduciaria debidamente reconocida y vigilada por la superintendencia financiera y, en no pocos casos se exige que cuente con un revisor y un auditor externo, idóneo, capaz e independiente que fiscalice el manejo de los recursos, como ciertamente ha sucedido en el pasado.”¹¹⁴

Bajo esta égida es importante preguntarse, *¿El alcance de las obligaciones de la interventoría se extienden hasta la inspección, control y vigilancia del EPC?, y ¿Se encuentra la interventoría en el deber de controlar el contrato de fiducia?*

Nosotros consideramos que el alcance de las obligaciones de la interventoría no se extiende hasta la inspección, control y vigilancia del EPC, por las siguientes razones:

1. El contrato objeto de la interventoría (contrato de concesión - APP) constituye el marco dentro del cual se debe ejercer las funciones de la interventoría. Por consiguiente, con total independencia de quién ejecute materialmente las intervenciones, las actividades de seguimiento, vigilancia y control a cargo de la interventoría se ejercen y se dirigen al responsable del proyecto, esto es, el concesionario.
2. Si bien el contrato de concesión permite la subcontratación, el concesionario es el único responsable ante la entidad estatal por el total cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho acuerdo de voluntades.
3. La relación contractual del EPC es de derecho privado y la interventoría se extralimitaría en sus funciones si controla la gestión de un subcontratista del concesionario.
4. Por regla general, el contrato de concesión no condiciona la subcontratación del EPC al cumplimiento de determinados y específicos requisitos, ni regula la forma en que debe ejecutarse.

113 “Ley 1508. ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN. Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.”
ARTÍCULO 2o. CONCESIONES. Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas.”

114 POMBO CAJIAO, Rodrigo. “Artículo 20 de la Ley 1882: iinejecutable!”. En: PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “Contratos estatales”. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá, 2022.

Respecto del contrato de fiducia, debe señalarse que la interventoría, en términos prácticos, carece de una participación significativa o directa:

“Como se puede observar, las relaciones del interventor y, más aún, de un experto externo, se circunscriben al contrato de APP con muy poca o nula incidencia en el contrato de Fideicomiso.

De hecho, en tanto que la interventoría no hace parte de la relación jurídica sustancial del fideicomiso, lo natural es que ésta no cuente ni con voz ni con voto en el seno del comité fiduciario y en tanto que no es ni el fideicomitente ni es beneficiario, no puede impartir órdenes de ninguna naturaleza, incluso, de exhibición instantánea de documentos contables.

(...)

De igual manera, no puede, como es comprensible, sustituir las funciones del revisor fiscal y del auditor externo del fideicomiso, por el contrario, deberá someterse a lo dicho tanto por la fiduciaria como por sus auditores externos en tanto que ellos son el único centro de imputación contable y financiera del proyecto, son expertos en la materia, fueron contratados con esa finalidad y no es posible duplicar objetos contractuales.

(...)

Aunado a lo anterior tenemos que algunos contratos de interventoría de contratos de concesión inexplicablemente incluyen dentro de las obligaciones del interventor la de auditar el patrimonio autónomo o las cuentas de fideicomiso, generando una ilegal duplicación de funciones” .¹¹⁵

Para finalizar el análisis de los límites de la interventoría en el marco de un contrato de concesión, traemos una última reflexión: *¿Hasta dónde se extiende la gestión financiera de la interventoría de un contrato de concesión y cómo se armoniza con otras figuras como el patrimonio autónomo, el auditor y la revisoría fiscal?*

En armonía con lo dispuesto anteriormente, consideramos que la gestión financiera de la interventoría se predica única y exclusivamente del contrato de concesión y no se extiende a la revisión de los estados financieros del EPC, ni tiene injerencia su contabilidad.

Con todo, no puede perderse de vista que la acreditación de una parte relevante de los costos y gastos del concesionario suele realizarse a través de los contratos celebrados con sus contratistas o subcontratistas. En tal sentido, cuando el soporte de dichas erogaciones no cumpla

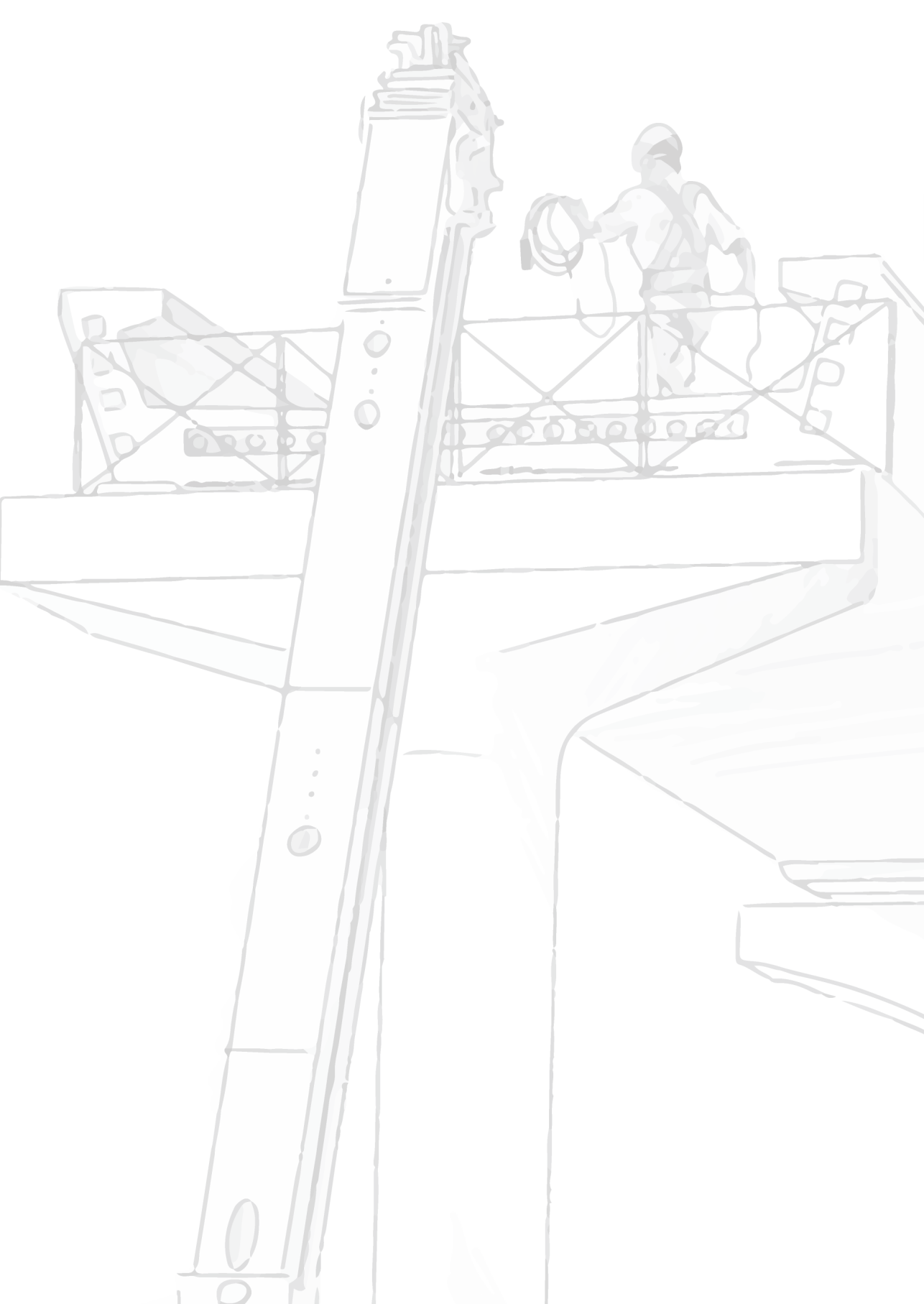
¹¹⁵ Ibidem.

con las normas contables aplicables, la interventoría no podrá certificarlos en el marco de su gestión financiera. Así, aunque la interventoría no puede dirigir su actividad de control directamente al EPC ni intervenir en su gestión contractual, sí está habilitada para excluir aquellos costos y gastos que el concesionario pretenda acreditar mediante éste cuando presenten deficiencias, inconsistencias, falta de relación de conexidad o insuficiencia en su respaldo.

Finalmente, no se puede perder de vista que la gestión financiera y contable del contrato de concesión debe adelantarse conforme con los lineamientos establecidos en el artículo 24 de la Ley 1508 de 2012, norma que regula cómo se deben gestionar los recursos públicos de los proyectos concesionados:

“Los recursos públicos y todos los recursos que se manejen en el proyecto deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto. La entidad estatal tendrá la potestad de exigir la información que estime necesaria, la cual le deberá ser entregada directamente a la solicitante por el administrador del patrimonio autónomo, en los plazos y términos que se establezca en el contrato. Los rendimientos de recursos privados en el patrimonio autónomo pertenecen al proyecto.

PARÁGRAFO. Constituido el patrimonio autónomo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, la fiduciaria deberá reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero “UIAF” el nombre del fideicomitente, del beneficiario, el valor de los recursos administrados a través del patrimonio autónomo constituido por el contratista y la demás información que esta Unidad requiera”.



CAPÍTULO 8

8. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO (PAS) EN LOS CONTRATOS DE INTERVENTORÍA

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece el procedimiento que se debe seguir para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Dentro de dicho procedimiento la interventoría juega un papel crucial ya que es la encargada de realizar el informe en el que se sustenta el presunto incumplimiento, enunciando "(...) *las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.*"¹¹⁶

Adicionalmente, en tanto la interventoría está sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la entidad contratante también podrá declararle el incumplimiento, e imponerle las multas y las sanciones pactadas en el negocio jurídico suscrito entre las partes.

Es por ello que en el presente capítulo se plantea analizar y resolver una serie de interrogantes jurídicos que surgen en torno a la aplicación del procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con el fin de contribuir a una comprensión más clara y sistemática de su alcance, límites y garantías.

Primer problema: *¿Una entidad puede imponer multas, sanciones o declarar incumplimiento de un contrato cuando el contratista se niegue a suscribir una prórroga, debido a la falta de recursos para su ejecución?*

Para responder este interrogante es preciso mencionar que de acuerdo con el principio de tipicidad de las sanciones, es imperioso que exista, primero, la descripción de la conducta que a juicio de la entidad estatal contratante es motivo de reproche y censura y, segundo, su consecuencia, ya que en ausencia de estos dos elementos es jurídica y contractualmente imposible materializar cualquier castigo hacia el colaborador de la Administración.

¹¹⁶ Artículo 86 Ley 1474 de 2011.

Partiendo de la base de que el contrato estatal incluyó como causal de multa la negativa de la interventoría de suscribir un otrosí que ampliara el plazo de ejecución del negocio jurídico pactado, a nuestro criterio tal disposición convencional estaría afectada por una nulidad relativa, por cuanto a través de ella se distorsiona el principio fundante de toda relación contractual como lo es la autonomía de la voluntad, impidiendo que esta se manifestase de manera libre, alterando el consentimiento e imponiendo una forma de actuar con base en una coacción inadmisibles basada en la amenaza de un castigo.

Segundo problema: *¿Cuál es el plazo que tiene una entidad para la imposición de multas de apremio?*

El debate en torno al plazo que tienen las entidades para imponer multas de apremio dentro de los contratos estatales constituye un asunto central en la teoría y en la práctica. La controversia no solo se relaciona con la interpretación de la Ley 1150 de 2007, particularmente de su artículo 17, sino también con la finalidad y naturaleza jurídica de las multas como instrumentos de coerción administrativa.

Mientras que una línea, representada en este documento por Pombo Caballero Abogados, sostiene que dichas sanciones únicamente pueden imponerse durante la vigencia del contrato, en tanto su efecto está ligado al constreñimiento del contratista en la ejecución contractual, otra postura, defendida por el doctor Felipe Hadad Álvarez, plantea que la facultad de imponer multas de apremio subsiste mientras persista el incumplimiento de la obligación, incluso más allá del plazo de ejecución.

A continuación, explicamos las dos posiciones.

Posición Pombo Caballero Abogados

Las multas contractuales administrativas de que trata el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 son una institución diseñada para conminar o apremiar a los contratistas que en ejercicio y desarrollo del objeto contractual incumplen parcialmente la labor contratada.

Para la doctrina, las multas son sanciones coercitivas, cuya naturaleza no es reparatoria, ya que no están encaminadas a resarcir un daño patrimonial sufrido, sino que su finalidad es tutelar el interés público mediante la garantía de la efectiva ejecución del objeto contractual por parte del particular que colabora en la consecución de los fines del Estado.¹¹⁷

La jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en reiteradas oportunidades ha señalado lo siguiente:

117 GIL ESCOBAR, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Editor Legis S.A. Bogotá, 2003. Página 368.

"Las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica: Inducir el cumplimiento del contrato.

Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a las medidas coercitivas definitivas (caducidad o terminación) que sanciona no ya incumplimientos parciales y salvables, sino incumplimientos graves que muestren que ya el contrato no podrá cumplirse"¹¹⁸.

"(...) las multas tienen un límite temporal obvio: mientras esté vigente el contrato y la medida pueda producir el efecto deseado (el constreñimiento del contratista), ya que la medida no busca sancionar porque sí sino sancionar para que el contratista que está incumpliendo se sienta compelido a cumplir".¹¹⁹

"La multa es una sanción pecuniaria que castiga el incumplimiento parcial del contratista. Para que sea viable su imposición es necesaria su previa convención. (...) Es usual también que las partes establezcan en su contrato qué circunstancias, sean éstas de acción o de omisión, configuran el incumplimiento así sancionable. (...) Bajo los dictados de la Ley 80 de 1993 nada impide que las partes convengan la estipulación, tanto de multas, como de la cláusula penal pecuniaria: parece haber consenso, con relación a las primeras, que éstas tienen por objeto procurar que un comportamiento incumplido pronto se rectifique en atención al efecto disuasivo de la multa. (...) "¹²⁰. (Énfasis propio)

De modo que las multas de apremio se imponen durante la ejecución de un Contrato Estatal y deben quedar en firme y ejecutoriarse mientras el vencimiento del plazo que tiene el contratista para la entrega de las obras esté vigente, esto significa que el lapso dentro del cual la administración puede aplicar tales multas está comprendido entre la fecha de la celebración del contrato y su terminación.

Así lo sostiene nuestra jurisprudencia de irrefutable manera:

"(...) las multas tienen un límite temporal obvio: mientras esté vigente el contrato y la medida pueda producir el efecto deseado (el constreñimiento del contratista), ya que la medida no busca sancionar porque sí, sino sancionar para que el contratista que está incumpliendo se sienta compelido a cumplir"¹²¹ (Énfasis propio)

118 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 6631. M.P. Carlos Betancourt Jaramillo.

119 Ibidem.

120 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 19488. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

121 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 13988. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado expresó en una providencia posterior que "(...) *la potestad legal conferida a la Administración para la imposición de multas debía reservarse a la etapa de ejecución contractual, bajo la comprensión de que su naturaleza conminatoria se oponía jurídicamente a que su materialización tuviera ocurrencia luego de vencido el plazo pactado para el cumplimiento del objeto convenido*" ¹²² (Énfasis propio)

Ahora bien, la imposibilidad de imponer multas de apremio una vez vencido el plazo de ejecución contractual no implica, en manera alguna, que el contratista incumplido quede exento de reproche o se vea favorecido por su comportamiento contrario a derecho. En efecto, frente a incumplimientos que no logran subsanarse en el término estipulado, la administración conserva la posibilidad de acudir otros mecanismos como la cláusula penal pecuniaria o a las multas de carácter sancionatorio, pactadas expresamente por las partes, las cuales operan frente al incumplimiento definitivo.

En suma, las multas de apremio deben entenderse limitadas a la vigencia del contrato, pues su finalidad esencial es conminar al contratista a cumplir oportunamente las obligaciones asumidas, sin que ello suponga desprotección para la administración cuando el incumplimiento subsiste más allá del plazo contractual.

Posición Felipe Hadad Álvarez

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 en el apartado pertinente indica que las entidades estatales sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán imponer multas "(...) *sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista(...)*" La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido abundante en señalar que tal expresión está asociada al plazo de ejecución del contrato estatal; sin embargo, no comparto en su integralidad tal posición por los motivos que brevemente paso a exponer.

En primer lugar, destaco que el legislador, al momento de redactar la disposición en comento, no ató la suerte de la multa al plazo de ejecución del contrato. Por el contrario, de manera muy técnica, como pocas veces suele suceder, determinó que la viabilidad jurídica de imponer una multa se extendía hasta el momento en que estuviera pendiente el cumplimiento de una obligación, lo cual puede superar el límite temporal fijado.

Piense el lector por un instante en un contratista cuyo plazo convencional para el cumplimiento de sus obligaciones ya venció, pero que sin embargo continúa ejecutado las tareas propias del negocio jurídico celebrado con la aquiescencia implícita de la entidad estatal, ¿podría

122 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 52549. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

ésta sancionar su mora con una multa? La respuesta, a juicio de quien escribe este texto, es un contundente y rotundo sí, pues existe una perfecta adecuación entre la conducta del colaborador incumplido y la norma habilitante para proceder con el castigo.

En segundo lugar, de no acogerse esta interpretación se llegaría al absurdo de que un contratista incumplido -entendiendo por ello que no satisfizo la obligación en el tiempo pactado- se vería beneficiado de su reprochable comportamiento al eliminarse la facultad que tiene la entidad estatal de sancionarlo a través de la multa lo que iría en contra del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

En tercer, y último lugar, porque la condición conminatoria de la multa no se presenta cuando se materializa el incumplimiento que se pretende corregir con su aplicación. No, la conminación está desde la inclusión en el contrato de la conducta indeseada y el conocimiento que las partes tienen de ella de tal manera que si el contratista advertido (conminado) acomete una acción u omisión reprochable es plenamente conocedor de que habrá un castigo. Siendo ello así, cuando se incurre en una actuación tipificada, sin importar el momento de su ocurrencia, la consecuencia será la sanción.

Un ejemplo ayuda a corroborar lo afirmado. Si en un contrato estatal se tipifica como causal de multa la tala de árboles (obligación de no hacer) y el contratista desatendiendo ese mandato corta los individuos arbóreos, no habría lugar a "una segunda conminación" y lo único que procede sería la imposición de la sanción.

Cuarto problema: *¿La multa puede ser tanto conminatoria como sancionatoria?*

Una de las controversias más relevantes en el ámbito de la contratación estatal se relaciona con la naturaleza jurídica de las multas contractuales y la posibilidad de que éstas cumplan, de manera simultánea, funciones conminatorias y sancionatorias.

Mientras que Pombo Caballero Abogados sostiene que, por regla general, las multas tienen carácter conminatorio y solo podrán ser sancionatorias cuando así se pacte expresamente, sin que sea viable que una misma estipulación combine ambas finalidades, el doctor Felipe Hadad Álvarez defiende una visión distinta en la que la multa, desde su inclusión en el contrato, ya cumple la doble función de advertir al contratista y de sancionar el incumplimiento, en concordancia con la habilitación legislativa.

Posición Pombo Caballero Abogados

Aunque la regla general establece que las multas tienen una naturaleza de apremio orientada a inducir el cumplimiento de las obligaciones

frente a incumplimientos parciales en la ejecución contractual, las partes conservan la facultad de acordar de manera expresa multas con carácter sancionatorio.

Esta regla general tiene como efecto que, si las partes no pactan explícitamente el tipo de multa, ésta se entenderá que es conminatoria salvo que su literalidad permita concluir que se trata, indefectiblemente, de una multa sancionatoria

En otras palabras, las partes de un contrato estatal se encuentran en plena libertad de pactar, bien sea una multa de apremio o una multa sancionatoria, dependiendo de la finalidad que persigan con su imposición y la manera en que ellas se encuentren prescritas.

Ahora bien, una misma multa no puede ostentar simultáneamente una condición conminatoria y sancionatoria, pues se trata de finalidades excluyentes entre sí. En efecto, la multa de apremio está orientado a presionar al contratista para que cumpla oportunamente sus obligaciones y evite la configuración de un incumplimiento definitivo; en cambio, la multa sancionatoria posee un carácter punitivo, pues se impone como consecuencia de una conducta ya consumada que merece reproche. Admitir que una misma multa cumpla simultáneamente ambas funciones no solo generaría incertidumbre, sino que iría en contravía del principio de tipicidad.

Posición Felipe Hadad Álvarez

La respuesta a este interrogante está en línea con lo manifestado al contestar la anterior pregunta. A mi juicio, como ya lo expresé, el carácter conminatorio se materializa desde el mismo momento en que se incluyen en el contrato las causales de multa, pues es desde allí que las partes están advertidas de las consecuencias que se desatarían si se incurre en alguna de las descripciones de las conductas consideradas reprochables. En otras palabras, no existe la necesidad de una segunda advertencia que generalmente se asocia, erróneamente, con el instante en que se incumple la obligación y por ende se tipifica la sanción. Lo procedente en dicho caso es la imposición del castigo previo, por supuesto, el seguimiento de un debido proceso.

Este enfoque cumple la doble condición que el legislador le otorgó a la multa, por una parte, ser conminatoria y, por el otro, sancionatoria, observando plenamente la norma que habilitó a las entidades estatales a imponer castigos a sus contratistas.

Cuarto problema: *¿Se puede imponer la multa en el caso de que en el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio se cumpla con la obligación?*

La posibilidad de imponer una multa en aquellos casos en que durante el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio, el

contratista cumpla con obligación inicialmente incumplida ha suscitado un debate de especial relevancia para los autores de este documento.

Posición Pombo Caballero Abogados

La respuesta varía según la naturaleza de la multa estipulada en el contrato. En efecto, si se trata de una multa de apremio, su imposición pierde justificación en el evento en que, durante el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio, el contratista subsane el incumplimiento y cumpla la obligación que dio lugar a la actuación. Ello obedece a que la finalidad de este tipo de sanción no es punitiva, sino estrictamente conminatoria, dirigida a garantizar la ejecución del contrato.

Por el contrario, cuando la estipulación contractual prevé una multa de carácter sancionatorio, la administración se encuentra habilitada para imponerla incluso si con posterioridad el contratista satisface la obligación incumplida. En este supuesto, el castigo es procedente, pues su esencia es punitiva y no meramente disuasoria.

En este sentido, el doctor Juan Ángel Palacio Hincapié, en su obra *La Contratación de las Entidades Estatales*, sostiene:

"A la Administración le interesa la ejecución idónea del contrato, por tanto, con la aplicación de multas al contratista sólo puede perseguir un fin que es compulsar el cumplimiento del contrato y no utilizarlo como medio de ingreso económico para el Estado. Como medio intimidatorio que es, la multa debe cumplir esa finalidad al ser impuesta, por lo cual, si ya la obligación se cumplió, no existe razón para su imposición, **salvo que el texto de su estipulación, las partes la hayan concebido con una naturaleza sancionatoria, caso en el cual el sólo transcurso del tiempo sin el cumplimiento de la prestación, genera la aplicación**¹²³" (Negrilla y subrayas fuera del texto original).

Posición Felipe Hadad Álvarez

Existe un gran debate alrededor de este interrogante por la expresión utilizada por el legislador en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 al indicar que la "*entidad **podrá** dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.*" (Énfasis propio) Nótese que el artículo le otorga una potestad a la entidad de cesar o no el trámite punitivo, por lo que será ella, según el criterio con que haya actuado en el pasado -principio de confianza legítima- el que determine la forma de actuar cuando se presente tal tesitura.

123 PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *La Contratación de las Entidades Estatales*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Quien Edición. Quinta Edición. Medellín, 2005. Página 326.

Al margen de lo anterior, a mi juicio para evitar la imposición de la multa el contratista acusado debería demostrar, en el curso del trámite sancionatorio, que para el momento en que debía satisfacer la obligación tenía un eximente de responsabilidad que lo cobijaba, cualquiera que este fuese, porque lo que no puede suceder es que se tome el período correspondiente a la observancia y aplicación del debido proceso como un plazo adicional para satisfacer el débito contractual, pues ello, a no dudarlo, desnaturalizaría, primero los plazos del contrato y, dos, el objeto de la multa, ya que se convertiría, irónicamente, en una ventaja -por el otorgamiento de un "tiempo extra" que se obtendría mientras se da curso al proceso punitivo- en lugar de una censura.

REFLEXIONES FINALES

El contrato de interventoría emerge como una importante herramienta para el control técnico de una concesión, obra o servicio que requiera de un seguimiento especializado; sin embargo, existen circunstancias y eventos que afectan tal objetivo y que ponen en entredicho la labor de la interventoría que merecen atención y corrección.

Uno de ellos es la independencia de la interventoría en sus decisiones, las cuales con alguna frecuencia se ven "*influenciadas*" por las presiones de la entidad estatal para que se actúe de cierta forma, o se omita algún párrafo incómodo, o se firme un documento con un contenido que no refleja con exactitud la realidad de los hechos, etc., para lo cual utiliza diferentes medios como son, por ejemplo, la amenaza de emplear el poder sancionatorio o la demora en el trámite de las facturas que veladamente se disfraza bajo la figura de su devolución por cuestiones nimias.

Es indispensable contar con un mecanismo que verdaderamente, y no en la soledad del papel, le otorgue independencia a la interventoría para tomar sus decisiones y que estas únicamente obedezcan a su análisis técnico en orden a proteger el erario y el interés general. Una alternativa, que sin duda requiere mayor desarrollo, es que los pagos no dependan de la entidad contratante o que las sanciones que se impongan deban ser refrendadas por un auditor externo.

En línea con lo anterior, y aunque a buena hora la jurisprudencia del Consejo de Estado ha corregido el oprobio de atar la remuneración de la interventoría al avance del contrato objeto de su seguimiento y control, no deja de preocupar que el ente estatal pretenda que bajo el amparo de cláusulas leoninas como las aquí expuestas que exigen que la interventoría deba suministrar casi que sin límite los recursos humanos y técnicos que demanda su labor, se siga menoscabando la calidad de las interventorías y atentando contra su patrimonio, amén, claro está, de ser una fuente infinita de conflictos.

Por el lado de las interventorías, es fundamental que su trabajo sea de óptima calidad, lo cual pasa por tener profesionales cualificados y adecuadamente remunerados. Si bien en el marco de una economía abierta la oferta y la demanda fijan los precios de los bienes y servicios,

dicha libertad no debería emplearse para obtener una "*ganancia extra*" a costa de pagar por debajo de los parámetros establecidos por la entidad ya que ello lleva a una mengua en el buen y correcto desarrollo de su trabajo. El tipo de funciones que cumplen y la responsabilidad que asumen las interventorías se convierte en un fuerte incentivo para conformar equipos de trabajo rigurosos que estén en capacidad de cumplir con altos estándares de calidad las actividades a su cargo.

Finalmente, en torno a la responsabilidad de la interventoría es claro que debe asumir las consecuencias de sus recomendaciones, las cuales son la base para que la entidad adopte las determinaciones en torno al devenir del contrato, en últimas para ello se les contrata y remunera dado su conocimiento y experticia; sin embargo, tal responsabilidad tendrá cabida cuando para emitir su opinión se aparte de la evidencia técnica y científica y no cuando ante dos consideraciones de igual valía se deseche la de la interventoría y se acoja la contraria. La responsabilidad de la interventoría solo puede surgir cuando su concepto esté teñido del dolo o de la culpa grave, ya que en ese punto es cuando existe un incumplimiento a sus deberes y un rompimiento inequívoco a la confianza que la entidad depositó en él.

FIN

Pombo Caballero Abogados es una Firma experta en asuntos de Derecho Público que ofrece a sus clientes la mejor opción para la formulación de estrategias y soluciones jurídicas porque estudia los casos a **profundidad** y ofrece el abanico de opciones **más amplio y posible**, respaldada por: (1) la **formación especializada** de su equipo, (2) los **reconocimientos y premios nacionales e internacionales** que sus socios han recibido en relación con el área de ejercicio, (3) la **calidad** de sus clientes y, (4) el **éxito** de los casos que ha asumido.



POMBO CABALLERO
ABOGADOS



Best Lawyers®