



C&M[®]
CONSULTORES

ASPECTOS LEGALES **DE LA INTERVENTORÍA**

Reflexiones jurídicas en contratación estatal

Alfonso Medina Fuentes
Andrés Álvarez Molina
Jose Enrique Nuño Henao
Luis Camilo Sierra Gómez
María Paula Gómez Ortiz
Johana Farfán Mejía
María Paula Diago Ferroni



PRIMERA EDICIÓN 2020

Aspectos legales de la interventoría, reflexiones jurídicas en contratación estatal.

Autores

© Alfonso Medina Fuentes
© Andrés Álvarez Molina
© Jose Enrique Nuño Henao
© Luis Camilo Sierra Gómez
© María Paula Gómez Ortiz
© Johana Farfán Mejía
© María Paula Diago Ferroni

© C & M Consultores S.A.S., 2020

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio sea mecánico, electrónico magnético, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito del autor.

ISBN: 978-958-52256-1-9

Prólogo	5
El sistema de pliegos tipo:entre la euforia y la realidad de la contratación pública colombiana.....	6
La fase precontractual y su relación con el fenómeno de la corrupción	7
Objetivos y beneficios de los pliegos tipo.....	8
El Decreto 342 de 2019 y la Sentencia 2014-00135/52055.....	14
Comentarios finales	16
Desarrollo legal de la interventoría.....	17
Decreto-Ley 150 de 1976.....	22
Decreto-Ley 222 de 1983.....	25
Ley 80 de 1993	26
Ley 1150 de 2007	28
Ley 1474 de 2011.....	29
Ley 1882 de 2018.....	35
Decreto 1082 de 2015	38
El Contrato de interventoría: La naturaleza jurídica de un contrato sin caracterización legal en Colombia.....	41
El contrato de interventoría es una especie del contrato de consultoría.....	42
El contrato de interventoría se caracteriza por el conocimiento técnico especializado requerido y que no posee la entidad contratante.....	43
El contrato de interventoría lleva implícita la función de vigilancia, inspección, seguimiento, verificación y control, y no se circunscribe solamente al contrato de obra.....	44
El contrato de interventoría es principal y autónomo.....	45
El contrato de interventoría es solemne	45
El contrato de interventoría es bilateral	45
El contrato de interventoría puede ser de ejecución instantánea o de tracto sucesivo	45
El contrato de interventoría es oneroso	46
Sobre el contrato de interventoría no procede la estipulación de cláusulas excepcionales	46
El contrato de Interventoría.....	47
¿Qué es la interventoría?	47
¿Quién ejerce las funciones de interventoría?.....	48
Conclusiones	56
Responsabilidad del interventor en los contratos estatales.....	57
Responsabilidad civil	58
Fuente de la responsabilidad	58
Medios para hacer efectiva la responsabilidad civil del interventor.	59
Reparación directa	60
Acción contractual	60
Acción de repetición y llamamiento en garantía.....	61
Responsabilidad Fiscal	62
Fuente de responsabilidad.....	62
El interventor como gestor fiscal.....	62

Tabla de contenido

Proceso de responsabilidad fiscal.....	62
Competencia para el ejercicio del control fiscal.....	63
Responsabilidad Penal	64
Fuente de responsabilidad.....	64
El interventor como sujeto activo calificado	64
Tipos penales en los que puede incurrir el interventor	65
Responsabilidad disciplinaria.....	65
Fuente de responsabilidad.....	65
Noción general de falta disciplinaria.....	65
Tipos de falta disciplinaria.....	66
El interventor como sujeto disciplinable	66
Proceso disciplinario	67
La teoría de la subsanabilidad: alcance y limitaciones.....	68
La evolución de la subsanabilidad: desde la Ley 80 de 1993 hasta la Ley 1150 de 2007	69
Requisitos subsanables y no subsanables	71
Una postura consolidada de la subsanabilidad: subsanación vs aclaración	72
La subsanabilidad como derecho-deber	75
La discrecionalidad administrativa y la subsanabilidad	77
Tabla de ilustraciones	
Ilustración 1 Promedio de oferentes en convocatorias de más de 1.000 millones en IDU, ANI e INVIAS	13
Tablas	
Tabla 1 Convocatorias en sistema pliegos tipo en IDU elaboración propia. Fuentes: SECOP I y SECOP II, ANI e INVIAS	13

A L F O N S O M E D I N A F U E N T E S

Director General C & M Consultores S.A.S.
MSC Project Management y Master Business Administration
(MBA). Salford University.



P R Ó L O G O

Han transcurrido veinte años desde el nacimiento de C & M Consultores S.A.S., una empresa innovadora y disruptiva que, desde sus inicios, le apostó a la excelencia en la praxis de la consultoría como factor diferenciador en el mercado estatal colombiano, sector que adolecía de todos los males que caracterizaban, en aquel entonces, a los gobiernos de las economías emergentes: corrupción, mediocridad y pobres conocimientos técnicos.

Durante estas dos décadas, el país ha cambiado positivamente, ha crecido y sus estructuras se han fortalecido trayendo consigo mayores estándares en el sector de la consultoría. Sin duda, nuestra organización ha tenido un papel protagónico en este cambio, pues hemos estructurado y supervisado los proyectos más icónicos del país, desde carreteras de última generación, pasando por sistemas semafóricos inteligentes y de transporte masivo, hasta programas sociales y de tecnología de alto impacto nacional. La versatilidad con la que hemos abordado nuestro oficio nos ha permitido ser partícipes no solo del crecimiento en la infraestructura civil de Colombia, sino también de su apropiación tecnológica y su tejido social.

Como conmemoración de este aniversario, hemos decidido lanzar este libro con el que queremos poner en manos de los lectores parte del conocimiento que

hemos venido acuñando en estos años de aprendizaje y estrecho trabajo con el Estado.

En esta edición, nuestros escritores se centrarán en los aspectos jurídicos que atañen al interventor, iniciando por asuntos precontractuales de reciente difusión como la implementación de pliegos tipo en los procesos públicos y la subsanabilidad en los concursos de mérito, para enfocarse luego en un estudio de la génesis y evolución de la interventoría y finalmente en temas de orden contractual como lo son alcance, naturaleza y responsabilidades del interventor.

Esperamos que este libro sirva de guía para aquellos estudiosos de la esfera pública y funcionarios que quieren ahondar con mayor profundidad en el estudio de un concepto de origen local que se ha venido difundiendo como buena práctica y con nombres diversos en países vecinos, la interventoría.

ANDRÉS ÁLVAREZ MOLINA

Profesional en Gobierno y Relaciones Internacionales. Gerente Comercial C & M Consultores S.A.S. Magíster en Negocio Bancario y Agente Financiero, y Magíster en Gerencia y Práctica del Desarrollo. Universidad de los Andes.



EL SISTEMA DE PLIEGOS TIPO: ENTRE LA EUFORIA Y LA REALIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA

A raíz de la expedición de la Ley 1882 de 2018, *“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”* (Ley 1882, 2018), ha emergido un ingente optimismo por los efectos de dicha norma en la optimización y fortalecimiento de las herramientas jurídicas que dispone el Estado para sacar adelante proyectos de infraestructura, lograr la disminución de los fenómenos de la corrupción y viabilizar la implementación de las Alianzas Público Privadas – APP-. En especial, el artículo 4 de dicha ley, el cual dispone lo concerniente con la adopción de los documentos o pliegos tipo, fue visto por varios de los actores involucrados en las compras públicas como una de las medidas más esperadas para resolver la crisis de corrupción que se gesta en el marco de los procesos de selección adelantados por entes gubernamentales.

Parte del entusiasmo que cobija la universalización de los pliegos tipo tiene que ver con la erradicación de su práctica yuxtapuesta, los denominados pliegos sastrero, que consisten en la elaboración precisa y acomodada de los requisitos técnicos, financieros y legales contenidos en los pliegos de condiciones de un proceso de selección con el fin de favorecer a un proponente en particular. Ahora bien, es de señalar que, inicialmente, dicha medida guarda un supuesto en suma alentador para combatir la arraigada costumbre de algunos entes contratantes de imponer barreras para la concurrencia de proponentes a partir de la confección de los pliegos; no obstante, vale la pena cuestionar el impacto real de la introducción de los pliegos tipo como solución a esta problemática y si sus primeros usos por parte de las entidades muestra los síntomas esperados desde la órbita normativa y desde las políticas públicas contra la corrupción.

La fase precontractual y su relación con el fenómeno de la corrupción

Diversos estudios han demostrado la estrecha relación entre el desarrollo de la instancia precontractual y la comisión de acciones ilícitas por parte de funcionarios públicos y potenciales contratistas en el marco de las compras de bienes y servicios que adelanta el Estado colombiano. No es para menos, en la tipificación de delitos que consagran el Código Penal y el Código Disciplinario Único¹, las sanciones relacionadas con el detrimento del patrimonio público o el desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal, en su mayoría, se planean y ejecutan durante la elaboración de los términos y condiciones de las futuras adquisiciones. En este sentido, ha resultado práctico para varios de los agentes del mercado de compras públicas la alteración de los documentos base de los distintos procesos de selección, para así ejercer acciones determinantes en función de favorecerse con su adjudicación.

En el análisis sobre corrupción en Colombia adelantado por Fedesarrollo y De Justicia en 2016, así como en las cifras recientes compartidas por el Observatorio de Contratación de la Cámara Colombiana de Infraestructura, los balances sobre corrupción y compras públicas no son alentadores. En el caso de indicadores como el Índice de Percepción de Corrupción, elaborado para el año 2016 por Transparencia por Colombia, el país obtuvo una calificación de 37 puntos en una escala de 0 (mayor percepción de corrupción) a 100 (menor percepción de corrupción). En el listado de países, Colombia se encuentra en el puesto 90 entre 176. (Newman & Ángel, 2017, pág. 49) Llama la atención igualmente el trabajo realizado por Transparencia por Colombia y la Universidad Externado de Colombia en el marco de la Cuarta Encuesta Sobre Prácticas contra el

Soborno en Empresas Colombianas. De acuerdo con sus resultados, para el año 2014 el 91 % de los empresarios percibió la oferta de sobornos en el entorno de los negocios en general.

En el caso propio de la corrupción ligada al desarrollo de convocatorias públicas, el Observatorio de la Cámara Colombiana de Infraestructura evidenció que, de un total de 45.001 procesos de selección analizados en el Portal de Contratación SECOP I, las entidades territoriales presentan resultados poco satisfactorios en lo que concierne a la concurrencia y pluralidad de oferentes en el marco de sus adjudicaciones. Así las cosas, en el caso de los departamentos, el 71 % de los procesos fueron adjudicados en convocatorias donde solo se presentó un oferente. Por el lado de las ciudades capitales, el 87 % de las convocatorias tuvieron un único oferente, mientras que en las entidades del nivel nacional registraron que en más del 90 % de los procesos participaron dos o más oferentes habilitados. (Cámara Colombiana de la Infraestructura, 2016).

Conocido que una parte significativa de las formas de corrupción, bien sea en sus acepciones penales o disciplinarias, se canalizan de manera decisiva en la instancia precontractual, pareciera que las acciones tendientes a normar, estandarizar y democratizar los pliegos de condiciones, fungan como un complemento al régimen jurídico sancionatorio y en general como una solución contundente para cerrar las fisuras que persisten en el ordenamiento jurídico colombiano y que a la fecha, permiten que ciertos agentes del mercado de compras públicas intervengan negativamente en la elaboración de los términos y demás anexos que componen la fase precontractual de los procesos de selección.

En consecuencia, es oportuno señalar que la aparición del mecanismo de pliegos tipo como

1) La coexistencia del Código Penal (Ley 599 de 2000) y el Código Disciplinario Único (Ley 1952 de 2019) es a todas luces una comprobación de la batería sancionatoria que dispone el Estado colombiano para controlar los diversos tipos de delitos o conductas relacionadas con la corrupción. Todo este régimen jurídico se ha venido complementando de manera contundente con la intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que, desde sus funciones en el ámbito de la vigilancia y protección de la libre competencia económica, en especial del control de fenómenos de colusión, ha redefinido su papel en las licitaciones públicas, aspecto que expone igualmente la lucha del Estado contra la corrupción entre agentes privados, otro de los grandes derroteros de la contratación pública colombiana.

uno de tantos remedios para solventar la crisis de la corrupción en las compras públicas encierra un debate de por sí longevo entorno a la norma y su influencia correctora sobre el delito. En definitiva, todo el aparato jurídico, tanto regulatorio como sancionatorio, ha identificado en detalle gran parte de los actos bien sea penales o disciplinarios que se circunscriben en el ciclo de adquisición de bienes y servicios por parte organismos estatales, incluido el precontractual. Así las cosas, los empresarios, contratistas, funcionarios públicos, y actores civiles en general, bien pudieran situar la introducción de los pliegos tipo dentro la denominada “*normatitis*”, neutralizando así esa condición de conquista que se la ha atribuido a los beneficios que conlleva su incorporación en todos los entes públicos.

Las posiciones a favor de la regulación y la ley y su efecto corrector en la conducta de los agentes no son pocas. La Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI), gremio promotor de la Ley 1882 de 2018, ha sido enfática en contemplar la norma como un mecanismo que contribuye a generar condiciones óptimas para la transparencia y pluralidad de oferentes. Desde la academia por su parte, se ha expuesto de manera reiterada la idea según la cual, la implementación del sistema de pliego tipo es en si mismo un gran paso, no necesariamente desde lo normativo, sino en el plano de la ejecución de políticas públicas para el mejoramiento integral del sistema de compras estatales, esto comoquiera que la aparición de los pliegos tipo no es obligatoriamente una consecuencia del estado actual de los índices de corrupción en el país, sino la instancia final de una serie de acciones tendientes a mejorar y contribuir el régimen jurídico contractual, a partir de la promoción activa de buenas prácticas, la transparencia y la eficiencia en todos los procesos tendientes a adquirir bienes y servicios por parte

de entidades reguladas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública².

En ese orden de ideas, la tesis según la cual la introducción del sistema de pliegos tipo no surge con motivo de la crisis de la corrupción sino que es un ajuste legal de naturaleza “común”, enmarcado en el dinamismo legislativo característico del régimen de contratación pública, sacude el debate sobre la verdadera dimensión e impacto de los pliegos tipo en el rescate de las malas prácticas en la fase precontractual, y en lugar a ello, le otorga una importancia menor, despojándole su condición de solución para endilgarle más bien un rol de variación normativa de orden marginal.

No obstante, lejos de identificar el momento preciso en el que se empezaron a ponderar los beneficios del sistema de pliegos tipo, y si su aparición tiene un trasfondo coyuntural en la lucha contra la corrupción o no, resulta más conveniente analizar si en la práctica el sistema de pliegos es un mecanismo efectivo, viable y medible en términos de resultados.

Objetivos y beneficios de los pliegos tipo

Desde antes de la Ley 1882 de 2018, la facultad que tenían las entidades de confeccionar los pliegos en cuanto a sus requerimientos técnicos, financieros y legales era bastante amplia. Como se mencionó, esta circunstancia desplegó un escenario ideal para la puesta en marcha de malas prácticas en la estructuración de los términos y sus anexos, configurándose una manipulación a todas luces reprochable en cuanto a exigencias arbitrarias. Llama la atención los casos de corrupción presentados en procesos judiciales y en las constantes críticas a esta dinámica perversa denunciadas por parte de contratistas y órganos de control.

2) (...) se puede afirmar que los documentos tipo para los pliegos de condiciones son el resultado de una verdadera política pública, y no como muchos piensan, como un mecanismo para mitigar prácticas corruptas que tanto daño le han hecho a la contratación estatal en nuestro país. No obstante, y a pesar de la normalización del tema, estamos atentos a la reglamentación del Gobierno Nacional la cual no puede alejarse del marco histórico aquí señalado y mucho menos de la *sindéresis dogmática y pragmática que ha sustentado la evolución de la política.* (Nuño, 2018)

Requerimientos como la presentación de un video para otorgar puntaje por experiencia técnica, la acreditación de un tiempo exacto de existencia de una persona jurídica, por ejemplo, que la empresa esté constituida con tres meses y 15 días de antigüedad³, las condiciones financieras desmedidas como solicitar un índice de liquidez mayor a 80 en contratos de consultoría, así como toda suerte de rarezas en los métodos de calificación por parte de los comités evaluadores de los distintos procesos, hicieron que todos los actores involucrados prendieran las alarmas y empezarán a censurar las pliegos de condiciones confeccionados.

Sobre las modalidades y maniobras ejecutadas en el actuar punible propio de la manipulación de pliegos se pueden encontrar tácticas de toda índole, incluso aquellas que no necesariamente apuntan a lograr la participación de un único oferente, sino que subrepticamente generan un ambiente de transparencia que propicia la concurrencia de proponentes, alimentando así la idea de la legalidad del proceso, pero cuyo desenlace es enteramente el contrario, y es que de manera deliberada se permite la pluralidad en una primera instancia; no obstante, al momento de evaluar las propuestas se saca provecho de cláusulas y requisitos imprecisos para favorecer un oferente en particular. Así las cosas, pudieran nombrarse algunas prácticas que suceden en la confección del pliego y que redundan en la adjudicación ilegal de un contrato en el marco de un proceso de selección público:

- Exigencias técnicas, legales o financieras sobredimensionadas para facultar a una empresa dominante del mercado.

- Requerimientos específicos de orden financiero, legal o técnico que solo un agente o empresa puede cumplir.

- Incorporación de cláusulas o requerimientos difusos o vagos que se emplean al momento de la evaluación de las propuestas técnicas para emplearlos luego a favor de un proponente predeterminado.

- Uso indiscriminado de adendas a los pliegos de condiciones definitivos, muy próximos a su límite legal de publicación, con ocasión de afianzar la posición competitiva de un proponente o empresa en particular.

- Inclusión de factores de puntaje subjetivos como metodologías, videos o cualquier otro requisito que suponga total discrecionalidad por parte del comité evaluador.

Ahora bien, el listado expuesto es solo una muestra del portafolio de opciones con que cuentan quienes estructuran con fines ilícitos el documento de pliego, esto sin mencionar todas las extralimitaciones que puede arrogarse un comité evaluador con el fin de garantizar la adjudicación a una empresa u oferente preestablecido, las cuales se surten del poder exorbitante que le concede la Constitución Política y la ley a las entidades contratantes en la celebración de contratos que comprometen recursos públicos. En este sentido, con la firme idea de contrarrestar la discrecionalidad de los responsables en la elaboración de los pliegos de condiciones, se instituye, con la promulgación de la Ley 1882 de 2018, la adopción del sistema de pliegos tipo.

El texto de exposición de motivos de la Ley 1882 de 2018, las distintas manifestaciones compartidas por Colombia Compra Eficiente, así como todos los actores a favor del documento tipo en el sistema de compras públicas, en especial organismos multilaterales, coinciden en

3) Casos expuestos por Juan Martín Caicedo Ferrer, Presidente de la Cámara Colombiana de Infraestructura al periódico El Tiempo. (Periódico El Tiempo, 2018)

que el paquete de beneficios de este instrumento, bien sea como mecanismo para la lucha anticorrupción o como norma modernizadora del régimen de contratación pública, tienen directa o indirectamente incidencia en la supresión de prácticas ilegales en la fase precontractual de las convocatorias públicas. Aquí algunos de estos atributos:

- En términos de eficiencia de mercado, el sistema de pliego tipo optimiza todos los subprocesos del *iter precontractual*, al reducir el tiempo del funcionario estructurador en la elaboración de las versiones finales del pliego y sus anexos. Este efecto interviene igualmente en el mercado de oferentes, los cuales pueden conocer e interpretar con oportunidad los requisitos marco para la contratación de sus servicios, reduciendo así sus propios tiempos para establecer la viabilidad legal, técnica y financiera del bien o servicio a proveer⁴.
- Apuesta por la protección del principio de transparencia en la contratación pública, al confrontar una de las imperfecciones más nocivas del sistema, relacionada con la confección de los pliegos de condiciones para favorecer a un proponente en particular. La estandarización reduce la discrecionalidad de los hacedores del pliego para disponer en su totalidad de los requisitos habilitantes y puntuables en el proceso contractual, construyendo así un cerco donde, en principio, el único margen de maniobra es la definición de aquellos factores de escogencia que inciden positivamente en la selección del proponente más idóneo.

- Reduce las asimetrías técnicas entre instituciones públicas de mayor capacidad operativa con aquellas que por cuestiones presupuestales, geográficas u organizacionales, no pueden acceder al mismo nivel de información y/o de recursos técnicos para estructurar pliegos de condiciones dirigidos a la adquisición de servicios científicos o que impliquen conocimientos altamente especializados.

- Consolidación de los principios de pluralidad de oferentes y de concurrencia en la contratación pública de la mano de la democratización del acceso a las convocatorias de origen público. El pliego tipo es incluyente en la medida que restringe los requisitos favorables a determinados oferentes, y en general elimina las barreras de entrada de todo tipo, permitiendo así la apertura a la participación masiva cuando se trata de servicios y bienes de características técnicas uniformes o a la participación plural en servicios de carácter recurrente (infraestructura vial, servicios sociales, entre otros).

- Facilita el actuar de los entes de control en tanto reduce sustancialmente la multiplicidad de pliegos de condiciones, los cuales a menudo son proporcionales al número de convocatorias realizadas. La estandarización permite a estas instituciones la identificación de anomalías en un tiempo menor, aumentando su eficacia para la apertura de procesos fiscales, penales y disciplinarios a los agentes del mercado de compras públicas que así lo requieran. (Pérez Buitrago, 2017, pág. 11).

4) Esta economía procesal se ha visto alimentada igualmente por la incorporación del sistema electrónico SECOP II. A la fecha, Colombia Compra Eficiente, ente rector en la formulación de políticas, planes y programas en el mercado de compra pública, tiene la meta de vincular la totalidad de entes públicos a la plataforma, calculados en 4.076, antes de finalizar 2018. Entre las ventajas más representativas del sistema se encuentran la proximidad entre entes contratantes y demás actores interesados, la publicidad y visibilidad de los documentos del proceso, así como la sistematización de toda la información precontractual y contractual, insumos esenciales para la consulta de entes de control, veedurías ciudadanas, observatorios de contratación, y en general, para la construcción de indicadores que permitan evaluar e implementar mejoras en el sistema de contratación pública.

Críticas al sistema y primeras aplicaciones

Buena parte de los críticos del artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 ven el sistema de pliegos tipo como una medida ineficaz para solventar las grandes complejidades del fenómeno de la corrupción en el país y en general para contribuir a la gestión contractual de los procesos de selección públicos. En particular, el considerando según el cual “la facultad de adoptar pliegos tipo la tendrá el Gobierno Nacional, cuando lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección⁵” (Ley 1882, 2018), sugiere un tono autoritario desde lo normativo, el cual desconoce en parte la autonomía y competencia de las instituciones para diseñar y desarrollar sus convocatorias partiendo de sus necesidades específicas, así como de las condiciones geográficas y socioeconómicas de su jurisdicción. Esta corriente concibe el sistema de pliegos tipo como una imposición, donde se estandariza in extremis, y donde el margen de maniobra de las entidades públicas, en especial de los entes territoriales, es poca.

Al respecto, en el debate y posterior aprobación de la Ley 1882, se produjeron intensas discusiones por el carácter restrictivo que pudiera encumbrar la competencia del gobierno nacional en la estructuración de requisitos habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia en las distintas modalidades de selección. Señala el artículo 4 de la mencionada Ley que el gobierno, a propósito de los pliegos tipo, los “adoptará de manera general y con carácter obligatorio”. Esta disposición generó una gran resistencia por parte de los entes descentralizados quienes, habituados al maridaje autonomía – gestión presupuestal, interpusieron varias objeciones al proyecto de ley, argumentando que la estandarización iba en contravía del principio de autonomía de los entes territoriales⁶. Es importante señalar que

detrás de las diferencias jurídicas, válidas en toda dinámica legislativa, se esconden intereses sombríos, bastante documentados por los medios de comunicación, que apuntan al objetivo de mantener el statu quo en el control de la confección de los pliegos de condiciones, esto con el fin de perdurar la relación mal sana entre compromisos electorales, contratación pública y corrupción.

En últimas, frente a este flagelo coincidieron en su momento entes de control y gobierno nacional, al advertir que, en respuesta a lo señalado por los entes territoriales, liderados por la Federación Colombiana de Municipios, los pliegos tipo no interfieren en su autonomía; al contrario, la estandarización se presenta como una solución a la gran problemática de corrupción y escasa gestión contractual en las regiones, donde más del 78 % de las convocatorias registra un solo oferente. (Contraloría General de la República, 2017).

Ahora bien, resuelto el dilema de la autonomía, el foco de discusión vira hacia la aplicabilidad y sostenibilidad del sistema de pliegos tipo en el complejo contexto institucional colombiano. Sin embargo, nacen las preguntas: ¿Cómo garantizar que la estandarización se adapte a la diversidad de servicios y necesidades de las entidades públicas? Asimismo, estando la descentralización de competencias en curso, ¿Es viable un pliego tipo que reconozca la realidad geográfica y socioeconómica de los municipios y departamentos, al tiempo que fije unos lineamientos obligatorios en materia de requisitos habilitantes y calificables?

Estos cuestionamientos parecen solventarse en la misma exposición de motivos de la Ley 1882 de 2018, cuando se reconoce la naturaleza participativa del proceso de estandarización de

5) Sobre su ámbito de aplicación, el artículo 4 de la Ley 1882 es expedito en los tipos de contrato sobre los cuales se implementará el sistema de pliegos tipo, siendo ellos los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras.

6) La Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación se mostraron igualmente en desacuerdo con el argumento de la Federación en el sentido de que no es viable estandarizar los pliegos de condiciones e insistieron en que este proceso puede contribuir a que los procesos de contratación del Estado se adelanten de manera más transparente y con parámetros de obligatorio cumplimiento para todas las entidades contratantes. (Contraloría General de la República, 2017)

los pliegos de condiciones, el cual debe reunir a distintos agentes del mercado de compras públicas dependiendo el tipo de bien o servicio⁷. Esta dinámica augura, por supuesto, la participación de un nutrido grupo de interesados, desde órganos de control hasta representantes de las entidades públicas, sin dejar de lado al sector privado. Así, sobre una plataforma participativa, pareciera corregirse en primera medida las asimetrías en la información, lo mismo que se consolida un espacio de retroalimentación que permita la elaboración de pliegos tipo consistentes con las necesidades de los entes contratantes, al tiempo que se vuelve incluyente con las expectativas de los proveedores.

Si bien las discusiones antes y durante la elaboración de los pliegos tipo vaticinan cierto margen de consenso entre los actores, no cabe duda que las versiones finales de los documentos estándar tendrán detractores en varios frentes, situación de por sí natural en ejercicios participativos. Sin embargo, en esta etapa de construcción sucede otra problemática en la implementación del sistema, debido a la condición que plantea el artículo 4 de la Ley 1882, según la cual en la elaboración de los pliegos tipo “...el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.” (Ley 1882, 2018). Esta estipulación entraña lo bueno y lo malo de este ajuste normativo, al contemplar en primera instancia la diversidad del territorio y la protección de la mano de obra local, pero también dejando un campo difuso en materia de aplicación; terreno fértil para la manipulación de las reglas de juego con el fin de favorecer intereses particulares.

En resumen, los temores sobre las versiones finales de los pliegos tipo tienen dos corrientes.

Por un lado, se señala que el poder del gobierno nacional puede ser excesivo y la estandarización desconozca el nivel local, afectando así la puesta en marcha de proyectos que requieran condiciones especiales y adecuadas a las regiones. En el caso de los proyectos de infraestructura, se dilucida un efecto negativo en los procesos de selección, toda vez que los requisitos técnicos que se incorporen en los pliegos de condiciones puedan ser de difícil cumplimiento por parte de los interesados, desincentivando así la concurrencia, por lo que se avecina una etapa de procesos fallidos (desiertos) ante la ausencia de oferentes que cumplan con lo dispuesto en el documento tipo (Pérez, 2018). Otra postura se ubica en el lado opuesto, argumentando que el peligro recae no en la estandarización sino en la opción que trae la norma respecto de la posibilidad de que se hagan ajustes en los requisitos teniendo en cuenta características específicas de la región, alternativa que, en lugar de reducir los niveles de corrupción en los entes descentralizados, lo que haría sería perpetuar la corrupción local y el afianzamiento de los procesos contractuales de un único oferente.

De cualquier modo, hay un aspecto en común que comparten las tesis en contra del sistema de pliegos tipo, y es el impacto de este sobre la fragilidad de la gestión contractual local, permeada por la corrupción y por la escasez de un recurso humano técnico que pueda sacar adelante proyectos en un entorno claramente exigente en el que abundan las necesidades y el presupuesto público es limitado. Sobre este último factor, el sistema de estandarización puede concebirse como una solución, siempre y cuando en la estructuración de los pliegos tipo concurren la mayor cantidad de interesados posible, incluidos los expertos del nivel nacional que puedan recomendar y transferir su conocimiento técnico a

7) La sentencia 2014-00135/52055 despliega un nutrido examen sobre el numeral 8 del artículo 8 del CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) a propósito de la pretensión de nulidad simple del decreto 1510 del 17 de julio 2013. En su justificación, los demandantes aseguran que en la expedición del decreto 1510 no hubo publicidad y se vulneraron las disposiciones del numeral 8 del artículo 8 del CPACA en el cual se impone la obligación a las entidades públicas de mantener a disposición de toda persona, “los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamentan, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas...”. Sobre esta materia, el Consejo de Estado analiza la aplicación de este mandato y la naturaleza de los actos administrativos susceptibles de publicidad y retroalimentación que señala numeral, concluyendo que aquellos actos administrativos de carácter general y abstracto están circunscritos de manera clara en las disposiciones del numeral 8 del artículo 8 del CPACA, como en efecto lo es el ámbito reglamentario del decreto 1510 del 17 de julio 2013.

los funcionarios públicos de los entes territoriales, quienes a su vez ostentan la comprensión de las condiciones socioeconómicas, y en general, del contexto municipal y departamental.

Ahora bien, los desafíos en términos de objetividad y eficiencia en el diseño de los pliegos no son exclusivos de los entes territoriales, también las entidades del nivel nacional han sufrido el fenómeno de la corrupción en la fase precontractual. A pesar de ello, vale la pena indicar que las primeras aplicaciones del sistema de pliego tipo, incluso antes de la promulgación de la Ley 1882 de 2018, fueron adelantadas en su mayoría por entidades nacionales. Las plataformas SECOP I y SECOP II permiten recabar información sobre el comportamiento de aquellas entidades que han apostado por la estandarización, análisis que, si bien denota un proceso relativamente reciente, permite arrojar algunas conclusiones tempranas.

Al respecto, se comparte un análisis de la dinámica de contratación de tres entidades: el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS), instituciones que han implementado un esquema de pliegos tipo en sus procesos de selección. En el análisis se acotan aquellas convocatorias de más de 1.000 millones de pesos en las modalidades de concursos de méritos en contratos de interventoría y en licitaciones en general para los años 2017 y 2018 en las plataformas SECOP I y SECOP II⁸.

En total se analizaron 170 convocatorias en los dos años de estudio, identificando el número total de proponentes. En el caso del INVÍAS y del IDU, el documento estándar contempla, para efectos de factores de escogencia, el cálculo de fórmulas que generalmente aplican promedio sobre el plazo y valor de los contratos de experiencia aportados en las ofertas técnicas, añadiendo así más transparencia en la etapa de evaluación. En lo concerniente al efecto del sistema de pliego sobre los principios de pluralidad de oferentes y de concurrencia, los primeros datos son más que alentadores: En efecto, el promedio de oferentes en los 170 procesos analizados es de 35. Individualmente, el promedio de oferentes fue de 47, 44 y 15 para el caso del INVÍAS, ANI e IDU, respectivamente. Llama la atención la cantidad elevada de proponentes en algunas de las licitaciones convocadas por INVÍAS, donde concurrieron más de 215 oferentes, lo mismo que la ANI, donde un concurso de méritos para realizar una de las interventorías de vías 4G superó los 70.



Ilustración 1 Promedio de oferentes en convocatorias de más de 1.000 millones en IDU, ANI e INVÍAS

> 1.000.000.000								
	CONCURSO DE MÉRITOS - Interventoría-				LICITACIONES -General-			
	Número de procesos convocados				Número de procesos convocados			
	SECOP I		SECOP II		SECOP I		SECOP II	
	2017	2018	2017	2018	2017	2018	2017	2018
IDU	39	1	0	1	22	3	7	0
ANI	6	0	0	0	2	0	0	0
INVÍAS	6	0	0	18	42	0	0	23

Tabla 1 Convocatorias en sistema pliegos tipo en IDU elaboración propia. Fuentes: SECOP I y SECOP II, ANI e INVÍAS

8) El ejercicio de análisis pretende evidenciar el estado actual de la implementación de los pliegos tipo en las tres entidades seleccionadas. No se proponen rangos específicos para concluir qué número de propuestas técnicas presentadas es considerado óptimo de cara a la aplicación del principio de pluralidad de oferentes. No obstante, los promedios de oferentes en las convocatorias de más de mil millones de pesos en las modalidades de licitación y concurso de méritos para la contratación de interventorías evidencian una participación visiblemente distante al escenario de único oferente.

Un aspecto clave en este comportamiento es que de los 170 procesos revisados tan solo 4 tuvieron un único oferente, correspondiente al 2 % del total. Por otro lado, en las convocatorias de la ANI, la mayoría de los concursos de méritos se dirimieron en el escenario de desempate en la modalidad aleatoria, desenlace regularmente asociado a convocatorias transparentes en las que un número significativo de oferentes alcanzan el máximo puntaje dispuesto en los documentos de pliego.

El Decreto 342 de 2019 y la Sentencia 2014-00135/52055

A la fecha de elaboración del presente documento surgen dos novedades jurídicas, una normativa y otra jurisprudencial, las cuales engrosan el debate respecto al procedimiento para implementar el sistema de pliegos tipo. En primer orden, el decreto 342 de 2019, el cual reglamenta el artículo 4 de la ley 1882, fue sancionado por el Gobierno Nacional el día 5 de marzo de 2019, con la expectativa de puntualizar y delimitar lo dispuesto sobre la adopción de documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte.

El decreto ampara los esfuerzos de distintos actores del sistema de compras públicas, en especial la CCI y grupos empresariales del sector, los cuales exigieron desde la misma promulgación de la ley 1882 la reglamentación de su artículo 4, con el fin de empoderar las herramientas jurídicas y de paso agilizar la implementación de los pliegos estándar no solo en entidades de orden nacional sino en todas aquellas reguladas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Desde luego, la expedición dio oxígeno a estos supuestos, toda vez que la reglamentación parcial del parágrafo 7 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 introduce aspectos concretos como la obligatoriedad de guardar una estructura única del pliego, el uso de documentos, formatos, anexos, matrices y formularios dispuestos por la

Agencia Colombia Compra Eficiente, entre otros aspectos sustanciales.

Ahora bien, el parámetro más decisivo que trata el decreto está consignado en lo que concierne al desarrollo e implementación de los documentos tipo, donde se evidencia en todo su rigor los poderes trasladados a la Agencia Colombia Compra Eficiente en la definición de parámetros de obligatorio cumplimiento para las entidades públicas, los cuales incumben, entre otros:

- Definición de las reglas aplicables a la presentación de ofertas, su evaluación y la adjudicación del contrato.
- Establecer los requisitos y documentos necesarios para la acreditación de la capacidad jurídica.
- Incluir indicadores financieros de acuerdo con el análisis del sector económico, relativo a las obras de infraestructura de transporte.
- Definición de métodos de ponderación de la oferta económica.
- Fijar alternativas de ponderación de los elementos de calidad con el fin de que la entidad estatal seleccione la opción adecuada para la evaluación de condiciones técnicas de manera objetiva.
- Establecer pautas generales para la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que la entidad estatal es quien fija las condiciones particulares del mismo, atendiendo su autonomía. (Decreto 342, 2019).

El decreto igualmente alerta sobre la inalterabilidad de los pliegos tipo y la potestad de la Agencia Colombia Compra Eficiente de revisarlos de manera periódica, junto con el Departamento Nacional de Planeación, con

el propósito de adaptarlos a la realidad de la contratación del país. Por último, cierra la puerta a que, en caso de declaratorias de desierto, los entes contratantes cambien el contenido de los documentos tipo, al obligar a las entidades a que los mantengan en caso de adelantarse un proceso de selección abreviada de menor cuantía.

Este marco auguró un espaldarazo jurídico a la ley 1882 en cuanto a la implementación efectiva del sistema de pliegos tipo y fortaleció el rol de la Agencia Colombia Compra Eficiente como ente rector en materia de contratación pública en el país, lo mismo que como actor esencial en el diseño y puesta en marcha de los documentos estándar en compras públicas en todo el territorio nacional, competencias que se sumaron a las ya concedidas con la creación de la Agencia mediante el Decreto-Ley 4170 de 2011.

No obstante, a pesar del avance normativo que supuso la expedición del decreto 342, su ejecución se topó con una novedad jurisprudencial que amenaza la adopción de este instrumento en sectores distintos al de infraestructura, lo mismo que interfiere en buena parte de las competencias de la Agencia Colombia Compra Eficiente. La Sentencia 2014-00135/52055 de abril 11 de 2019 en efecto declara la nulidad parcial de 3 numerales del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013, siendo estos:

- Literal a) del numeral 2º: “Manuales y guías para: (a) la identificación y cobertura del Riesgo”.
- Numeral 3º: “Pliegos de condiciones tipo para la contratación dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto”.
- Numeral 4º: “Minutas tipo de contratos dentro de los seis (6) meses siguientes

a la expedición del presente decreto” (Consejo de Estado, 2019).

La pretensión de nulidad y el correspondiente fallo por parte del Consejo de Estado, se concentran en las competencias que goza la Agencia Colombia Compra Eficiente para reglamentar y obligar a las entidades públicas reguladas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a adoptar ciertos documentos en la etapa precontractual. En un extenso recuento de los alcances de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, la sentencia recuerda la naturaleza de dicha potestad y su condición de intransferible. En estricto sentido, la sentencia señala que no es posible, como consecuencia, una disposición con fuerza de Ley (expedida por el Congreso o por el Presidente en ejercicio de facultades extraordinarias) modificar el esquema constitucional adoptado y, por ejemplo, disponer que la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República sea ejercida por un órgano diferente, como tampoco podría este último, mediante un acto reglamentario, delegar en otra entidad la referida potestad contrariando su carácter inalienable (Consejo de Estado, 2019).

Esta salvaguarda de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo, en cabeza del Presidente de la República, naturalmente despoja competencias cruciales para la Agencia Colombia Compra Eficiente en su objetivo de implementar el sistema de pliegos tipo, supeditando su ámbito legal a lo estrictamente dispuesto en el Decreto-Ley 4170 de 2011. Dicho de otra manera, la Agencia continúa con facultades en el ámbito de diseñar y proponer políticas y herramientas para la adecuada identificación de riesgos de la contratación pública y su cobertura, conforme lo señala el numeral 9 del artículo 15 de la Ley 4170 de 2011, pero no puede adelantar ninguna acción tendiente a reglamentar y obligar a los entes contratantes⁹.

9) Quizá la disposición más aguda en esta limitación de competencias de la Agencia Colombia Compra Eficiente que trata la Sentencia 2014-00135/52055 se da cuando esta Corporación señala que “dado el marco normativo expuesto, para la Sala, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no cuenta con la competencia jurídica necesaria para diseñar e implementar, con efectos obligatorios para las entidades públicas, documentos contractuales estandarizados para ninguna modalidad de contratación, pues, ante una orfandad normativa que la sustente, ello reñiría, abiertamente, con el principio de autonomía de la voluntad reconocido a aquellas por la Ley 80 de 1993”.

Vale la pena precisar que, en principio, los efectos legales de la sentencia no lesionan los avances en el sector de infraestructura respecto a la implementación de los pliegos estandarizados, toda vez que la fuerza vinculante de la Ley 1882 de 2018 y el Decreto 342 de 2019 sigue activa, siendo obligatorio para todas las entidades que adelanten procesos de licitación y consultoría en obra pública adoptar los documentos tipo que para tal disponga la Agencia Colombia Compra Eficiente.

Comentarios finales

La puesta en marcha del sistema de pliegos tipo aún no cuenta con un soporte normativo firme que active sus efectos de manera obligatoria sobre el fortalecimiento de la gestión contractual de todos los entes públicos regidos por el Estatuto de Contratación, lo mismo que en la depuración de varias de las malas prácticas en la etapa precontractual. Con independencia de las salidas jurídicas pendientes para viabilizar su implementación en todos los niveles, los cometidos de los documentos tipo en el campo de la lucha anticorrupción pueden no corresponder a las expectativas de los legisladores, gremios y sociedad civil en general, en tanto persista la ausencia de una política pública integral que reúna la mayor cantidad de herramientas técnicas y jurídicas que permitan pasar la página de lo punible para por fin instalar el debate de la corrupción en el terreno de la disuasión.

Las soluciones para contener la falta de transparencia en los procesos de selección públicos siguen alineándose exclusivamente en ajustes normativos aislados, cayendo así en la no muy exitosa receta de tratar de cambiar las decisiones de los agentes económicos a partir de la promulgación de leyes, en lugar de transformar dichas conductas sociales con programas y políticas más amplios, que contemplen desde luego el castigo al delito, pero también disuadan desde el entorno ético y de la responsabilidad social, sobre todo cuando se trata del compromiso de ejecutar honesta y eficientemente proyectos

donde intervienen recursos públicos. Dichas políticas deben tener curso en el sistema educativo principalmente, en el apoyo de la clase política y la ciudadanía a los programas que apuesten por revertir la mala imagen institucional en las tres ramas del poder público y otorguen incentivos económicos o de reconocimiento a los funcionarios públicos sobresalientes y que tengan resultados medibles en la lucha anticorrupción, por ejemplo.

Estas consideraciones a propósito de varias de las objeciones a la implementación de los documentos estandarizados, las cuales reclaman por una discrecionalidad casi nula de los funcionarios en la elaboración del pliego de condiciones. Así, la idea de contar con modelos de pliegos generales que acojan prescripciones técnicas que permitan una seguridad jurídica sobre las reglas aplicables al eliminar criterios disímiles (González, 2012) muchas veces reducen significativamente la discrecionalidad del funcionario público, factor a todas luces negativo, pues la naturaleza de la estandarización no debe ser restrictiva sino reguladora.

Por lo pronto, las primeras aplicaciones del sistema de pliego, al dar muestras de varios aspectos positivos en materia de buenas prácticas, como la consolidación de procesos contractuales con múltiples oferentes, evidencia que su efecto no es definitivo de cara a las soluciones para combatir los altos niveles de corrupción, aspecto que, como se indicó, no era la motivación manifiesta del pliego tipo. No obstante, sí tendrá un impacto tangible sobre las fallas asociadas a la manipulación de las reglas de participación y en mayor medida en la eficiencia contractual de los entes contratantes.

J O S E E N R I Q U E N U Ñ O H E N A O

Abogado consultor y conferencista.
Gerente Jurídico C & M Consultores S.A.S.
Especialista y Magíster en Derecho Administrativo.
Pontificia Universidad Javeriana.



DESARROLLO LEGAL DE LA INTERVENTORÍA

En primera medida y como abordaje inicial en el desarrollo de este texto, es necesario determinar la figura de la interventoría en cualquiera de sus componentes. Por lo cual, es primordial hacer un recuento de esta, referenciando su génesis y aterrizándola a nuestra actualidad, con el fin de poder entender, no solamente la síntesis que la sustenta, sino el contexto en el que debe utilizarse y consecuentemente desenvolverse.

Inicialmente se debe mencionar que la interventoría es una figura que en la actualidad desempeña un papel protagónico en el cumplimiento de las relaciones negociales, tanto en aquellas generadas entre particulares, como en las que el Estado participa en función de sus cometidos, ya que su rol se encuentra investido de facultades y responsabilidades claramente definidas por el legislador para tales efectos. Aún así, existen ocasiones en las que su funcionalidad se ve amenazada, debido a que en la práctica se desconoce en algunas ocasiones de manera abierta, en otras groseras y en algunas más perversas, su alcance y hasta su objetivo. Esto nos lleva a tener que hacer, obligatoriamente la

revisión de aspectos sustanciales de la misma, y en mayor medida, a comprometernos con devolvernos a lo largo de la historia jurídica de la contratación del Estado, para, de esta manera identificar su origen, evolución y maduración, hasta los tiempos que nos competen como protagonistas de su utilización.

En ese orden, es necesario hacer un recorrido histórico por los escenarios de naturaleza normativa que han impulsado el régimen de la contratación pública, tratando de identificar referentes propios de la interventoría. Por ello y partiendo del esquema constitucional como modelo primario de las reglas jurídicas que nos han regulado. Anterior a la Carta Política de 1886 se presentaba un régimen de libertad contractual muy semejante al que regulaba las relaciones entre particulares.

En este sentido, tenemos como punto de partida la Ley 106 de junio 13 de 1873 (Código Fiscal de la República de Colombia) en donde se hacía alusión sin mayor trascendencia a la cláusula de caducidad, sin abordar temas distintos a esta.

Posteriormente y en virtud de la expedición del Código Civil de los Estados Unidos de Colombia (Ley 84 del 26 de mayo de 1873), el cual fue adoptado por la Ley 57 del 15 de abril de 1887, se incorporaron a los negocios jurídicos estatales algunas disposiciones propias de tal articulado. Luego vino la Ley 53 de noviembre 27 de 1909, sobre términos administrativos y prescripción de ciertas acciones en cuanto a contratos celebrados con el Gobierno, la cual en sus artículos 4 y 5 definió temas como la cláusula penal, pecuniaria y causales de nulidad, sin que se mencionaran temas diferentes a los que nos ocupa.

Años después, se reformó el Código Fiscal a través de la Ley 110 de noviembre 23 de 1912, la cual garantizó la igualdad de oportunidades frente a la ley a los procesos de selección del contratista, abordando el procedimiento de la licitación pública, lo que determinó los casos en que se podía prescindir de dicha modalidad de selección, sin que se mencionara, siquiera con aproximación la figura objeto de estudio.

Posteriormente, se expidió la Ley 106 de octubre 15 de 1931 que sustituyó la Ley 116 de 1923, frente a la celebración de actos para la conducción de correos nacionales, donde tampoco se abordó mecanismo alguno para hacer seguimiento a las relaciones negociales del Estado.

Luego vino la promulgación del segundo Código Administrativo con la Ley 167 de diciembre 24

de 1941 (el primero fue el Código de Justicia Contenciosa Administrativa proferido mediante la Ley 130 de diciembre 13 de 1913, que en materia contractual, no aportó significativamente al ordenamiento jurídico), texto que incorporó en su capítulo XXI algunas disposiciones relativas al régimen de exorbitancia de la administración pública, tales como la revisión del Consejo de Estado para algunos negocios que cumplieren con ciertas características y los parámetros para la declaratoria administrativa de caducidad. En este caso no se hizo mención a mecanismos de seguimiento y control de la actividad contractual. Como producto de la declaratoria del estado de sitio, se expidió el Estatuto Nacional de Compras y Estatuto de Empréstito o de Operaciones de Crédito Público a través del Decreto 351 de febrero 18 de 1955 y el Decreto 1050 de abril 14 del mismo año, los cuales regularon aspectos puntuales de la contratación del Estado, sin que se abordara lo referente al tema que nos ocupa de manera directamente.

Consecuentemente, a través del Decreto Legislativo 550 de marzo 7 de 1960, conocido como el Estatuto de los Contratos Interadministrativos, se regularon las delegaciones del Presidente de la República en los Ministerios y Jefes de Departamentos Administrativos para la suscripción de acuerdos, el cual no contempló figuras como las aquí analizadas.



Años más tarde, con la expedición del Estatuto sobre obras públicas consignado en la Ley 4 del 30 septiembre de 1964, apareció el concepto de interventor, cuando en el artículo 1 de dicho compendio se dijo:

"Artículo 1º. Los contratos que celebren la Nación, los Institutos, las empresas o establecimientos públicos descentralizados y demás entidades oficiales o semioficiales, con personas privadas, naturales o jurídicas, para estudios, construcción, mejora y conservación de las obras que corresponde ejecutar a esas entidades, y para ejercer la interventoría [Negrita y subrayado fuera del texto original] de las labores de los contratistas, se sujetará a las disposiciones de la presente Ley." (Ley 4, 1964. art 1)

En el mismo articulado y en el escenario de una tipología contractual, el artículo 2 de este estableció:

"Artículo 2º. Los contratos serán de tres clases, a saber:

a) Para construcción, mejoras, adiciones o conservación, por un precio alzado o a precios unitarios;

b) Para los mismos fines, mediante el sistema de administración delegada;

c) Para la ejecución de estudios, planos, proyectos, localización de obras, dirección técnica o ejercicio de la interventoría, [Negrita y subrayado fuera del texto original] mediante un honorario fijo o vinculado al costo del estudio o de la obra respectiva." (Ley 4, 1964. art 2)

Conforme con la línea ya definida en las preceptivas en mención, el mismo ordenamiento aterrizó el enfoque práctico de la figura, circunscribiéndola desde su acreditación de la siguiente manera:

"Artículo 12. La interventoría de todos los contratos estará a cargo de firmas de ingenieros especializados o de profesionales titulados y matriculados con experiencia en la materia." [Negrita y subrayado fuera del texto original] (Ley 4, 1964. art 12)

Hasta este punto tenemos la tipificación de la figura con tres características principales: (i) se eleva a rango legal, (ii) se constituye como una tipología contractual autónoma y (iii) se enmarca bajo precisos lineamientos para ser ejercida.

De manera consiguiente a la consecución de la expedición del Estatuto sobre obras públicas referido, se profirió vía reglamentaria el Decreto 1518 de junio 10 de 1965 el cual definió asuntos tales como la reafirmación de una tipología propia e independiente (artículo 2), alcance de la interventoría (artículo 3), la posibilidad de pactar funciones de la misma a través del acuerdo de voluntades entre las partes suscribientes del negocio (artículo 4), la calidad de representante de la entidad ante el contratista (artículo 5), clases de interventoría (artículo 6), forma de adjudicación cuando se ejerce para algunos negocios jurídicos (artículo 13), y el tipo de acreditación para quienes pretenden ejercerla de la siguiente manera:

"Artículo 2º. Los contratos a que se refiere la Ley 4ª de 1964, son los que celebren la Nación, los institutos, las empresas o establecimientos públicos descentralizados y demás entidades oficiales o semioficiales con personas privadas naturales o jurídicas para estudios, construcción, mejora y conservación de obras y para ejercer la interventoría de tales labores. Quedan incluidos también los contratos que celebren otras entidades; para la ejecución de obras o de estudios por delegación de la Nación, con fondos nacionales.

Artículo 3º. (...) La interventoría en esta clase de contratos deberá verificar

que los trabajos se realicen conforme a los estudios, planos, especificaciones y demás requerimientos y condiciones del contrato; que la calidad de los materiales suministrados corresponda a la que se ha pactado, y en general, que la obra se realice en un todo de acuerdo con el contrato.

Artículo 4º. Se entiende por contrato por precios unitarios, aquel en el cual se pacta el valor de las diferentes unidades primarias de obra que deben realizarse, tales como el metro cúbico de remoción o movimiento de tierras, el metro cuadrado de pavimento de determinadas especificaciones, etc. En este tipo de contratos, el contratista tendrá libertad para contratar el personal a su servicio, adquirir los materiales, suministrar equipos, instrumentos o herramientas de trabajo o determinar el ritmo que imprima a los trabajos, para ejecutarlos dentro de los plazos estipulados, todo ello dentro de los términos convenidos en el respectivo contrato.

En esta clase de contratos la entidad que ha contratado la obra podrá introducir las modificaciones en los planos o en la cantidad de obra que deba realizarse, según los pliegos de condiciones y el contrato, y pagará al contratista los precios unitarios, dentro de los límites **que se prevean en el contrato. Las funciones de interventoría serán fijadas en el respectivo contrato.**

Artículo 5º. Se entiende por contrato por administración delegada aquel que se ejecuta por cuenta y riesgo de la entidad que contrata la obra y en el cual el contratista es un delegado o representante de aquélla. En este tipo

de contratos el contratista recibirá un honorario pactado de antemano, sea una suma fija, o en proporción al presupuesto o al valor real de la obra.

Los interventores, como representantes de la entidad que ha contratado la obra, podrán exigir el cumplimiento de las condiciones y términos establecidos en el contrato.

Artículo 6º. Los contratos para elaboración de estudios, planos, proyectos, localización de obras, dirección técnica o ejercicio de la interventoría, de que trata el literal c) del artículo 2º de la Ley 4ª de 1964, **se dividen en dos grupos,** a saber:

- a) Los que se refieren al ejercicio de la ingeniería, y
- b) Los que se refieren al ejercicio de la arquitectura.

Artículo 13. Los contratos sobre estudios e interventorías a que se refiere el literal a) del artículo 6º del presente Decreto, se adjudicarán directamente al proponente que esté mejor calificado para prestar el servicio profesional de que se trata, teniendo en cuenta la distribución equitativa de los negocios y sin que haya lugar a considerar el valor del honorario ni otras condiciones económicas como elementos o factor para la adjudicación.

Artículo 19. La interventoría de los contratos se hará por medio de funcionarios oficiales, que deben cumplir las condiciones reglamentarias de las profesiones de ingeniería y arquitectura y tener una experiencia no menor de tres años en el respectivo tipo de obras o por medio de contratos, con personas naturales o jurídicas con experiencia análoga. Las funciones de los interventores serán fijadas en

los respectivos contratos." [Negrita y subrayado fuera del texto original] (Decreto 1518, 1965, arts., 2, 3, 4, 5, 6, 13, 19)

Bajo el marco normativo descrito, es claro que la figura va teniendo unas bases sustanciales elementales para su adecuado ejercicio, no obstante, sus límites no son claros frente a la frontera de sus competencias, exactamente, respecto al alcance de sus facultades como eventual representante de la entidad, en el contrato sobre el cual adelanta el respectivo seguimiento. De igual manera, se destaca que su ejercicio puede ser desarrollado: por un tercero (persona natural o jurídica) o a través de un funcionario público de la entidad que lidera el proyecto.

Dicho Estatuto fue aclarado y adicionado por la Ley 36 del 2 agosto de 1966, la cual introdujo algunos ajustes que ampliaron el espectro del interventor, definiendo aspectos propios de su responsabilidad al manifestar que:

*"Artículo 11. **La sociedad o persona natural que ejerciere una interventoría técnica** por contrato con las entidades a que se refiere la Ley 4a. de 1964, **será civilmente responsable por los perjuicios que se causaren a consecuencia del mal ejercicio de sus funciones interventoras,** sin que ello exima de las responsabilidades que por el mismo concepto puedan corresponder al contratista ejecutor de la obra.*

*Parágrafo. **Se considera que incurre en mala conducta el funcionario que ejerza sin el debido cuidado una interventoría que cause perjuicios a la entidad oficial contratante.**"[Negrita del texto original] (Ley 36, 1966, art 11)*

De tal redacción se desprende un régimen de responsabilidad en cabeza de quien ejerce la labor,

lo cual implicaba, a criterio del autor, un escenario de inseguridad jurídica para este. Si partimos de la base que el ordenamiento jurídico que regulaba la materia no delimitaba el alcance de las facultades que debía ejercer, por tanto, quedaba al albedrío de quien calificara y juzgara su actuar, y así llegar a determinar si había procedido o no con la diligencia debida.

Posterior a esta situación de regulación dispersa y aislada, también se efectuó el fallido intento generado con la Ley 2 del 17 marzo de 1973 a través de la cual se otorgaron facultades extraordinarias al Jefe de Estado para *"modificar las normas vigentes sobre formalidades y requisitos para la celebración de contratos en la administración central y la descentralizada"* (Ley 2, 1973). Lo que hizo necesario proferir la Ley 28 del 20 de diciembre de 1974 a través de la cual se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias en materia administrativa. Dicha legislación determinó:

*"Artículo 1º. De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República, por el término de doce meses, contados a partir de la vigencia de esta Ley, de facultades extraordinarias en asuntos administrativos. En ejercicio de estas facultades podrá: (...) 4. Dictar un estatuto de responsabilidades, incompatibilidades e inhabilidades de las personas a que se refiere el numeral anterior. **1) Modificar las normas vigentes sobre formalidades, cláusulas y demás requisitos que deben cumplirse para la celebración de contratos en las (sic) administración central y la descentralizada.** Las normas que con este fin se dicten tendrán en cuenta el valor y objeto de contrato, así como la naturaleza de la entidad que lo celebra."* [Negrita del texto original] (Ley 28, 1974, art 1)

Bajo tales facultades, el Gobierno expidió el Decreto 1670 de agosto 18 de 1975 el cual tuvo una vigencia muy corta debido a sus múltiples imprecisiones y desafortunado enfoque, frente a lo que pretendió el legislador con el otorgamiento de las prerrogativas otorgadas al ejecutivo. No obstante, y frente a la figura de la interventoría, abrió las puertas para que la norma que revisaremos a continuación regulara aspectos más amplios sobre la misma.

Es así como surge nuestro primer Estatuto contractual de la Administración Pública el cual revisaremos en lo que nos compete en los siguientes apartes.

Decreto-Ley 150 de 1976

Bajo este articulado el universo de la contratación pública inicia un proceso de mayor estructuración legal, y consecuentemente, con mayor solidez en materia regulatoria, abordando temas en donde los vacíos predominaban por falta de estipulación y desarrollo.

En lo que nos compete, la interventoría como negocio jurídico tuvo un crecimiento conceptual importante, en donde se destacan aspectos tales como la posibilidad de ser adicionados sin límites bajo ciertas circunstancias (artículo 45), ser considerados como una forma de contrato de obra de acuerdo al objeto convenido (artículo 68), ser contratados como consecuencia de un procedimiento especial como el concurso de méritos en puntuales situaciones (artículo 71), hacerla obligatoria en negocios de concesión (artículo 94), delimitar las calidades que se requieren para ser ejercida (artículo 96), determinar sus atribuciones, manteniendo la idea original de ordenamientos anteriores de someterlas al acuerdo de voluntades del respectivo contrato (artículo 97), restringir su ejercicio en algunas personas que se encuentran incursas en las situaciones fácticas que definió en tal sentido (artículo 98), imputar no solamente responsabilidad civil sino también penal en el ejercicio de sus competencias (artículo 99), y

asignar puntualmente la función de liquidar el contrato objeto de seguimiento en eventualidades concretas (artículo 192). Dichas estipulaciones se establecieron así:

*"Artículo 45. De los contratos adicionales.
(...)*

Los contratos de estudio e interventoría previstos en los numerales 1º y 3º del artículo 68 de este decreto podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo, sin que en ningún caso pueda de esta manera cambiarse su objeto.

Artículo 68. Del objeto de los contratos de obra. Según su objeto, los contratos de obras públicas pueden clasificarse en tres grupos.

(...)

3º. Para el ejercicio de la interventoría.

(...)

Artículo 71. Del concurso de méritos. Los contratos que se refieran a la ejecución de estudios, planos, anteproyectos, proyectos, asesoría, coordinación o dirección técnica, localización de obras, programación y ejercicio de la interventoría, de cuantía igual o superior a quinientos mil pesos (\$500.000.00), deberán adjudicarse mediante concurso de méritos. Este consistirá en la invitación pública o privada, según lo determine el reglamento, para formular propuestas y deberá ser adjudicado al proponente inscrito que demuestre estar mejor calificado, ponderando además su capacidad técnica, experiencia y organización para el servicio profesional de que se trate y teniendo en cuenta la equitativa distribución de los negocios.

Quando su cuantía fuere inferior a quinientos mil pesos (\$ 500.000.00) o el Consejo de Ministros lo considere conveniente, estos contratos podrán adjudicarse directamente.

Los honorarios se fijarán de acuerdo con las tarifas que, con aprobación del Gobierno Nacional, establezcan las asociaciones profesionales que tengan el carácter de “cuerpo consultivo del Gobierno” y en su defecto, las partes acordarán una suma global fija, un porcentaje sobre el costo final de la obra o del estudio o cualquier otro sistema técnico que sobre bases ciertas permita determinar su valor.

(...)

Artículo 94. De las estipulaciones obligatorias. Además de las cláusulas previstas en la parte general del presente Estatuto, **en los contratos de concesión se estipulará:**

(...)

4º. Que habrá un interventor encargado de verificar el debido cumplimiento del contrato.

Artículo 96. De las calidades del interventor. La entidad contratante verificará la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas por medio de un interventor, que podrá ser funcionario suyo.

También se podrá contratar la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas que posean experiencia en la materia y que estén registradas, clasificadas y calificadas como tales.

El funcionario que ejerza la interventoría o la persona que el contratista coloque al frente de la obra, deberá ser ingeniero o arquitecto matriculado, con experiencia profesional en construcción o en interventoría no menor de tres años en obras de naturaleza y especificaciones comparables.

Artículo 97. De las atribuciones del interventor. En todo contrato se detallarán las funciones que corresponden al interventor. Dentro de sus facultades está la de revisar los libros de contabilidad, si así se hubiere convenido en el contrato, y la de exigir al constructor la información que considere necesaria.

Artículo 98. De las personas con quienes no puede contratarse la interventoría. La interventoría no podrá contratarse con el autor del proyecto o diseño correspondiente a menos que así lo exigiere la complejidad técnica de la obra, según calificación escrita, hecha por la entidad contratante. Tampoco podrá contratarse la interventoría con las personas cuyo proyecto o diseño no se hubieren aceptado.

Artículo 99. De la responsabilidad del interventor. A más de las sanciones penales a que hubiere lugar, la sociedad o persona natural que ejerciere unainterventoría será civilmente responsable de los perjuicios originados en el mal desempeño de sus funciones, sin que ello exima de la responsabilidad que por el mismo concepto pueda corresponder al contratista ejecutor de la obra.

(...)

Artículo 192. De las personas que deben efectuar la liquidación. Cuando

a ello hubiere lugar, deberán liquidar los contratos el Jefe de la entidad contratante, o quien él encargue por resolución; el contratista, y en el evento en que éste se negare, **el interventor o quien haga sus veces**, y el respectivo Auditor Fiscal." [Negrita y subrayado fuera del texto original] (Ley 150, 1976. Arts. 45, 68, 71, 94, 96, 97, 98, 99, 192)

Este trasegar ayuda a entender que la legislación se ocupó de aterrizar de mejor manera la naturaleza, alcance, funciones y forma de contratar la interventoría, generando un ambiente en donde dicha figura adquirió un protagonismo mayor de acuerdo con el éxito de los negocios jurídicos contratados por el Estado en cumplimiento de sus fines. No obstante, los vacíos permanecieron frente a los límites de la misma, si se tiene en cuenta que el acuerdo de voluntades seguía predominando en ese aspecto, dejando en la autonomía de las partes la definición de las tareas a cumplir a cargo de esta.

Bajo ese contexto, se expidió la Ley 19 de 1982 a través de la cual se definieron nuevos principios de los contratos administrativos, y se revistió al presidente de la República de Colombia, otorgue facultades extraordinarias para reformar el régimen de contratación administrativa. En ese sentido, se destaca principalmente lo referente a la disposición por parte de los departamentos y municipios para que en sus normas fiscales sustentadas en el principio de la autonomía,

regularan la formación y adjudicación de sus contratos además de las cláusulas que orientaran la actividad contractual correspondiente. Dicho ordenamiento determinó:

"Artículo 5o. En el desarrollo de la autonomía de los Departamentos y Municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; para las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley, así como las de inhabilidades e incompatibilidades.

(...)

Artículo 10. Concédense facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de un (1) año contado a partir de la promulgación de la presente ley para lo siguiente:

1o. De acuerdo con las disposiciones generales de la presente Ley:

a) Definir el régimen jurídico a que quedan sujetos los contratos de obras accesorios de otros contratos;



Interventoría SITP fase I-II-III Operación TransMICable.

b) Establecer la manera como hayan de operar en los contratos a que se refiere el Decreto Ley 150 de 1976 los nuevos principios jurídicos consagrados en esta Ley.

c) Regular el sistema de los recursos dentro de la vía gubernativa a que den lugar las decisiones administrativas que se tomen en materia de contratos.

d) Reclasificar y definir los contratos que celebren la Nación y demás entidades sometidas al estatuto contractual administrativo, pudiendo señalar regímenes especiales para ellos.

2o. Reformar el régimen de contratación de la Nación y sus entidades descentralizadas previsto en el Decreto 150 de 1976 y normas concordantes, sobre los siguientes aspectos:

a) Régimen de capacidad, representación, incompatibilidades e inhabilidades;

b) Régimen de delegación de la facultad para celebrar contratos;

c) Requisitos y formalidades para la celebración, perfeccionamiento y ejecución de los contratos;

d) Régimen de estipulaciones y cláusulas que deben contener los distintos contratos;

e) Régimen de garantías y sanciones, nulidades y liquidación de los contratos;

f) Régimen de cuantías para la celebración de contratos y revisión de las mismas;

g) Régimen especial de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República en materia de contratación administrativa;

h) Régimen de protección a la industria nacional;" [Negrita y subrayado fuera del texto original] (Ley 19,1982, arts. 5 y 10)

Con base en tales líneas, el Gobierno Nacional expidió el Decreto-Ley 222 de febrero 2 de 1983 el cual revisaremos a continuación.

Decreto-Ley 222 de 1983

Esta preceptiva mantuvo la estructura del Decreto-Ley 150 de 1976 en temas tales como su posible adición sin el límite legal en los términos definidos normativamente para tales efectos (artículo 58), su obligatoriedad en los contratos de concesión (artículo 104), calidades del interventor (artículo 120), atribuciones del interventor (artículo 121), prohibición para su ejercicio en ciertos casos (artículo 122), régimen de responsabilidad (artículo 123) y la función de liquidar el contrato objeto de seguimiento en eventualidades concretas (artículo 288).

Como novedades, encontramos la tipificación del contrato de consultoría como negocio jurídico autónomo, el cual incorporó como modalidad la tipificación de interventoría, y la consolidación del concurso de méritos como modalidad de selección plena para la escogencia de consultores en los siguientes términos:

"Artículo 115. Del objeto del contrato.

Son contratos de consultoría los que se refieren a estudios requeridos previamente para la ejecución de un proyecto de inversión, a estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos especificados, así como a las asesorías técnicas y de coordinación.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, *la asesoría misma en el desarrollo de los contratos de consultoría y la ejecución de estudio, diseños, planos, anteproyectos, proyectos, localización, asesorías, coordinación o dirección técnica y programación de obras públicas.*

Artículo 116. De la selección de consultores. *Los consultores serán seleccionados por el procedimiento del concurso de méritos." [Negrita y subrayado fuera del texto original (Ley 222, 1983, arts. 115,116)]*

Bajo este panorama, la interventoría pasó de ser una figura legalmente enunciativa, a estar sustentada en una tipología propia como la consultoría, y a un mecanismo de contratación autónomo y pleno como el concurso de méritos.

Una década después y en virtud de la necesidad de modernizar la normativa que regulaba las relaciones negociales públicas y ponerla a tono con la coyuntura social que vivía el país y especialmente al nuevo modelo de Estado y a los diferentes postulados plasmados en la Constitución de 1991, se fraguó un Estatuto de Contratación de la Administración Pública el cual se materializó en la expedición de la Ley 80 de octubre 28 de 1993 sustentada en las facultades constitucionales otorgadas al Congreso de la República por el artículo 150 de la Carta Política. A continuación, la revisaremos dentro del ámbito que nos ocupa.

Ley 80 de 1993

Bajo la introducción hecha es menester indicar que este Estatuto mantuvo la filosofía de los anteriores ordenamientos ya mencionados frente a temas tales como: considerarse un contrato de consultoría (artículo 31 numeral 2), el régimen de responsabilidad con algunos ajustes (artículo 53) y la modalidad de selección de los

consultores, dentro de los cuales se mantienen los interventores. No obstante, a criterio del autor, se perdió terreno frente a los pequeños, pero no por ello insignificantes avances respecto a las atribuciones, calidades y prohibiciones de quienes ejercen la labor de interventoría.

Como se desprende de lo mencionado, la regulación legal de la figura se redujo a temas ya abordados por nuestra legislación, desaprovechando la oportunidad para fortalecer el contexto legal de la misma, con algunas salvedades de menor aporte tal como veremos a continuación El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, concretamente en su numeral 1, estableció una obligación para los contratos de obra suscritos, como consecuencia de un proceso licitatorio respecto a la necesidad de contratar interventoría con una persona independiente a la entidad. En este sentido anotamos que la norma reza:

"Artículo 32. De los Contratos Estatales. *Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

1o. Contrato de Obra

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

*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.

(...)" [Expresión "concurso" derogada por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007] [Negrita y subrayado fuera del texto original] Ley 80, 1993, art 32)

Si bien es cierto esta disposición es novedosa respecto de los anteriores articulados, tampoco constituye una innovadora propuesta, puesto que partimos de la base que ya para los contratos de concesión se requería de su contratación por expresa orden legal.

Bajo igual rasgo, el mismo artículo en comento expresó:

(...)

...2o. Contrato de consultoría

Son 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.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.

(...)"[Negrita fuera del texto original] (Ibíd.)

En tales líneas, además de ratificar la interventoría como una modalidad de consultoría, se define de manera clara y puntual una obligación hasta el momento no tenida en cuenta por las preceptivas que venían madurando la figura, circunscrita a la forma a través de la cual el interventor debe actuar en la situación fáctica descrita, dejando así un precedente normativo para tener en cuenta en la ejecución de sus actividades. No obstante, es importante destacar que el alcance de la palabra "orden", no tuvo una delimitación conceptual y funcional expresa, lo cual a la fecha ha generado dificultades frente a su aplicación, pues no es un secreto que cada uno la interpreta a su criterio y conveniencia, dejando de un lado su origen etimológico como primera alternativa de entendimiento. No sobra decir que, para el intérprete de las disposiciones contractuales, jamás podrán perderse de vista tanto el espíritu del legislador, como el contexto natural de la figura que analiza. También dispuso el Estatuto para los encargos fiduciarios y fiducia pública que, los negocios jurídicos que se suscribieran en desarrollo de estos debían cumplir con rigor las disposiciones propias de la interventoría. Determinó la norma:

"(...)

5o. Encargos fiduciarios y fiducia pública

Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, **de interventoría** y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

(...)"[Negrita y subrayado fuera del texto original] (Ibíd.)

Frente al régimen de responsabilidad ya desarrollado por los antedichos ordenamientos, se amplió el alcance de los interventores para los casos que por acción u omisión les fuere imputables y causasen daño o perjuicio a la entidad pública, derivados de la suscripción y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido su labor. Determinó la norma:

*"Artículo 53. De la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores. **Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que 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 consultoría, interventoría o asesoría.**" [Negrita y subrayado fuera del texto original] (Ibíd.)*

De igual manera se consideró, en materia penal, al interventor como un particular que ejerce funciones públicas frente a ciertos aspectos:

*"Artículo 56º.- De la Responsabilidad Penal de los Particulares que Intervienen en la Contratación Estatal. **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.**" [Negrita y subrayado fuera del texto original] (Ibíd.)*

10) Gaceta del Congreso 466, martes 2 de agosto de 2005, página 53.

11) Ibíd.

Como se ha podido evidenciar, el tan anhelado y esperado Estatuto de Contratación de la Administración Pública, expedido en el marco del nuevo modelo constitucional en el tema que nos ocupa, no trajo mayores aportes ni mucho menos aspectos innovadores en ninguno de estos, por el contrario, diluyó algunos avances de las anteriores legislaciones donde destacamos las atribuciones de los interventores ya abordadas así fuere de manera somera, dejando un vacío aún más profundo del que veníamos arrastrando. El acuerdo de voluntades obtuvo relevancia cuando se le otorgó el papel de referente en la definición de las funciones y fronteras en la ejecución de la labor.

Fue así como se llegó a la necesidad de ajustar algunos de los aspectos que inicialmente se determinaron en tales preceptivas, lo cual conllevó al Gobierno a tramitar un proyecto de reforma con el objetivo de *"señalar unas bases que habiliten un escenario institucional adecuado para la adopción de decisiones en materia contractual, que apunten a las que consideramos deben ser características fundantes de la actividad contractual del Estado: **eficiencia y transparencia**"*¹⁰ [Negrita y subrayado del texto original] (Ibíd.)

Ley 1150 de 2007

Palabras atrás destacamos el componente de eficiencia, ya que, a criterio del autor, es un componente asociado a la actividad contractual del interventor, si se tiene en cuenta que su rol histórico es precisamente ser garante del cumplimiento de los compromisos acordados entre los suscribientes de un negocio jurídico estatal. Bajo tal premisa, resaltamos la expresión de la exposición de motivos cuando determinó que se debía *"(...) redefinir el tema de la interventoría en los contratos de obra para hacerla más práctica y menos rígida (...)"*¹¹, (Ley 1150, 2007) criterio que al final triste y lacónicamente no se

vio reflejado a pesar del espíritu señalado. Bajo tales apreciaciones, no hay aspectos puntuales que revisar en el conglomerado reformativo en lo que nos atañe con el presente estudio.

Es por ello que, siguiendo la cronología normativa que nos ha indicado la historia, llegamos a la promulgación de un compendio que, si bien es transversal a lo sustancial de la contratación pública, constituye un referente fundamental para el entendimiento y desarrollo de esta. Siendo, así las cosas, revisaremos el denominado Estatuto Anticorrupción en donde dentro de su articulado, se abordaron sorpresivamente temas fundamentales de una trascendencia gigante en materia de interventoría, que ha venido fijando la pauta de su ejecución en múltiples aspectos.

Ley 1474 de 2011

Este ordenamiento encaminado a dictar normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, abordó temas de fundamental relevancia en la figura de la interventoría. Destacamos aspectos tales como: la prohibición de su ejercicio en situaciones específicas (artículo 5), la modificación del Código Disciplinario Único a través del cual se aplica su régimen a los particulares que cumplen labores de interventoría o supervisión (artículo 44), la responsabilidad del interventor por faltas gravísimas bajo tal regulación (artículo 45), la ampliación de la responsabilidad del interventor circunscribiéndola a la civil, fiscal, penal y disciplinaria (artículo 82), la marcada y concreta diferenciación entre la figura de la supervisión y la interventoría (artículo 83), la definición legal de las facultades de cada una de estas dos figuras (artículo 84), la determinación de las consecuencias por su no actuar diligente (parágrafo 1, 2 y 3 del artículo 84), la posibilidad de prorrogar la interventoría bajo ciertos contextos (artículo 85), la facultad de los entes de control fiscal en sus investigaciones de citar o requerir a los interventores, de exigirles la presentación de documentos que registren sus

operaciones y ordenarles la exhibición de libros, comprobantes y documentos contables (artículo 114), y la determinación de una presunción legal en los procesos de responsabilidad fiscal (artículo 118).

Como se puede observar, fueron múltiples los temas abordados por esta regulación que en principio se encaminaba a fortalecer herramientas contra actos de corrupción, y terminó regularizando aspectos del tema que nos ocupa de manera muy concreta que, a modo de ver del autor, no tienen una vinculación directa con tal objetivo en muchas de ellos, sino por el contrario, compete a preceptivas propias de un estatuto de contratación de la administración pública. Ello refleja el afán, no solo desmesurado, sino angustioso por parte del legislador, para normalizar situaciones propias de coyunturas sociales y políticas mediáticas que vive el país en disposiciones con enfoques diferentes a los propios de la materia.

Ahora bien, siguiendo con la metodología del presente texto, entraremos a detallar las disposiciones señaladas en aras de mostrar las novedades legislativas en la figura en estudio así:

"Artículo 5°. Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad." [Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ley 1474, 2011)

Claramente, la disposición contempla una restricción más que evidente y necesaria a la luz, no solo de principios como el de selección

objetiva de contratistas en su sentido amplio, sino también en el contexto del de transparencia muy referenciado y adulado, pero poco materializado en la contratación pública en su riguroso entender. En materia de sometimiento a regímenes especiales, determinó la ley:

"Artículo 44. Sujetos disciplinables.

El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así:

El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

(....)"

"Artículo 45. Responsabilidad del interventor por faltas gravísimas.

Modifíquese el numeral 11 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002, el cual quedará así:

11. Las consagradas en los numerales 2, 3, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 26, 27, 28, 34, 40, 42, 43, 50, 51, 52, 55, 56, y 59, párrafo 4°, del artículo 48 de esta ley cuando resulten compatibles con la función." [Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ibíd.)

Tales determinaciones, más que una novedad, terminan siendo el cumplimiento de una mora legislativa, si tenemos en cuenta el alcance que en materia de responsabilidad señaló la Ley 80 de 1993 en los interventores, la cual se quedó corta bajo la concepción primigenia de la figura del interventor. Para el autor la estructura de la responsabilidad disciplinaria cabe sin duda en la teleología jurídica de la misma. Frente al régimen de responsabilidad y consecuente con las normas señaladas anteriormente, planteó el estatuto:

"Artículo 82. Responsabilidad de los interventores. *Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, 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, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que 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 actividades de consultoría o asesoría.

*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 les 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.*

Parágrafo. *El Gobierno Nacional reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de esta ley." (Subrayado y negrilla fuera del texto original) [Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ibíd.)*

El ejercicio legislativo superó el alcance previsto inicialmente en la Ley 80 de 1993, llevando el ámbito de la responsabilidad al campo disciplinario y fiscal, por razones propias y naturales de las funciones que esta figura ejecuta en cumplimiento de su razón de ser. Esto evidencia la visión integral que se le imprimió a la misma en el ordenamiento en estudio. También optó el legislador de manera muy acertada y ajustada a la realidad contractual, diferenciar la figura del interventor con la del

supervisor, utilizando un criterio de calificación y cualificación semántico así:

"Artículo 83. Supervisión e interventoría contractual. 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.

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.** Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

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 regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir

la vigilancia del contrato principal, caso en el que el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

El contrato de interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal. (...)" [Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ibíd.)

Se desprende de las preceptivas transcritas, que el espíritu del legislador pretendió generar dos figuras distintas pero iguales en su concepción, cuando definió la utilización de cada una de ellas en función de la titularidad de quien la ejerce y de la complejidad de la tarea a desarrollar en el seguimiento a adelantar. Asimismo, en materia de funciones, trajo el Estatuto Anticorrupción un tema además de inevitable de abordar, obligado de detallar tal como lo constituye la normalización de las tan maltratadas, mal concebidas, malinterpretadas, mal aplicadas y hasta desconocidas facultadas y deberes de los supervisores e interventores. Señaló el legislador:

"Artículo 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los 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, o cuando tal incumplimiento

se presente. (...)” [Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ibíd.)

En este sentido, se debe destacar que a diferencia de lo contemplado en normas anteriores como, el Decreto 1518 de 1965 reglamentario del Estatuto de obras públicas, el Decreto 1670 de agosto 18 de 1975 y el Decreto-Ley 150 de 1976, en los que se dejaba al arbitrio de las partes, en sus estipulaciones contractuales pactar las obligaciones del interventor, aquí se reguló de manera concreta el alcance y más propiamente las facultades de este, logro que desafortunadamente en la práctica es diluido por quienes contratan las interventorías e incluso por quienes las ejercen, ya que saliéndose del marco normativo exigen más o menos de lo que se debe hacer, o hacen más allá o no hacen lo que les corresponde respectivamente.

Este aspecto es quizás de los más relevantes en el estudio de la figura, que por el momento lo circunscribiremos a su mención, y a la reflexión que de manera obligada deben hacer quienes proponen la figura en el ejercicio de sus actividades frente a la imposibilidad jurídica que el ordenamiento en estudio delimita respecto a las inapropiadas, exageradas, descontextualizadas e incluso contrarias a derecho y a la naturaleza primigenia y teleológica de la figura, cuando se exige al interventor hacer más allá de lo que le corresponde, de acuerdo con estos dos últimos aspectos mencionados y que me permito resaltar, y cuando este pretende hacer menos o incluso

excederse en las facultades otorgadas por la ley. Estos son aspectos que deben considerarse siempre que se hace una aproximación a la figura, y que todo servidor público que la supervise debe tener en cuenta al momento de hacerle seguimiento, so pena de incurrir no solo en el maltrato y desconocimiento de esta, sino también en el posible incumplimiento de sus deberes que le implican su investidura.

En la misma norma objeto de análisis, tenemos referencia a las consecuencias que debe soportar el interventor y el supervisor por su no actuar diligente. Determinó el legislador:

“(…)

Parágrafo 1°. *El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 quedará así:*

No exigir, el supervisor o el interventor, *la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento*



Implementación de Modelos de Fortalecimiento Comunitario -ARN.



del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

Parágrafo 2°. Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8°, numeral 1, con el siguiente literal:

k) **El interventor 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.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

Parágrafo 3°. **El interventor que no haya** informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.

Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen.

Parágrafo 4°. Cuando el interventor sea consorcio o unión temporal la solidaridad

se aplicará en los términos previstos en el artículo 7° de la Ley 80 de 1993, respecto del régimen sancionatorio." [Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ibíd.)

Estas disposiciones plantean situaciones de hecho encaminadas a imputar las responsabilidades ya mencionadas a los supervisores e interventores, por su frágil, débil, inducto e incluso, irregular actuar. Para cada caso habrá que revisar su alcance y así, determinar el marco sancionatorio que le correspondería.

Ya en otro aspecto del cual se ocupó el Estatuto Anticorrupción, tenemos lo relativo a continuidad, mejor llamada en la realidad jurídica contractual como prórroga, en donde determinó que:

"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 parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Parágrafo. 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; el Gobierno Nacional regulará la materia. En este evento podrá darse aplicación al artículo 7° de la Ley 1150, en cuanto a la posibilidad de que la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato." [Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ibíd.)

Como novedad y bajo una sana lógica contractual sustentada en la naturaleza de la figura, el legislador abrió la puerta para que bajo la

dinámica del desarrollo tanto del contrato que es objeto de seguimiento como el de interventoría, se pueda ampliar este último hasta por el término de la prórroga del primero, mecanismo que se articula con excepcionar la restricción en materia presupuestal de limitar la adición del negocio como consecuencia de la extensión del plazo contractual. Esto facilita, a criterio del autor, mantener la dinámica del negocio jurídico bajo los preceptos que las partes fijaron para los efectos del caso, logrando así por lo menos desde la perspectiva legal, el equilibrio fáctico de la relación contractual.

De igual manera y como un aditamento no propiamente relacionado con el objetivo de la norma, la preceptiva estableció un deber en materia de garantías, la cual obligó a constituir el amparo de cumplimiento del contrato de interventoría, por el mismo término de la vigencia del amparo de estabilidad de la obra del negocio jurídico objeto de seguimiento, esta disposición está redactada bajo un sentido común de las buenas prácticas contractuales.

Ahora bien, frente a la inclusión de herramientas tendientes a dotar a los entes de control fiscal de mayor contundencia en el ejercicio de su labor, el Estatuto contempló:

"Artículo 114. Facultades de investigación de los organismos de control fiscal. *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;

(...)"[Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ibíd.)

Muy concretas son las disposiciones frente al alcance que tienen los organismos de control fiscal en el 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 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 una 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 en el cual recae su labor.

A pesar de que 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 alcance del 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 contratos de interventoría o inclusive de 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 de la estabilidad conceptual de los procesos sancionatorios en cualquier de sus especialidades.

No siendo más el análisis de esta ley en la materia que nos ocupa, pasaremos a revisar los aspectos que nos competen en el articulado que adicionó, modificó y dictó otras disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura entre otros temas.

Ley 1882 de 2018

Como consecuencia de las múltiples propuestas en materia de reforma al Estatuto de Contratación de la Administración Pública y otras disposiciones que desarrollan aspectos propios de las relaciones negociales del Estado, se expidió la Ley 1882 de 2018, la cual buscó regular aspectos muy puntuales para contrarrestar algunas necesidades de carácter legislativo que permitiera mayor claridad, desenvolvimiento y precisión en los temas allí definidos. En ese sentido, encontramos que en su articulado se abordaron temas tales como la ampliación del espectro en la responsabilidad de los interventores (artículo 2), el establecimiento de documentos tipo para la elaboración de los pliegos de condiciones que determinarían su escogencia (artículo 4), la modalidad de elección de las interventorías en los proyectos de asociación público privada (artículo 7), y la asignación legal de algunas funciones en los contratos derivados de proyectos de esta índole (artículo 20).

Como se evidencia de esta relación, se denota a simple vista que dicho compendio no tuvo mayores aportes ni tampoco muy significativos en la materia. En ese orden, revisaremos cada uno de estos, comenzando por el referente a la responsabilidad de los interventores, en donde como elemento diferencial frente a la regulación que venía rigiendo, encontramos lo siguiente:

"Artículo 2. 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 la 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.**" [Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ley 882, 2018)

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 causaren 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 negocial, en aras de tener en cuenta sus actuaciones a lo largo de la misma.

Por consiguiente, si partimos de lo ya 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 liquidado 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. A su turno, esta reforma se preocupó por contemplar lo atinente a los pliegos tipo, mecanismo este que no es novedoso, ni innovador, ni tampoco una gran primicia, ya que desde la expedición del documento Conpes 3186 de julio 31 de 2002 (Una Política de Estado para la Eficiencia y la Transparencia en la Contratación Pública)¹² modificado por el Conpes 3249 de octubre 20 de 2003 (Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial), ya se contemplaba como una herramienta que facilitaría los procesos contractuales generando objetividad y seguridad entre sus partícipes.

Posteriormente y después de diferentes discusiones propiciadas bajo la temática de una política pública, el documento Conpes 3856 del 25 de abril 2016 más las recomendaciones del Consejo sobre Contratación Pública de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)¹³, generaron la propuesta de algunos documentos estándares tales como:

12) 5.7 Elaboración de documentos tipo para la contratación. El Consejo Nacional de Contratación –CNC- buscará generar la mayor cantidad de documentos tipo a efecto de facilitar el desarrollo de las diferentes etapas de los procesos de contratación, buscando eliminar la incertidumbre y la subjetividad de los funcionarios en la conducción de los mismos.

13) Disponer de marcos institucionales, legales y reglamentarios que sean razonables y sólidos, pues constituyen el entorno fundamental para potenciar la participación en los negocios con el sector público y son el único punto de partida posible para garantizar unos sistemas de contratación pública sostenibles y eficientes.

el Pliego de condiciones tipo para el Proceso de Contratación de servicios de consultoría. El Pliego de obra pública tipo para contratos plan. Los Pliegos de condiciones tipo para Proceso de Contratación de suministro, Pliego de condiciones tipo para Proceso de Contratación de obra pública y Pliego de condiciones tipo para Proceso de Contratación de interventoría. En esa línea la Ley 1882 de 2018 preceptuó lo siguiente:

"Artículo 4°. Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 2° de la Ley 1150 de 2007:

Parágrafo 7°. El Gobierno nacional adoptará documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección que adelanten. Dentro de los documentos tipo el Gobierno adoptará de manera general y con alcance obligatorio para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las condiciones habilitantes, así como los factores técnicos y económicos de escogencia, según corresponda cada modalidad de selección y la ponderación precisa y detallada de los mismos, que deberán incluirse en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta la naturaleza y cuantía de los contratos. Para la adopción de esta reglamentación el Gobierno tendrá en cuenta las características propias de las regiones con el ánimo de promover el empleo local.

La facultad de adoptar documentos tipo la tendrá el Gobierno Nacional, cuando

lo considere necesario, en relación con otros contratos o procesos de selección.

Los pliegos tipo se adoptarán por categorías de acuerdo con la cuantía de la contratación, según la reglamentación que expida el Gobierno Nacional." [Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ibíd.)

Bajo la sana y muy pertinente disposición del legislador y el compromiso del ejecutivo en la adopción de los documentos tipo, no queda más que esperar a que su finalidad cumpla con el cometido esperado, sin que ello desconozca la realidad no solo jurídica, sino de mercado que abarca el universo de la contratación pública. Amanecerá y veremos.

Frente a las especificidades de la interventoría en los proyectos de asociación público privados, la reforma se ocupó de regular su forma de contratar, la calidad del interventor y su responsabilidad así:

"Artículo 7°. Modifíquese el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

*Artículo 33. La elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y **las interventorías de los contratos, se podrán contratar mediante el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía según su valor.***

En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público-privada la interventoría deberá contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista. Dichos interventores responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o

perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le corresponden con el contrato de interventoría." [Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ibíd.)

En este aspecto, lo diferente se circunscribe a excepcionar de la modalidad de selección que por excelencia caracteriza la escogencia del interventor como lo es el concurso de méritos, para consolidar la selección abreviada y la mínima cuantía según el presupuesto oficial del proceso como los mecanismos pertinentes en la materia. A criterio del autor, la medida no aporta mucho, si tenemos en cuenta que las reglas de estas dos modalidades no fueron concebidas para elegir un consultor (interventor), sino para escoger contratistas de connotaciones muy diferentes a las aquí ya explicadas a lo largo de la historia. Este ordenamiento se ocupó de alargar la lista de potestades de la interventoría en el marco de los proyectos de asociación público privados así:

"Artículo 20. *Modifíquese el Artículo 32 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedar así:*

Artículo 32. Terminación anticipada. En los contratos que desarrollen Proyecto de Asociación Público Privada, se incluirá una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral.

Parágrafo 1. En los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del

contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual.

Estos factores serán actualizados con el índice de precios al consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación.

*Los reconocimientos a que haya lugar deberán cumplir con los siguientes criterios, **los cuales serán validados por la interventoría** o por un tercero experto:*

- 1. Hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer e interés público.*
- 2. Estén asociados al desarrollo del objeto del contrato.*
- 3. Correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual.*
- 4. No correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que tercero hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales, salvo que se trate de aquellos asociados los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos derivados de cobertura financiera del proyecto. (...)" [Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ibíd.)*

La norma no merece mayor análisis al ya mencionado en el precedente de la transcripción. Abordada la materia legislativa, es pertinente hacer alusión a las disposiciones que vía reglamentaria se han ocupado del tema que nos compete, en ese sentido y en virtud a la compilación que se hizo de los múltiples decretos que ahogaban nuestra línea jurídica en materia legislativa, revisaremos el correspondiente al Sector Administrativo de Planeación Nacional en donde se hacen algunas acotaciones en los asuntos que nos interesa.

Decreto 1082 de 2015

Tenemos en esta reglamentación la compilación de algunas normas que se encontraban dispersas en materia contractual y que por metodología y pedagogía fueron recogidas en un solo compendio. Es ese contexto, detallamos las más relevantes para complementar el ejercicio que a lo largo del presente documento hemos tenido en cuenta para una óptima ilustración del lector así:

"Artículo 2.2.1.1.2.1. Partícipes de la Contratación Pública. *Los partícipes del sistema de compras y contratación pública para efectos del Decreto-Ley 4170 de 2011, son:*

1. *Las Entidades Estatales que adelantan Procesos de Contratación.*
En los términos de la ley, las Entidades Estatales pueden asociarse para la adquisición conjunta de bienes, obras y servicios.
2. *Colombia Compra Eficiente.*
3. *Los oferentes en los Procesos de Contratación.*
4. *Los contratistas.*
5. *Los supervisores.*

6. Los interventores.

7. *"Las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen la participación ciudadana en los términos de la Constitución Política y de la ley."* [Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ley-Decreto 1082, 2015)

La preceptiva les da a los interventores su protagonismo en el escenario de la contratación estatal, dejándola al mismo nivel de aquellos que por naturaleza siempre lideraban todos los espacios en la materia. En este sentido frente a los pliegos de condiciones se expresó:

"Artículo 2.2.1.1.2.1.3. Pliegos de condiciones. *Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información: (...)*

12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato. *(...)"* [Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ibíd.)

A nivel de premisa normativa, se exige la incorporación en los pliegos de condiciones de los parámetros que se deberán seguir en materia de interventoría. En cuanto al manejo de anticipos, asignó al interventor la siguiente tarea:

"Artículo 2.2.1.1.2.4.1. Patrimonio autónomo para el manejo de anticipos. *En los casos previstos en la ley, el contratista debe suscribir un contrato de fiducia mercantil para crear un patrimonio autónomo, con una sociedad fiduciaria autorizada para ese fin por la Superintendencia Financiera de Colombia, a la cual la Entidad Estatal debe entregar el valor del anticipo.*

Los recursos entregados por la Entidad Estatal a título de anticipo dejan de ser parte del patrimonio de esta para conformar el patrimonio autónomo. En consecuencia, los recursos del patrimonio autónomo y sus rendimientos son

autónomos y son manejados de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil.

En los pliegos de condiciones, la Entidad Estatal debe establecer los términos y condiciones de la administración del anticipo a través del patrimonio autónomo.

En este caso, la sociedad fiduciaria debe pagar a los proveedores, con base en las instrucciones que reciba del contratista, las cuales deben haber sido autorizadas por el Supervisor o el interventor, siempre y cuando tales pagos correspondan a los rubros previstos en el plan de utilización o de inversión del anticipo. [Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ibíd.)

Tal como lo hemos manifestado líneas atrás, el interventor viene robusteciendo sus funciones a través de distintos referentes especiales que le han otorgado tales facultades.

Por consiguiente, se permite entender las acciones de manera procedimental. Así, llegamos a que, en materia de discapacidad, dijo la reglamentación:

"Artículo 2.2.1.2.4.2.7. Seguimiento durante la ejecución del contrato. (Adicionado por el artículo 1° del Decreto 392 de 2018). Las entidades estatales a través de los supervisores o interventores del contrato según corresponda, deberán verificar durante la ejecución del contrato que los proponentes que resultaron adjudicatarios mantienen en su planta de personal el número de trabajadores con discapacidad que dio lugar a la obtención del puntaje adicional de la oferta. El contratista deberá aportar a la entidad estatal contratante la documentación que así lo demuestre.

Esta verificación se hará con el certificado que para el efecto expide el Ministerio de Trabajo y la entidad estatal contratante verificará la vigencia de dicha certificación, de conformidad con la normativa aplicable.

(...)." [Negrita y subrayado fuera del texto original]. (Ibíd.)

Lo anterior ratifica una vez más la dispersión normativa que asigna competencias al interventor, perdiendo el orden que la Ley 1474 de 2011 quiso generar al respecto así fuere de manera general.

Por último, se resalta que en estas preceptivas se tratan en otros apartes aspectos sometidos a los interventores tales como en los Proyectos de Asociación Público Privados y los Proyectos de Fondo Nacional de Regalías, que, por su especificidad y desarrollo, no abordaremos en el presente estudio. No obstante, destacamos que los mismos hacen referencia a la asignación de más competencias al ente interventor en el marco de las figuras allí tratadas.

L U I S C A M I L O S I E R R A G Ó M E Z

Abogado consultor. Coordinador de Asuntos Legales
C & M Consultores S.A.S. Especialista en Derecho Administrativo y
en Derecho Ambiental. Candidato a Magíster en Derecho y Gestión
Ambiental. Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.



EL CONTRATO DE INTERVENTORÍA: LA NATURALEZA JURÍDICA DE UN CONTRATO SIN CARACTERIZACIÓN LEGAL EN COLOMBIA

El concepto de interventoría en el ordenamiento jurídico colombiano, particularmente en el ámbito de la contratación pública, podría en principio no resultar extraño para quienes guardan estrecha relación con esta institución en ejercicio de sus funciones o actividades; sin embargo, con independencia de la creencia o percepción que se tenga del adecuado entendimiento de este tipo de contratos, lo cierto es que son muchos los actores en el marco de la contratación estatal que, si bien pueden conocer la regulación de la interventoría en Colombia, en ocasiones desconocen su caracterización¹⁴ y naturaleza jurídica, generando con ello confusión en su adecuada aplicación. Lo anterior sucede, ya que, aun cuando se trata de un contrato cuya actividad se encuentra brevemente desarrollada en el ordenamiento jurídico

colombiano, desde el punto de vista legal no han sido suficientes las herramientas que permitan una acertada definición y como consecuencia de ello, una adecuada comprensión de la figura de la interventoría desde su naturaleza, esencia y características fundamentales, función que en últimas ha sido adoptada por la jurisprudencia y la doctrina.

Cabe mencionar que no se pretende afirmar en este escrito que el contrato de interventoría en Colombia sea una figura atípica carente de regulación y abierta totalmente a la interpretación; por el contrario, lo que sí se quiere indicar es, que sin perjuicio de la regulación existente, su incorporación y desarrollo actual en el ordenamiento jurídico colombiano

14) Entendida según la Real Academia de la Lengua Española como: "Acción y efecto de caracterizar o caracterizarse" por consiguiente, debe entenderse caracterizar como "Determinar los atributos peculiares de alguien o de algo, de modo que claramente se distinga de los demás".

adolesce de técnica jurídica ya que ha surgido como consecuencia de circunstancias sociales y políticas que han incluso desdibujado su esencia, dejando de lado la determinación, de manera clara, concreta y acorde con los principios que rigen la actividad contractual en Colombia, de su estructura y naturaleza jurídica como la institución preponderante en la contratación pública que resulta ser.

Lo anterior se afirma en tanto la definición o desarrollo legal de la interventoría, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 al indicar que la interventoría es una especie del contrato de consultoría, se traduce a la acepción incorporada en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, que resulta ser la única definición legal vigente en Colombia:

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. (Ley 1474, 2011, art. 83)

No es un secreto que lo anterior surge producto de la coyuntura social y política vivida en Colombia, como consecuencia de sonados casos de corrupción en los cuales, equivocadamente, se optó por incorporar en distintas normas algunas funciones, deberes y responsabilidades a la interventoría de manera aislada (con ocasión de su rol en la actividad contractual), obviando la verdadera necesidad de materializar un adecuado desarrollo normativo, que estableciera claramente los principios, la estructura, la definición y

características principales de la institución de la interventoría en Colombia así como, por supuesto, su naturaleza jurídica.

En este sentido, si bien el derecho como ciencia social es cambiante y debe adaptarse a las transformaciones sociales y políticas de una sociedad, la regulación actual de la figura de la interventoría sufrió el infortunio de responder a una situación particular, siendo este el origen del por qué, por factores externos, no tiene desde el punto de vista legal una caracterización clara que permita un adecuado entendimiento de su esencia. Por todo lo anterior, es menester del presente escrito caracterizar y por lo tanto establecer la naturaleza y definición del contrato de interventoría en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, que ante el limitado desarrollo legal ha sido llevado a cabo por la jurisprudencia y la doctrina, cuyas conclusiones conllevan a establecer que las siguientes son las características principales de un contrato de interventoría y que, a su vez, permiten identificar la naturaleza jurídica de esta institución:

El contrato de interventoría es una especie del contrato de consultoría

Como se anotó con anterioridad, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 ha definido a la interventoría como una especie del contrato de consultoría, asunto que resulta ser no menor, ya que ello permite ubicar a la consultoría en un plano intelectual que lo diferencia de manera sustancial del contrato de prestación de servicios, que incluso conlleva actividades de asesoría en términos generales. En efecto, el Consejo de Estado ha indicado respecto de la mencionada diferencia lo siguiente:

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. (Subrayado fuera del texto original) (Consejo de Estado, Sección Tercera, 30832, 2006)

En este sentido, se debe partir de que la interventoría responde a una serie de actividades ejecutadas en razón a las cualidades intelectuales de quien las lleva a cabo y que la diferencian de otros contratos como el de prestación de servicios, dentro del cual se encuentra la asesoría en sentido amplio, en tanto lejos de un servicio o asesoría relacionada con la administración o funcionamiento de las entidades, con la interventoría lo que se pretende es la ejecución de actividades en razón al conocimiento técnico que se posee y que es requerido por la entidad contratante.

El contrato de interventoría se caracteriza por el conocimiento técnico especializado requerido y que no posee la entidad contratante

En línea con lo señalado en el punto anterior, es pertinente anotar que es propio de los contratos de interventoría el conocimiento técnico especializado de quien lleva a cabo las actividades requeridas. Esta necesidad surge en tanto la entidad contratante no posee, bien sea por la naturaleza jurídica de esta o por las cualidades de su personal, el conocimiento especializado necesario para llevar a cabo las labores de



Interventoría integral del contrato de concesión del proyecto Regiotram de occidente.
Foto: Gobernación de Cundinamarca.



interventoría. Lo anterior ha sido referenciado por el Consejo de Estado así:

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. (Subrayado fuera del texto original) (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 36626, 2015)

Como lo anota el Consejo de Estado, el desarrollo técnico de las funciones llevadas a cabo por la interventoría, se convierte en una de sus características fundamentales, en tanto ello sirve como elemento diferenciador de otras tipologías contractuales como la prestación de servicios y delimita su verdadero alcance.

El contrato de interventoría lleva implícita la función de vigilancia, inspección, seguimiento, verificación y control, y no se circunscribe solamente al contrato de obra

Al respecto se debe indicar que la interventoría no se concibe como un tercero. No obstante, tiene un conocimiento especializado, que no se limita simplemente a la vigilancia de un contrato; por el contrario, además de dicha facultad, le son propias funciones de seguimiento, inspección verificación y control, las cuales implican un rol

más activo del interventor dentro de la relación comercial vigilada. Ello ha sido conceptualizado por el Consejo de Estado de la siguiente manera:

...la interventoría puede, adicionalmente “exigirle al contratista información que estime necesaria; efectuar 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. (Subrayado fuera del texto) (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 36626, 2015)

Por otra parte, cabe anotar que el contrato de interventoría no solamente es procedente respecto del contrato de obra, sino que es aplicable para otro tipo de proyectos, como lo pueden ser el de prestación de servicios, o suministros de bienes, aspectos que no necesariamente se circunscriben a contratos de obra e infraestructura física.

En efecto, los contratos de interventoría bien pueden suscribirse para vigilar supervisar y controlar contratos de diversas clases o tipologías. La Corte Constitucional se pronunció en el mismo sentido al señalar que el interventor utiliza diversos mecanismos de recolección de información para verificar las obras

ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados:(...) 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. (Subrayado y negrilla del texto) (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 24996, 2013)

El contrato de interventoría es principal y autónomo

Si bien el objeto del contrato de interventoría supone llevar a cabo las actividades descritas respecto de otro contrato diferente, la interventoría subsiste a pesar de la extinción de la obligación del contrato objeto de intervención. Lo anterior, ha sido refrendado jurisprudencial y doctrinariamente bajo la figura de la coligación funcional¹⁵, ya que lo que sí existe entre el contrato vigilado y el de interventoría es esa coligación funcional o un nexo de dependencia negocial.

15) Esta figura ha sido referenciada por el Consejo de Estado así: "La doctrina se ha referido a la coligación o conexidad 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." (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 35763, 2016)

Es decir, son contratos conexos, vinculados o coligados y tal circunstancia tiene una importante repercusión en materia de responsabilidad civil, por cuanto el incumplimiento de las obligaciones principales y en algunos casos las accesorias del primero, repercuten en el segundo; sin embargo, ello no le da el carácter de accesorio al contrato de interventoría.

El contrato de interventoría es solemne

Tratándose de un contrato estatal y teniendo en cuenta que para este tipo de contratos el perfeccionamiento depende no solo que se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, sino que este se eleve a escrito, el contrato de interventoría será entonces un contrato solemne, en tanto deberá cumplir con ciertas formalidades establecidas en la ley. Por lo anterior, cualquier modificación posterior que se realice sobre el negocio jurídico, se debe efectuar bajo los mismos presupuestos de solemnidad en que nació a la vida jurídica señalados en la ley.

El contrato de interventoría es bilateral

En tanto se generan obligaciones mutuas o recíprocas entre la Entidad Estatal contratante y el contratista particular (persona natural o jurídica, singular o plural) que lleve a cabo actividades de interventoría, el contrato de interventoría se clasifica como un contrato bilateral.

El contrato de interventoría puede ser de ejecución instantánea o de tracto sucesivo

El contrato de interventoría es un contrato de ejecución sucesiva cuando el cumplimiento de una o de varias obligaciones contenidas en otro u otros contratos, deban ser ejecutadas de manera sucesiva durante un período de tiempo, mientras que será de ejecución instantánea cuando dichas obligaciones se ejecuten en un solo acto.

En cualquier caso, en uno u otro evento, la interventoría de igual forma podrá llevar a cabo las actividades que le son dadas en razón de sus funciones.

El contrato de interventoría es oneroso

El contrato de interventoría es oneroso ya que tanto la entidad estatal contratante como el interventor contratista obtienen un beneficio de su celebración y ejecución; la entidad se beneficia con el cumplimiento del objeto contratado y el interventor lo hace con la remuneración que recibe por el desarrollo o ejecución de tales actividades.

Sobre el contrato de interventoría no procede la estipulación de cláusulas excepcionales

Finalmente se debe anotar que, para el contrato de interventoría y al ser una especie del contrato de consultoría, no le son aplicables las cláusulas excepcionales por cuanto, como ha sido analizado en sentencia del Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, 30832, 2006), la consultoría se encuentra dentro de aquellos contratos en los cuales no hay autorización legal, no hay prohibición explícita, ni se abre la posibilidad de su inclusión; razón por la cual, vía acuerdos de voluntad no se pueden estipular este tipo de cláusulas para los contratos de interventoría.

En consecuencia y como se puede evidenciar, las características enlistadas previamente encuentran su origen en la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, es poco lo que sobre dichas características se estipula en la ley, razón por la cual es posible concluir que la interventoría carece de caracterización legal en Colombia, en tanto sus características y naturaleza no parten de la ley sino de otras fuentes de derecho que en principio no son vinculantes y, por lo tanto, no son generalizadas entre quienes conviven con la institución de la interventoría en Colombia, generando con ello confusión en el uso adecuado de la figura pues desde las entidades estatales

contratantes se asignan funciones e incorporan obligaciones en este tipo de contratos, que no son propias de la figura.

A pesar de lo anterior, las citadas características no se enlistan solamente con el propósito de reprochar el cuestionable desarrollo jurídico de la interventoría en Colombia, sino que ello tiene como fin compilar y reunir algunos de sus elementos desarrollados en la doctrina y la jurisprudencia, particularmente teniendo en cuenta lo conceptuado por José Eurípides Parra (2002) y por Javier Gustavo Rincón (2016) en sus obras, con el propósito de establecer una definición que dé cuenta de la verdadera naturaleza jurídica de la interventoría, acorde con el ordenamiento jurídico colombiano, 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. (Parra & Rincón, 2002-2016)

Como se puede observar, una definición extraída de las características principales que componen a la figura de la interventoría en Colombia, varía en algunos aspectos de la definición legal planteada actualmente, situación que en últimas puede repercutir en un mejor entendimiento de la misma por parte del actor estatal que la aplique, evitando, como sucede hoy en día, erróneas interpretaciones respecto del significado y el alcance de las actividades que son y pueden ser llevadas a cabo por parte de un interventor; lo anterior, se insiste, debido a la falta de conocimiento de la esencia, la estructura y las características principales de la interventoría, es decir, por la indefinición de la naturaleza jurídica de dicha institución en nuestro ordenamiento jurídico.

MARÍA PAULA GÓMEZ ORTIZ

Abogada consultora. Coordinadora de Asuntos Legales
C & M Consultores S.A.S. Especialista en Derecho Administrativo.
Candidata a Magíster en Derecho Administrativo. Colegio Mayor
Nuestra Señora del Rosario.



EL CONTRATO DE INTERVENTORÍA

Este capítulo tiene como finalidad dar claridad sobre la definición de lo que se conoce como contrato de interventoría, el alcance del prescrito según el rol determinado por el ordenamiento jurídico colombiano, entendiendo este no solo como aquella norma de carácter imperativo perteneciente al *hard law*. Por el contrario, refiere a aquellos postulados que, por su naturaleza, aun cuando no son de obligatorio cumplimiento, si pertenecen a la estructura normativa nacional bajo las características de *soft law*, entendiéndose estas últimas como las guías de Colombia Compra Eficiente que dan lineamientos básicos sobre la figura objeto de estudio.

¿Qué es la interventoría?

La figura de interventoría ha estado presente en el ordenamiento colombiano desde hace varios años. No obstante, solo hasta la expedición de la Ley 1474 de 2011 se precisó su definición, alcance y funciones, con anterioridad a la emisión de la mencionada norma, existían algunas confusiones tales como la diferencia entre esta figura y la de

supervisión, de allí que para iniciar nuestro estudio sea necesario acudir al postulado señalado con el fin de esclarecer cuál es el escenario jurídico actual de la institución en mención.

El artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 dispone:

Supervisión e interventoría contractual

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.

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. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

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 regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual, en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

El contrato de interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.

Parágrafo 1o. En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere

la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.

Parágrafo 2o. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. (Subrayado y negrilla fuera de texto) (Congreso de la Republica, 2011) (Negrita y subraya fuera del texto original)

De la norma antepuesta se destacan 3 elementos importantes:

- La interventoría es ejercida por un sujeto externo a la entidad, bien sea una persona natural o una jurídica.
- La interventoría consiste en el seguimiento técnico a un contrato, seguimiento que se puede extender a los componentes administrativo, financiero, contable, jurídico del objeto.
- La supervisión y la interventoría no son concurrentes. No obstante, la entidad puede reservarse funciones de seguimiento y verificación sobre el contrato objeto de verificación, lo que implica necesariamente que, si se quiere tener supervisión e interventoría en un mismo contrato deben estar plenamente definidas las funciones de cada uno.

En este punto es importante hacer un desarrollo más profundo de los primeros postulados indicados.

¿Quién ejerce las funciones de interventoría?

Las personas naturales o jurídicas que ejercen labores de interventoría, son entes externos a la entidad contratante, tal como lo describe el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, esto lo hacen durante un tiempo determinado, el cual está atado al plazo de su contrato, dicho término se les atribuyen funciones públicas, de allí que resulte claro que

quienes desarrollan este tipo de funciones deban constreñirse a lo que estrictamente les permite la ley y en el contrato, sin exlralimitarse, ni salirse de aquellas disposiciones. Sobre el particular la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

“...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.

Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública. (Subrayado y negrita fuera del texto original) (Corte Constitucional, 2003)

En este entendido, las interventorías están sometidas en lo pertinente a lo determinado en el artículo 111 de la Ley 489 de 1998 el cual señala:

Requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a particulares. Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación: (...)

a. Las funciones específicas que encomendará a los particulares” (Congreso de la Republica, 1998)

Al respecto, la Corte Constitucional precisó el artículo precedente en los siguientes términos:

... la atribución de funciones administrativas a particulares **debe hacerse delimitando expresamente la función atribuida, acudiendo para ello a criterios materiales, espaciales, temporales,** circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de acción de los particulares, en forma tal que la atribución no llegue a devenir en una invasión o usurpación de funciones no concedidas, a un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad atribuyente o a la privatización indirecta del patrimonio público. Por ello resulta particularmente importante que las funciones que se encomendarán a los particulares sean específicamente determinadas, como perentoriamente lo prescribe el literal a) del artículo 111 acusado, el cual se aviene a la Carta si es interpretado conforme a las anteriores precisiones.” (Subrayado y negrilla fuera de texto) (Corte Constitucional, 1999)

Del aparte precitado se desprende con claridad que, la interventoría tiene un límite temporal el cual determina el inicio y la finalización de su competencia para ejecutar las actividades que le son encomendadas, en tal sentido el desarrollo de sus deberes de verificación y seguimiento se realizan hacia futuro y finalizan con la expiración del plazo contractual.

De lo anterior, es importante señalar que las funciones de la interventoría se enmarcan dentro un período determinado y que una vez finalizado el contrato de las mismas, estas no se extienden, ni de manera transitoria, ni de manera indefinida en el tiempo, a menos que exista un otrosí que amplié

el plazo que atribuye dichas las funciones a quien las ejerce. Esta es una de las grandes confusiones que tienen las entidades públicas hoy en día, pues aun cuando finaliza el plazo de ejecución de los negocios jurídicos de interventoría estas siguen requiriendo a quien ejerció estas funciones. En ocasiones la administración requiere aclaración de sucesos que acaecieron en la ejecución y sobre los cuales la administración aparentemente no tiene lucidez. Otras veces y siendo esto aún más grave, solicitan aprobación de productos entregados por el contratista objeto de verificación, informes extemporáneos, entre otros, aun cuando de acuerdo con la norma citada líneas arriba ya no es competencia de la interventoría.

El artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, establece que en principio el seguimiento y verificación que hace la interventoría se circunscribe al componente técnico de los contratos, por el conocimiento especializado de quien ejerce estas funciones. No obstante, la norma es clara en abrir la posibilidad a que se amplíe el objeto de la interventoría a los factores administrativos, financieros, contables y jurídicos. Frente a lo anterior puede deducirse que para que se entienda que la interventoría incluye estos últimos componentes, los mismos deben estar expresamente señalados en el objeto del contrato. En este punto, y como bien se explicó en el acápite anterior, quien ejerce funciones de interventoría debe atender de manera estricta lo determinado en el contrato y en la ley.

Al respecto es de señalar las obligaciones legales que recaen en cabeza de un interventor, sobre este particular la Ley 1474 en su artículo 84 señala:

...Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los 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, o cuando tal incumplimiento se presente.

Parágrafo 1o. No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los 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, o cuando se presente el incumplimiento. (Congreso de la Republica, 2011)



Interventoría al mejoramiento de la sede de la Embajada de Emiratos Arabes en Bogotá.

De la norma señalada puede afirmarse que las funciones legales que le son atribuidas al interventor son las de informar a la entidad contratante de los posibles incumplimientos, retrasos o falencias que presente el contratista objeto de verificación durante la ejecución de su contrato, para que entre otras, la entidad pública inicie el procedimiento administrativo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y defina la subsanación, existencia de algún eximente de responsabilidad, o proceda a sancionar.

Una segunda obligación legal de la interventoría, que se deduce de la norma objeto de estudio, es la de comunicarle a la administración los posibles actos de corrupción que puedan presentarse en el marco de la ejecución de contrato objeto de verificación. Es muy importante señalar a quién le corresponde iniciar las acciones legales que pudieran tener lugar es a la entidad pública y no al ente interventor.

La tercera obligación que puede deducirse es la de exigir los bienes, servicios o productos del contrato objeto de verificación en condiciones de calidad, para ello el interventor está facultado para requerir informes, aclaraciones o cualquier tipo de información que se relacione con el negocio jurídico intervenido. Adicional a las funciones descritas anteriormente, pero solo a modo de recomendación, Colombia Compra Eficiente ha señalado, en la Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los Contratos Estatales (2015, que los interventores deben cumplir las siguientes funciones generales:

- Apoyar el logro de los objetivos contractuales.
- Velar por el cumplimiento del contrato en términos de plazos, calidades, cantidades y adecuada ejecución de los recursos del contrato.
- Mantener en contacto a las partes del contrato.

- Evitar la generación de controversias y propender por su rápida solución.

- Solicitar informes, llevar a cabo reuniones, integrar comités y desarrollar otras herramientas encaminadas a verificar la adecuada ejecución del contrato.

- Llevar a cabo las labores de monitoreo y control de riesgos que se le asignen, en coordinación con el área responsable de cada riesgo incluido en el mapa correspondiente, así como la identificación y tratamiento de los riesgos que puedan surgir durante las diversas etapas del contrato.

- Aprobar o rechazar por escrito, de forma oportuna y motivada la entrega de los bienes o servicios, cuando éstos no se ajustan a lo requerido en el contrato, especificaciones técnicas, condiciones y/o calidades acordadas.

- Suscribir las actas que se generen durante la ejecución del contrato para dejar documentadas diversas situaciones y entre las que se encuentran: actas de actas parciales de avance, actas parciales de recibo y actas de recibo final.

- 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; así como entregar los soportes necesarios para que la Entidad Estatal desarrolle las actividades correspondientes.

- Informar a la Entidad Estatal cuando se presente incumplimiento contractual; así como entregar los soportes necesarios para que la Entidad Estatal desarrolle las actividades correspondientes. (Colombia Compra Eficiente, 2015)

De la guía de Colombia Compra Eficiente puede deducirse que lo que hace la mencionada entidad es darles alcance a los artículos 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011, definiendo en qué consiste esa labor general de seguimiento, y en ese sentido qué debe hacer la interventoría para lograr dicho cometido.

Igualmente, Colombia Compra Eficiente en la Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los Contratos Estatales (2015), define las funciones generales que debe cumplir un interventor en lo relacionado con el seguimiento de los componentes técnicos, administrativos y financieros de los contratos objeto de verificación al respecto señaló:

Vigilancia administrativa

- Velar porque exista un expediente del contrato que esté completo, actualizado y que cumpla las normas en materia de archivo.

- **Coordinar las instancias internas de la Entidad Estatal relacionadas con la celebración, ejecución y liquidación del contrato. Por ejemplo: (celebración) pólizas, impuestos, y documentos para la celebración del contrato, etc.**

- Entregar los informes que estén previstos y los que soliciten los organismos de control.

- **Garantizar la publicación de los documentos del contrato, de acuerdo con la ley.**

- Llevar a cabo las labores de monitoreo y control de riesgos que se le asignen, en coordinación con el área responsable de cada riesgo incluido en el mapa correspondiente, así como la identificación y tratamiento de los riesgos que puedan surgir durante las diversas etapas del contrato.

- Aprobar o rechazar por escrito, de forma oportuna y motivada la entrega de los bienes o servicios, cuando éstos no se ajustan a lo requerido en el contrato, especificaciones técnicas, condiciones y/o calidades acordadas.

- Suscribir las actas que se generen durante la ejecución del contrato para dejar documentadas diversas situaciones y entre las que se encuentran: actas de actas parciales de avance, actas parciales de recibo y actas de recibo final.

- 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; así como entregar los soportes necesarios para que la Entidad Estatal desarrolle las actividades correspondientes.

- Informar a la Entidad Estatal cuando se presente incumplimiento contractual; así como entregar los soportes necesarios para que la Entidad Estatal desarrolle las actividades correspondientes

Vigilancia técnica

- Verificar y aprobar la existencia de las condiciones técnicas para iniciar la ejecución del contrato (por ejemplo, planos, diseños, licencias, autorizaciones, estudios, cálculos, especificaciones, etc.).

- Verificar que el contratista suministre y mantenga el personal o equipo ofrecido, con las condiciones e idoneidad pactadas inicialmente y exigir su reemplazo en condiciones equivalentes cuando fuere necesario.

- **Estudiar y decidir los requerimientos de carácter técnico que no impliquen modificaciones o sobrecostos al contrato. Justificar y solicitar a la Entidad Estatal las modificaciones o ajustes que requiera el contrato.**

- Solicitar que la Entidad Estatal haga efectivas las garantías del contrato, cuando haya lugar a ello, y suministrarle la justificación y documentación correspondientes.

Vigilancia financiera y contable

- Revisar los documentos necesarios para efectuar los pagos al contrato, incluyendo el recibo a satisfacción de los bienes o servicios objeto del mismo.

- Documentar los pagos y ajustes que se hagan al contrato y controlar el balance presupuestal del contrato para efecto de pagos y de liquidación del mismo.

- Verificar la entrega de los anticipos pactados al contratista, y la adecuada amortización del mismo, en los términos de la ley y del contrato.

- Verificar que las actividades adicionales que impliquen aumento del valor o modificación del objeto del contrato cuenten con autorización y se encuentren

justificados técnica, presupuestal y jurídicamente. (Subrayado y negrita fuera del texto original) (Colombia Compra Eficiente, 2015)

Es de resaltar que los lineamientos expuestos que fueron emitidos por Colombia Compra Eficiente, en principio no son vinculantes, aun cuando frente a esta posición existe una discusión profunda, la cual no es objeto de este análisis. En mi concepto, constituyen postulados generales que pueden o no ser acogidos por las entidades públicas y que para endilgarles algún tipo de imperatividad es necesario que, contengan las formalidades exigidas para la expedición de los actos administrativos. Al respecto es de mencionar lo señalado en la página de la mencionada entidad:

El Decreto – Ley 4170 de 2011 establece dentro de las funciones de Colombia Compra Eficiente desarrollar mecanismos de apoyo a los oferentes que les permitan una mayor y mejor participación en los Procesos de Contratación de las Entidades Estatales. (Numeral 9 del artículo 3 del Decreto – Ley 4170 de 2011) Por su parte, el Decreto 1082 de 2015 señala que Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o, sea solicitado por los partícipes de la contratación pública.



Supervisión integral de la prestación del servicio de la Línea 1 del metro del Sistema Eléctrico de Transporte masivo de Lima y Callao- Perú.

(Artículo 2.2.1.2.5.2., del Decreto 1082 de 2015) De acuerdo con lo anterior, son obligatorios los lineamientos, manuales y guías, siempre que se adopten mediante Circular o cualquier otro acto administrativo vinculante para todas las Entidades Estatales. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Radicación N° 3001-05 del 08 de febrero de 2007, C.P. Alberto Arango Mantilla). De no expedirse por acto administrativo alguno, dichos documentos son solo referentes y guías tanto para las Entidades Estatales como para los particulares. (...) (Colombia Compra eficiente, 2017)

Al respecto, los apartes de la guía de Colombia Compra Eficiente que se subrayaron y se vuelven a citar a continuación, podrían llegar a romper con las funciones que a la luz de la ley le corresponden al interventor.

Coordinar las instancias internas de la Entidad Estatal relacionadas con la celebración, ejecución y liquidación del contrato. Por ejemplo: (celebración) pólizas, impuestos, y documentos para la celebración del contrato, etc. (...)

Estudiar y decidir los requerimientos de carácter técnico que no impliquen modificaciones o sobrecostos al contrato. Justificar y solicitar a la Entidad Estatal las modificaciones o ajustes que requiera el contrato.

(Colombia Compra Eficiente, 2015)

El interventor como se explicó previamente es un ente externo a la entidad, y no tiene por qué entrometerse en los procedimientos propios de esta, en tal sentido resulta desproporcionado que entre las funciones de los interventores se encuentre la de: coordinar las instancias internas de la Entidad Estatal. Al respecto, si bien es cierto al interventor le corresponde apoyar a la entidad contratante en cuestiones asociadas al negocio

intervenido, tales como la liquidación u otros aspectos que surjan en la ejecución, lo cierto es que los conceptos que emite se relacionan con la viabilidad o procedencia de las acciones a tomar, consideraciones que pueden ser o no acogido por la administración. Resulta claro, que no está entre las funciones del interventor, inmiscuirse en el funcionamiento de la entidad llevando a cabo acciones tales como coordinar instancias internas de esta.

De otra parte, con referencia al postulado emitido por Colombia Compra eficiente referente a: Estudiar y decidir los requerimientos de carácter técnico, es de resaltar que el interventor debe emitir conceptos sobre los temas a los que les hace verificación, pero no decidir sobre los mismos, como bien lo expresa la ley, el interventor hace seguimiento a las obligaciones contractuales. No obstante, a quienes les corresponde decidir sobre la procedencia de un requerimiento que puede afectar las condiciones de ejecución del negocio intervenido es a la entidad contratante y no a un tercero que no hace parte de ese contrato, definir este tipo de solicitudes desborda la función esencial del interventor la cual se circunscribe a validar las obligaciones del contratista.

En este punto es importante resaltar que el contrato de consultoría, es diferente al contrato de prestación de servicios, puesto que uno de los elementos que diferencia uno y otro, se relaciona principalmente con que en la consultoría no se desarrollan actividades propias de la entidad sino externas a ella. En este sentido es procedente citar el siguiente aparte jurisprudencial:

Los contratos de consultoría se pueden celebrar con personas naturales o jurídicas, mientras que los contratos de prestación de servicios sólo pueden celebrarse con personas naturales. **El objeto de los contratos de consultoría no está relacionado directamente con las actividades de la entidad que los requiere, o con su funcionamiento, a través de ellos la administración**

contrata servicios especializados de asesoría, interventoría, gerencia de obra o de proyectos, o la elaboración de estudios y diagnósticos, que no siempre coinciden en su contenido con la órbita de las actividades propias de la entidad contratante; para ello recurre a personas naturales o jurídicas especializadas en una determinada materia, las cuales ofrecen conocimientos y experiencia en una específica área o actividad; mientras en los contratos de prestación de servicios sucede lo contrario, en ellos el contratista, persona natural, pone a disposición de la entidad contratante su capacidad de trabajo para asumir funciones o tareas relacionadas con aquella, que por alguna razón no puede realizar el personal de planta (Corte Constitucional, 1997)

De lo anterior, resulta claro que los postulados enunciados por Colombia Compra Eficiente desbordan los lineamientos de los contratos de consultoría, que como bien lo menciona la Corte, deben referirse a funciones externas a la entidad, en contraposición con el objeto de los contratos de prestación de servicios que pretenden satisfacer necesidades propias de la administración. Ahora bien, hasta acá hemos enunciado cuales son las obligaciones del ente consultor, por lo que en este punto es importante mencionar que no debe hacer la interventoría.

Sobre el particular se encuentra que, esta no está facultada para realizar una interpretación o modificación contractual, ni decidir sobre aspectos que le corresponde a la entidad contratante. Al respecto el Consejo de Estado ha señalado:

Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica **el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.**

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los 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, o cuando tal incumplimiento se presente. (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2016)

Al respecto, el interventor no puede hacer pronunciamientos que sobrepasen lo establecido en el contrato objeto de verificación ni en la ley, pues dicha función, le corresponde a los suscribientes del negocio jurídico.

En los contratos estatales como el que es objeto de la presente controversia, las decisiones que comprometen 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 (Consejo de Estado, 2013)

De lo anterior se deduce que, las partes son las únicas llamadas a establecer cualquier acuerdo que verse sobre las disposiciones contractuales, y que la administración como director del contrato le compete determinar si las solicitudes de los contratistas son o no aplicables. Sobre el particular, cabe aclarar que la interventoría puede determinar la viabilidad o no de las mismas, pero no está facultada para tomar decisiones que comprometan un cambio sustancial o formal en el negocio jurídico. Es importante mencionar, que en el marco de contrato de interventoría se forman tres relaciones jurídicas diferentes:

1. Administración y el contratista (relación contractual).
2. Interventoría y la administración (relación contractual).
3. Interventoría y el contratista (relación de seguimiento y verificación).

Así, se encuentra que la interventoría es un ente externo a la administración, que le hace verificación a un contrato estatal del que no es parte, pero sobre el cual corresponde conceptuar por su experticia técnica. Sin embargo, deben siempre separarse las funciones de seguimiento con aquellas que involucran toma de decisiones sobre el negocio jurídico inspeccionado, puesto que esto es una competencia exclusiva de la entidad contratante.

Conclusiones

La interventoría es una figura jurídica determinada en la Ley 1474 de 2011. Al respecto, aun cuando este postulado normativo establece claramente que esta consiste en el seguimiento al cumplimiento de un negocio jurídico de carácter público, el cual tiene un límite temporal determinado por el plazo

de contrato, muchas veces las entidades públicas buscan no solo extender la competencia temporal de la interventoría, sino también a entregar funciones propias a estos entes consultores.

De otro lado, podría concluirse que del lenguaje de la Ley 1474 de 2011 se deduce que el seguimiento que realiza la interventoría es al contrato estatal. No obstante, de la lectura de la jurisprudencia y de las dificultades que se presentan en el ejercicio de las funciones de interventoría y que han sido expuestas en este documento, se encuentra que la verificación que hace el interventor se circunscribe al contratista y a sus obligaciones dejando de lado los deberes de la administración, lo que en parte puede ser generado debido a que el ente interventor es contratado por la entidad pública que efectúa la obra o la actividad objeto de verificación y no por un tercero ajeno a ambas relaciones jurídicas.

J O H A N A F A R F Á N M E J Í A

Abogada consultora. Coordinadora de Asuntos Legales
C & M Consultores S.A.S. Especialista en Derecho Administrativo y
Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.



R E S P O N S A B I L I D A D D E L I N T E R V E N T O R E N L O S C O N T R A T O S E S T A T A L E S

El interventor, en el ejercicio de sus obligaciones contractuales y legales, se enfrenta a cuatro escenarios de posible responsabilidad, según lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, modificado tanto por la Ley 1474 de 2011 como por la Ley 1882 de 2018:

Artículo 53º.- 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 la 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. (Negrita

y subrayado fuera del texto original)
(Congreso de la República, 1993)

La tipología de responsabilidad atribuida al interventor hoy, ha sido objeto de cambios o adiciones, producto de la inserción de nuevas funciones como el seguimiento en lo administrativo, financiero, contable y jurídico del contrato, lo cual dista de la labor eminentemente técnica que inicialmente fue asignada por los Decretos 156 de 1976 y 222 de 1983, en los cuales, la interventoría tenía a su cargo un seguimiento técnico a la ejecución de los contratos estatales y del cumplimiento de los aspectos especializados del objeto contractual¹⁶. Lo relevante del tema es que, en principio, los interventores únicamente respondían civil y penalmente, actividad que podía realizar un funcionario de la entidad. En el caso de personas naturales o jurídicas la habilidad buscada era la especialidad y experiencia en la materia, es decir que estuviese calificada. Estas normas fueron derogadas por la Ley 80 de 1993.

Siguiendo con el análisis del artículo 53 de la Ley 80 de 1993, este ha dispuesto como obligación taxativa el deber de reportar actos de corrupción a la entidad contratante, de los cuales, difícilmente el interventor tendría conocimiento, ya que, como ocurre en la realidad contractual, los actos de corrupción podrían darse desde la concepción misma de un proceso de selección (etapa precontractual) en la cual no participa la interventoría, ya que ésta es seleccionada paralelamente al contrato objeto de la misma o incluso posteriormente. Según esto, quien se encargaría de velar por el cumplimiento de este deber, sería la entidad misma, a quien se debe reportar tal situación, o en otro escenario, verse incurso en una investigación penal con ocasión de algunos delitos que apuntan a sancionar actos de corrupción.

Esta última Ley 1882 de 2018, designa al interventor un rol controversial, ya que, no

solo arroga la obligación de propender por el cumplimiento de los aspectos técnicos del objeto contractual, si no, además, convierte a la interventoría en una figura fiscalizadora del contrato estatal, incluyéndola en una etapa de liquidación del contrato objeto de interventoría, el cual dependerá en todo caso de las condiciones u obligaciones adquiridas en el marco del contrato de interventoría. A continuación, se presenta un análisis de los aspectos que comprometen cada uno de los tipos de responsabilidad, dentro de los cuales podría ser sujeto de sanción la interventoría o sus representantes, según sus funciones legales y contractuales.

Responsabilidad civil

Fuente de la responsabilidad

La responsabilidad civil hace referencia a la obligación que surge para una persona de reparar el daño que ha causado a otro, esta reparación mediante el pago de una indemnización de perjuicios. Para el caso que nos ocupa, la interventoría podría ser sujeto de responsabilidad civil por dos eventos: el primero, por perjuicios ocasionados a la entidad con ocasión de la ejecución de su propio contrato y el segundo, por perjuicios ocasionados a la entidad con ocasión de la ejecución del contrato objeto de interventoría. Lo cual significa que es sujeto de una responsabilidad civil contractual, y no extracontractual el cual conlleva otros elementos que no están ligados por un nexo contractual legal. El Estatuto de Contratación establece en su artículo 26, principio de responsabilidad, numeral 2, que “los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.” (Congreso de la República, 1993). Es así como, el interventor que no haya informado oportunamente a la entidad estatal del posible incumplimiento parcial o total de alguna de las obligaciones a cargo del contratista del

16) En este capítulo no se analizarán dichas normas, los cuales han sido analizados a lo largo de este libro.

contrato vigilado o principal, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento. (Congreso de la República, 2011)

Para el autor colombiano Gilberto Martínez Rave, la responsabilidad contractual es aquella que “nace para una persona que ocasiona un daño por el incumplimiento, demora o desconocimiento de determinadas obligaciones, adquiridas a través de un contrato o convención.” (Rave G. M., 1988)

Para atribuir esta responsabilidad, el contratista interventor es considerado por la ley como particular que ejerce funciones públicas en lo que tiene que ver con la celebración, ejecución y liquidación de los contratos suscritos por las entidades estatales.

Existen dos teorías respecto de la responsabilidad civil; de un lado la responsabilidad subjetiva y de otro la responsabilidad objetiva. Esto es bastante discutido y utilizado para defender los intereses de la entidad a la que le atribuyen ser responsable, civilmente o por perjuicios ocasionados. Por un lado, la responsabilidad subjetiva será aquella que se fija en la conducta del sujeto que causa el daño, es decir, no basta solo que se cause el daño, sino que se debe comprobar un devenir doloso o culposo del autor. Es decir, estamos frente a la teoría clásica de culpa; daño, actuar doloso o culposo y causalidad entre estos dos.

Por el contrario, la responsabilidad que se predica objetiva es aquella que solo basta con la ocurrencia del daño para atribuirse. Vale decir, no importa si éste es cometido con dolo o con culpa, de esto no depende la indemnización o el resarcimiento del daño, lo que es lo mismo, se prescinde de la conducta del sujeto.

Medios para hacer efectiva la responsabilidad civil del interventor.

La comprobación de la responsabilidad civil debe darse en el marco de un proceso como mecanismo que demostrará si existió un perjuicio y si la interventoría actuó dolosa o gravemente culposa. En el ordenamiento jurídico colombiano, corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo hacer efectiva la responsabilidad civil de interventor, por el ejercicio de función administrativa que este realiza y por hacer parte de una relación jurídica enmarcada dentro de un contrato estatal. Así lo determina la Ley 80 de 1993 al afirmar que: “Del Juez Competente. 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 administrativo” (Congreso de la República, 1993, art 75).

Para determinar esta responsabilidad se debe recurrir a los medios de control que consagra la Ley 1437 de 2011 y que a continuación se mencionan, no obstante, como parte esencial de la defensa de las interventorías está el hecho de que las obligaciones del interventor son de medio y no de resultado. Por ello debe comprobarse una actuación dolosa o gravemente culposa de parte de la interventoría en el presunto perjuicio ocasionado a la entidad, complementado con lo arriba señalado. A pesar de las facultades que la ley entrega a la jurisdicción contenciosa administrativa, existe un medio de imposición de sanciones y de atribución de responsabilidad civil, este es el procedimiento sancionatorio como potestad de la administración pública, consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, mediante el cual, la entidad puede declarar un incumplimiento y requerir la ejecución de la póliza que ampara este hecho, con la finalidad de resarcir un perjuicio en el caso de la cláusula penal que disponga el contrato. Pero para el caso del resarcimiento de perjuicios, la entidad podrá con esta facultad declarar el incumplimiento y cuantificar el perjuicio. Dicho acto, por tratarse

de una decisión de la administración, tiene un control jurisdiccional y será aquella instancia la que decida su legalidad. A continuación, los medios de control dentro de los cuales podrían involucrarse a la interventoría de forma directa, vinculación al proceso o llamamiento en garantía.

Reparación directa

Este medio de control está consagrado en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

Artículo 140. Reparación directa. 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.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea 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. (Ley 1437, 2011)

La Corte Constitucional se pronunció a favor de la exequibilidad de este artículo, permitiendo que no se presente esta acción solo frente a los

daños causados por las entidades estatales, sino también por sus funcionarios y los particulares en ejercicio de función pública. (C-644 de 2011). El contencioso administrativo ofrece la reparación directa como el medio de control por excelencia para hacer efectiva la responsabilidad de los agentes del Estado. Vale la pena recordar que el interventor responde como particular que ejerce función pública, según lo dispuesto por el artículo 53 de la Ley 80 de 1993.

De igual manera, es menester mencionar que la academia ha trabajado en aras de este determinado, por lo que es importante mostrar como el académico Santofimio Gamboa (2004), definió este medio de control:

Es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada o afectada (...) podrá solicitar directamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que se repare el daño causado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan, esto es, sin reclamación previa a la administración o mediando petición de nulidad, como en el caso de la acción de restablecimiento del derecho. Se trata de una típica acción tendiente a indemnizar a las personas con ocasión de la responsabilidad extracontractual en que pudo incurrir el Estado, en razón de las actividades anteriormente indicadas, que excluyen de entrada el acto administrativo. (2004)

Acción contractual

Este es el medio de control para la resolución de controversias contractuales, regulado por el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, que les permite a las partes de un contrato estatal solicitar la declaración de incumplimiento de este, pero además como pretensión también se puede solicitar la indemnización de perjuicios. Dispone el legislador en este sentido:

Controversias contractuales. 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. (Subrayado fuera del texto original) (Ley 1437, 2011)

Acción de repetición y llamamiento en garantía

Cuando se condena a una entidad por la conducta de un funcionario, en nuestro caso por causa de alguna actuación del interventor, la entidad puede repetir contra aquel funcionario si éste actuó de forma dolosa o gravemente culposa. Requisitos estos de la procedencia de acción de repetición. También se contempla la posibilidad de llamar en garantía al interventor en el marco de un proceso de responsabilidad contra la entidad pública respectiva. Ambas figuras están reguladas en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011:

Repetición. 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 conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o exservidor 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 exservidor 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. (Ibíd.)

Responsabilidad Fiscal

Fuente de responsabilidad

La responsabilidad fiscal busca la protección y la garantía del patrimonio del Estado. Este se produce ante el daño causado por la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dinero o bienes públicos. Es imputable si sobre la base del detrimento patrimonial se comprueba dolo o culpa grave.

La Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías; en el artículo 6 determina que: cuándo se causa un daño con incidencia fiscal:

...se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el **menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos**, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una **gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna**, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de

las contralorías. (Negrita fuera del texto original) (Ley 610, 200)

Este daño puede ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

El interventor como gestor fiscal

En ciertos casos los interventores son considerados gestores fiscales, partiendo de la premisa de que de estos puede depender la ejecución del gasto público. Sin embargo, la fuente directa de la responsabilidad fiscal del interventor se deriva de su condición de contratista, que lo lleva a responder solidariamente por el detrimento que sus actuaciones contractuales pueden generar en el patrimonio público. (Rincón Salcedo, 2016)

En pocas palabras, la responsabilidad fiscal del interventor tiene origen en el eventual incumplimiento de sus obligaciones contractuales siempre que genere detrimento patrimonial para el Estado, como se establece en el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011.

Proceso de responsabilidad fiscal

El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por la Contraloría General de la República y las Contralorías territorial (departamentales, municipales y distritales), para determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos, y de los particulares, cuando actúan como gestores fiscales y así lograr el resarcimiento por los daños ocasionados al erario. Tiene un carácter eminentemente patrimonial en la medida que busca recuperar el valor equivalente al detrimento ocasionado al patrimonio de una entidad estatal.

Sobre este proceso vale la pena hacer varias consideraciones encaminadas a profundizar sobre la competencia del ejercicio del control fiscal, sus

características, la imputación que se realiza en el marco del proceso, así como los elementos generales de su trámite.

Competencia para el ejercicio del control fiscal

La competencia para el ejercicio del control fiscal en Colombia tiene origen constitucional, está contenida en los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política¹⁷. Dichos mandatos determinan que esta modalidad de control queda en cabeza de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales (departamentales, distritales y municipales).

El control fiscal se desarrolla en dos momentos “(i) uno que comprende la función de vigilancia de la gestión que realicen de los bienes públicos los servidores y los particulares; y (ii) eventualmente, como resultado de esta labor de vigilancia, el desarrollo de un proceso de responsabilidad fiscal”. (Sentencia C-338, 2014)

Características del proceso de responsabilidad fiscal

El proceso de responsabilidad fiscal como manifestación del control fiscal, dada su naturaleza es un proceso de carácter administrativo. Busca recuperar el valor equivalente al detrimento causado al patrimonio público, lo que le da un carácter resarcitorio, alejado de lo sancionatorio. Dentro de este proceso se deben observar las garantías, tanto sustanciales como adjetivas propias del debido proceso. (Sentencia C-338, 2014)

Imputación en el proceso de responsabilidad fiscal

En el marco del proceso de responsabilidad fiscal, las autoridades competentes en el ejercicio del control fiscal deben analizar unos criterios para proceder con la imputación de responsabilidad, que se origina con etapa previa de investigación. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional debe tener como criterios de imputación el dolo o la culpa grave, el mismo utilizado para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado en la acción de repetición. Así lo manifestó la sentencia C-619 de 2002, al declarar inexecutable el parágrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, “Parágrafo 2°. El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve.” (C-619, 2002). Afirma la Corte en dicha providencia:

Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición. Esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional pues, al fin de cuentas, de lo que se trata es de resarcir el daño causado al Estado. (Sentencia C-619, 2002)

La Ley 610 de 2000, dispuso el grado de culpabilidad para determinar responsables fiscales, en este sentido determinó los eventos de

17) Artículo 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:
5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva

culpa grave, y en lo pertinente a la interventoría, adujo que esta se presume:

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. (Congreso de la República, 2011)

Aun cuando el llamado Estatuto Anticorrupción introdujo el concepto de solidaridad en los procesos de responsabilidad fiscal¹⁸, la Corte en el análisis de exequibilidad de la norma, deja claridad en cuanto

“no implica la creación de un parámetro de imputación distinto al previsto en los artículos mencionados de la ley 610 de 2000, ni al previsto en el artículo 118 de aquel cuerpo normativo, ni a los que la jurisprudencia ha derivado de los contenidos constitucionales aplicables a la materia.” (C-338, 2014)

De conformidad con los artículos 90, 124 y 268 de la Constitución y los criterios jurisprudenciales sobre la materia, la responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, pues para deducirla es necesario determinar que el investigado obró con dolo o con culpa, por lo cual está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, de modo que la misma debe individualizarse y valorarse a partir de la conducta del agente.

Trámite general del proceso de responsabilidad fiscal

El proceso de responsabilidad fiscal se origina con la denuncia o el informe de auditoría, tras los cuales se inicia con la indagación preliminar, encaminada a establecer la certeza de los hechos por los que se dará inicio al proceso, en caso de no lograrse se procede al archivo, si por el contrario se logra establecer certeza, se da apertura formal al proceso de responsabilidad fiscal y la autoridad competente procede a emitir el auto de imputación. Los presuntos responsables tienen 10 días para presentar sus argumentos de defensa, vencido este término de traslado se procede al decreto las pruebas. Una vez se practican las pruebas se profiere fallo con o sin responsabilidad fiscal, contra esta decisión de fondo procede el recurso de apelación. El fallo con responsabilidad fiscal constituye un título ejecutivo y debe incluirse en el Boletín de Responsabilidades Fiscales para poner fin al proceso¹⁹.

Responsabilidad Penal

Fuente de responsabilidad

La responsabilidad penal es la consecuencia jurídica derivada de la comisión de un delito tipificado por el Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000). En su condición de interventor la persona responde por los delitos contra la administración pública, como se explica más adelante.

El interventor como sujeto activo calificado

El interventor a la luz del derecho penal es considerado un particular que ejerce función pública, de hecho, así lo dicta la misma Ley 80 de 1993, cuando afirma en su artículo 56:

18) Artículo 119. Solidaridad. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.

19) Ley 610 de 2000.

"Artículo 56°. De la Responsabilidad Penal de los Particulares que Intervienen en la Contratación Estatal. 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". (Cursiva fuera del texto original) (Congreso de la República, 1993, art 56)

Es decir, además de lo dispuesto en el artículo 53 del mismo estatuto, se reafirma la responsabilidad penal del cual es sujeto el interventor. La responsabilidad penal del interventor es en esencia personal, no depende del cargo o de la actividad realizada, sino de la comisión de un delito por parte de la persona que ejerce las funciones de interventor, considerada individualmente, que será la llamada a responder por su conducta en el escenario penal. Por supuesto, la persona jurídica no es responsable fiscal.

Tipos penales en los que puede incurrir el interventor

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: 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.

Responsabilidad disciplinaria

El nuevo Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019, cuya entrada en vigor sería 4 meses después de la sanción presidencial según lo dispuso el mismo estatuto, es decir, el 28 de mayo de 2019, fue pospuesta recientemente por el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022, Ley 1955 de fecha 25 de mayo de 2019, que prorrogó este plazo hasta el 1ro de julio de 2021. En todo caso, este Código General Disciplinario será el que guíe los procesos disciplinarios contra los servidores públicos y algunos particulares.

Fuente de responsabilidad

La responsabilidad disciplinaria del interventor surge como consecuencia de aquellas faltas, que para efectos disciplinarios entenderemos como infracciones administrativas que son reguladas y sancionadas por el Código Disciplinario Único y ahora por el Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019).

Noción general de falta disciplinaria

Tanto la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único como el ahora Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019, define aquello que constituye falta disciplinaria, nos referiremos entonces al nuevo estatuto disciplinario, el cual establece:

Artículo 26. La Falta Disciplinaria. Constituye falta disciplinaria y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente la incursión en cualquiera de las conductas previstas en este código que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad

contempladas en esta ley.” (Subrayado fuera del texto original) (Ley 1952, 2019)

Frente a la anterior definición esta nueva norma no agregó nada diferente. Reorganizó, adicionó y complemento los principios que rigen la sanción disciplinaria, modificó la clasificación y los límites de las sanciones. Eliminó los criterios para determinar la gravedad o levedad de las faltas, agregó al régimen especial de los particulares a los notarios, entre otras modificaciones.

Tipos de falta disciplinaria

El nuevo estatuto clasifica las faltas en tres tipos: las faltas gravísimas, las faltas graves y las faltas leves, y establece en su artículo 47 los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, tales como: 1. La naturaleza esencial del servicio, 2. El grado de perturbación del servicio, 3. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución, 4. La transcendencia social de la falta, 5. Las circunstancias en que se cometió la falta, 6. Los motivos en que se cometió la falta. Eliminando de este listado el grado de culpabilidad.

El interventor como sujeto disciplinable

El Código General Disciplinario establece en su artículo 70 quienes serán sujetos disciplinables dentro de su régimen especial, adecuando de forma más clara estos sujetos, así:

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.” (Negrita fuera del texto original) (Código General Disciplinario, art 70)

A pesar de la claridad del artículo, la doctrina ha defendido que al hablar de responsabilidad disciplinaria no es suficiente con que el legislador manifieste expresamente que un particular es sujeto de este tipo de responsabilidad, en la medida que se requiere la existencia de un claro ejercicio de función pública. (Rincón Salcedo, 2016). En el análisis de exequibilidad del anterior artículo dispuesto en este mismo sentido por el Código Disciplinario, este fue declarado exequible bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador.

Sobre este punto la Corte Constitucional concluyó que la interventoría es una de las actividades que materialmente implican ejercicio de función pública, lo que haría al interventor sujeto disciplinable aún en ausencia de disposición legal expresa. (C-037, 2003). Frente a esto, la doctrina concluye que “esta misma jurisprudencia deja en evidencia que en relación con la responsabilidad disciplinaria del interventor el legislador (...) se excedió al establecer que el interventor era responsable de situaciones por las cuales quien debe responder es el contratista”, (Rincón Salcedo, 2016), y llega a esta conclusión apoyándose en pronunciamientos realizados en el mismo sentido por la Procuraduría General de la Nación.

Proceso disciplinario

El Proceso disciplinario, en su generalidad, es la potestad ejercida por la Procuraduría General de la Nación, las Personerías Distritales y Municipales y las Oficinas de Control Disciplinario Interno de las entidades, de acuerdo a su competencia, para investigar y sancionar hechos o circunstancias que conlleven alguna conducta descrita como falta.

Competencia para el ejercicio del control disciplinario

El control disciplinario, está en cabeza, al menos de forma preferente, de la Procuraduría General de la Nación. La Ley 1952 de 2019 establece la competencia de otras autoridades para el ejercicio del poder y la acción disciplinaria:

Artículo 2. Titularidad de la acción disciplinaria y autonomía de la acción. El Estado es el titular de la potestad disciplinaria.

Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades

del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios y empleados judiciales, los particulares y demás autoridades que administran justicia de manera temporal o permanente es la jurisdicción disciplinaria.

La acción disciplinaria es independiente de cualquier otra que pueda surgir de la comisión de la falta.

MARÍA PAULA DIAGO FERRONI

Abogada. Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible, y en Contratación Estatal de la Universidad Externado de Colombia.



LA TEORÍA DE LA SUBSANABILIDAD: ALCANCE Y LIMITACIONES

El contrato estatal, como cualquier otro acto jurídico, es en esencia la manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, ya que goza de los mismos requisitos mínimos de existencia, validez y eficacia del acto jurídico establecidos por el derecho común para los contratos celebrados entre particulares. Bajo esta perspectiva y rompiendo con el modelo riguroso administrativista de los Decretos Leyes 150 de 1976 y 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 concibió el contrato celebrado por las entidades estatales como un acuerdo libre de voluntades regido por las disposiciones civiles y comerciales, salvo determinadas materias reguladas por el derecho público y, en particular, por el Estatuto General de la Contratación Pública, en los términos del artículo 13 de la citada ley.

Bajo este supuesto, el acuerdo de voluntades de las partes involucradas se fundamenta en la disposición de sus propios intereses, distinguiéndose del ámbito privado, sin

embargo, en cuanto, en lo que respecta a las entidades estatales como extremo contractual, aquellos se traducen en el interés general que se busca alcanzar a través de la satisfacción de las necesidades colectivas, coadyuvando a esa específica finalidad, el particular que concurre a la celebración del contrato respectivo, cumpliendo en esa medida una función social que deberá trascender su propia satisfacción económica privada (Ley 80, 1993, art 3).

Es precisamente por esa finalidad que persigue el contrato estatal, enmarcada en el interés general, que el proceso de formación del mismo, como excepción al principio de la autonomía de la voluntad, se rige por un procedimiento típicamente administrativo, cuyas etapas preclusivas y perentorias se encuentran estrictamente reguladas en la ley y a las cuales se sujetan indefectiblemente las entidades estatales para la selección de contratistas, so pena de nulidad de la actuación correspondiente y del contrato

derivado de aquella. Así, tal procedimiento se encuentra precedido, impulsado y culminado por verdaderos actos administrativos (por ejemplo la resolución de apertura del procedimiento, el acto de adjudicación y el mismo pliego de condiciones) que, en razón de su naturaleza, se rigen por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo que respecta a los requisitos de validez del acto, su publicidad, los antaño denominados recursos de la vía gubernativa, el silencio administrativo, entre otros asuntos.

No obstante, si bien esos procedimientos administrativos se encuentran regulados en su integridad por la ley y el reglamento, también es cierto que aquellos, desde la filosofía principalística del Estatuto de Contratación, se informan constantemente de los principios propios de la contratación estatal, los de la función administrativa y los generales del derecho, conforme al artículo 23 de la Ley 80.

Es propiamente desde los principios citados, sobre los que se hará mención más adelante, que nace, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la expresión de la *subsannabilidad* de las ofertas, cuyo término fue acogido solamente hasta la Ley 1882 de 2018 pues las leyes anteriores no se referían a él, pero cuya aplicabilidad encuentra fundamento normativo desde la misma Ley 80, como se verá más adelante, siendo tema recurrente hasta la actualidad. Surge entonces el concepto como un elemento excepcional a la reglamentación estricta del procedimiento administrativo de selección, cuyo alcance, si bien ha venido siendo forjado inicialmente por el alto tribunal de lo contencioso administrativo y sus aristas ligeramente definidas por la ley, se sujeta mayormente a la discrecionalidad de la administración en el marco de: (i) el respeto de los principios de la contratación estatal, los principios de la función pública y los constitucionales y (ii) los fines últimos de la contratación estatal, en cuanto su aplicabilidad debe tener como horizonte la satisfacción de la necesidad que inspira la contratación misma.

Planteado este panorama se buscará establecer la teoría de la subsannabilidad, a partir de la ley vigente y de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sin desconocer que existen pronunciamientos importantes en la materia de la Sala de Consulta y Servicio Civil, pero que exceden nuestro ámbito de estudio.

La evolución de la subsannabilidad: desde la Ley 80 de 1993 hasta la Ley 1150 de 2007

Como se señaló anteriormente, el término *subsannar* no fue contemplado por la Ley 80 de 1993 ni por la Ley 1150 de 2007, las cuales hicieron referencia somera al deber de la entidad convocante de solicitar las aclaraciones y explicaciones que estimara necesarias. Esto, a partir del informe de evaluación de las propuestas que publicara aquella y que debía ser puesto en conocimiento de los proponentes para garantizar su derecho a hacer observaciones y contravenir lo dispuesto en el citado documento, como garantía del principio de transparencia. En ejercicio de tal facultad, aquellos no podían completar, modificar, adicionar o mejorar las ofertas [artículo 30 numeral 7, en concordancia con el artículo 24 numeral 2 de la Ley 80]. Más allá de estas normas, no hubo referencia alguna a la subsannación, entendida como la *acción o efecto de subsannar*, es decir, *reparar o remediar un defecto*, en su definición básica y natural traída por el diccionario de la Real Academia Española.

No obstante, la teoría de la subsannabilidad como hoy se conoce se construyó no ya sobre las normas señaladas, sino a partir del inciso segundo del artículo 25, numeral 15 de la Ley 80 de 1993, como manifestación del principio de economía, en los siguientes términos: “*La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos*”. (Ley 80, 1993)

Con base en esa disposición, que fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y transcrita en su literalidad en el párrafo primero del artículo

5 de esta última, de manera casi que unánime la Sección Tercera del Consejo de Estado y las entidades estatales justificaron la necesidad de corregir las propuestas presentadas en el marco del proceso de selección, con el fin de dotarlo de eficacia al permitir que tales propuestas, al cumplir con los requisitos sustanciales del pliego de condiciones [entendida la sustancialidad desde la valoración comparativa de los ofrecimientos] pudieran ser estimadas sin importar los defectos intrascendentes para la comparación en cumplimiento del deber de selección objetiva, con el fin de obtener efectivamente la adjudicación buscada, y por ese camino la satisfacción de la necesidad pretendida con la celebración del respectivo contrato.

Posición esta que fue resumida en la sentencia hito con radicado 25.804 del 26 de febrero de 2014, en la que se manifestó que la Ley 80 de 1993, bajo el principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal (artículo 228 de la Constitución Política), estableció una nueva normatividad, según la cual, las ofertas no pueden desestimarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos triviales y formales, en otras palabras, *no necesarios para la comparación de las ofertas*. Por el contrario, frente a la oferta incompleta, la entidad debe ponderar la evaluación frente a un *concepto jurídico indeterminado*, según el cual, si lo faltante es indispensable para la comparación, deberá rechazarla, de lo contrario deberá permitir su subsanación.

El concepto jurídico indeterminado al que hizo referencia la sentencia, en todo caso fue concretado por el mismo parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150, al puntualizar que son necesarios para la comparación de las propuestas todos aquellos requisitos que inciden en la asignación de puntaje, mientras que los restantes, no necesarios para los propósitos mencionados, podrán ser solicitados por la entidad contratante en el curso del proceso.

Al respecto, es pertinente evidenciar que a la luz de lo establecido por la Ley 80 de 1993, la subsanación de las ofertas se inspira de manera

auténtica en los principios de economía, transparencia, selección objetiva y prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y no responde a una regulación sobre el particular, pues es claro que en ningún momento se refiere a aquella, y sin embargo su aplicación es inmediata, prevista en los pliegos de condiciones de cada proceso de selección. Es importante tener en cuenta que el proyecto de ley 149 de 1992, que dio vida a la Ley 80, no mencionó siquiera la posibilidad de corregir las propuestas, sino que se limitó a establecer la prohibición de rechazarlas por aspectos no necesarios para su comparación. Así lo enfatizó la sentencia con radicado 24.715 del 3 de diciembre de 2007 del máximo tribunal de lo administrativo, en los siguientes términos:

“(…) [L]as disposiciones del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública —original— no establecen la facultad para la administración de solicitar, dentro del proceso de selección, documentos con el fin de subsanar, se reitera, aquellas relacionadas con la futura contratación o con el proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, y por cuya sola omisión o defecto no es viable rechazar un ofrecimiento, rechazo que únicamente procede en tratándose de requisitos o documentos que impiden la evaluación de las ofertas por versar sobre aspectos esenciales, en el entendido de que no todos los preceptos o condiciones de los pliegos ostenta la misma categoría y, por ende, su ausencia no genera los mismos efectos”. (Sentencia 24.715, 2007)

Es solo a partir de la Ley 1150 de 2007 que se incluye por vía legal la posibilidad de aportar documentos o requisitos omitidos en la oferta inicialmente presentada, posibilidad que entendemos se extiende a documentos o requisitos existentes, pero de escasa claridad, con posterioridad a la oportunidad establecida en el cronograma del proceso para su presentación. De esta manera, con la entrada en vigencia de esta ley, el concepto

de subsanabilidad y su alcance encuentra un antes y un después, que ha sido definitivo en la dinámica precontractual: el antes regulado por el inciso segundo del artículo 25 numeral 15 de la Ley 80, que como se explicó anteriormente, clasificó los requisitos en sustanciales y formales para determinar la procedencia del rechazo de las ofertas frente a la carencia de los primeros, desde la óptica de su trascendencia para la comparación de las ofertas, sin entrar a determinar cuáles de tales requisitos se amoldan a una u otra categoría. El después, regulado por el párrafo primero del artículo 5 de la Ley 1150, que acogiendo en un todo la disposición del artículo 25 numeral 15 citado, clasificó los requisitos en puntuables y no puntuables para determinar [los que determinó igualmente desde la comparación de las ofertas], no ya desde la procedencia del rechazo, sino desde la posibilidad de corregir las propuestas que carecieran de los segundos.

Requisitos subsanables y no subsanables

Establecida la distinción entre unos y otros requisitos, cobra relevancia la clasificación de aquellos en habilitantes y puntuables, para efectos de establecer si son susceptibles o no de subsanación. Ya desde el año 2006, la sentencia con radicado 16.041 del 26 de abril, reiterada en sentencias con radicados 17.366 del 11 de noviembre de 2009 y 36.054B del 14 de abril de 2010, se refirió a los requisitos habilitantes como aquellos referentes a la idoneidad del proponente, en cuanto determinan sus condiciones mínimas de participación [que el artículo 5 de la Ley 1150 divide en condiciones jurídicas, técnicas y financieras], y a los requisitos de calificación o evaluación de la propuesta, que se relacionan con la oferta misma y *“su mérito frente al objeto a contratar”* (2010), por lo que son objeto de calificación o puntaje. Por su parte, la sentencia con radicado 21.324 del 12 de junio de 2014 agrega a la anterior clasificación, un tercer tipo de requisitos que denomina formales, en cuanto *“atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal”* (2014), los

que se estiman pertinentes en cuanto permitirán establecer el alcance real de la corrección de la propuesta aun frente a requisitos puntuables, como se verá más adelante.

Establecida entonces la clasificación que gobierna el pliego de condiciones hasta el día de hoy, resulta claro que los requisitos habilitantes son, por regla general, subsanables, los requisitos puntuables no lo son en ninguna circunstancia y los requisitos formales lo son siempre y en cada momento. Más allá de la generalidad de esta manifestación, es importante entender cómo se subsana, qué es susceptible de serlo, las limitaciones de dicha facultad y la oportunidad para ello, para lo cual se hará referencia, entre otras, a las sentencias con radicados 27.896 y 29.855, emanadas por la Sección Tercera el mismo 12 de noviembre de 2014, que plantean el asunto desde dos ópticas diferentes.

La sentencia 27.896 acoge lo expresado en la sentencia 25.804 antes referenciada, en relación con la posibilidad de subsanar todos aquellos requisitos no puntuables, entendiendo que la subsanación se refiere a la ausencia de requisitos o a la falta de documentos no necesarios para la comparación de las ofertas, en los términos del artículo 25 numeral 15 de la Ley 80. A lo que agrega una facultad de los proponentes novedosa, derivada del artículo 30 numeral 7 de la misma ley, que consiste en aclarar o explicar aspectos de las propuestas. Recalca que subsanar y aclarar o explicar, si bien tienen la misma finalidad de encauzar la propuesta en el marco del pliego de condiciones para hacer posible su valoración efectiva, no son lo mismo en cuanto la primera, que solo procede frente a requisitos habilitantes, responde a la carencia absoluta de tales requisitos en la oferta; mientras la segunda solo es útil en cuanto sirve para dar luz a la entidad sobre aspectos dudosos u oscuros, pero en todo caso presentes en la propuesta presentada en la oportunidad procedimental respectiva. Así, comoquiera que la aclaración o la explicación no tiene la virtualidad de modificar el ofrecimiento inicial en cuanto se refiere a aspectos contenidos

en este último, aquella procede no solo frente a requisitos de habilitación, sino incluso frente a requisitos susceptibles de asignación de puntaje.

Por su parte, la sentencia 29.855 redefine el alcance de la subsanabilidad, entendiendo que los requisitos habilitantes per se no pueden ser subsanados, sino solamente la prueba de ellos, en cuanto *“resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe. Lo anterior supone que lo subsanable es aquello que, a pesar de que se tiene, no aparece claramente acreditado en el proceso de selección...”* (Sentencia 29.855, 2014). En otras palabras, esta providencia entiende que la subsanación tiene los efectos que la sentencia anteriormente referenciada atribuye a la aclaración, pero solo procede respecto de los requisitos para la habilitación de las propuestas, siendo imposible que se pueda hablar de ella frente a aspectos inexistentes al momento de proponer.

Para llegar a esta conclusión, se apoya la Sección Tercera en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80, que establece la prohibición explícita de los proponentes de mejorar, completar, adicionar o modificar sus propuestas, especialmente en cuanto es desde la presentación del ofrecimiento que el proponente se obliga irrevocablemente con la entidad convocante, y por lo tanto se empieza a estructurar el proyecto de contrato. Esta posición fue reiterada en la sentencia con radicado 40.660 del 29 de julio de 2015, agregando que, en la regla general, las propuestas deben atenerse en un todo a los requerimientos establecidos en el

pliego de condiciones, que es ley para las partes, por ser este el instrumento por el cual la entidad estatal pone en marcha su aparato contractual para la consecución de los fines últimos de la contratación. En ese sentido, solo por vía de excepción, procede la subsanación con las limitaciones ya establecidas.

Una postura consolidada de la subsanabilidad: subsanación vs aclaración

No obstante las divergencias evidentes entre las sentencias anotadas, se abre la puerta a la consolidación de una teoría sustancial alrededor del tema, que parte de una combinación de ambas posturas y cuyas aristas se describen a continuación:

Considerando que el pliego de condiciones es ley para las partes, lo que el Consejo de Estado en su Sección Tercera (sentencia 18.059 del 30 de noviembre de 2006) ha denominado *la hoja de ruta o el plan de navegación* del proceso de selección, es claro que por regla general los proponentes deberán acogerse a aquel en su integridad, en lo que se refiere al cumplimiento de las exigencias en él contenidas para la confección de los ofrecimientos. Como medida para contrarrestar la arbitrariedad por parte de la Administración, en la determinación de tales exigencias, además de la vigencia de los principios tantas veces señalados, la Ley 80 establece en su artículo 24, numeral 5, una serie de reglas mínimas objetivas orientadas a dotar de transparencia el iter precontractual, atribuyendo



Interventoría integral a los contratos de obras del Aeropuerto Internacional Simón Bolívar de la ciudad de Santa Marta.

a aquella una carga de claridad en cuanto a la obligación de establecer condiciones justas, claras y completas que permitan la selección objetiva, la prohibición de imponer exigencias de imposible cumplimiento, que induzcan a error a los proponentes o que dependan de la sola voluntad de la entidad, exenciones de responsabilidad por la información aportada u ofrecimientos de extensión ilimitada.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 1150 impone límites a la determinación de los requisitos habilitantes del pliego, desde el juicio de proporcionalidad de estos frente a la naturaleza, objeto y cuantía del proceso de contratación, requisitos que en todo caso deben ser el resultado de los estudios y documentos previos adelantados por la entidad con anterioridad a la convocatoria (artículo 8 ibídem). Adicional a lo anterior, el procedimiento prevé etapas para la presentación de observaciones tanto al proyecto de pliego de condiciones como a su versión definitiva, con el fin de que los proponentes manifiesten su desacuerdo o soliciten ajustes de las reglas de participación, las que deberán ser atendidas por la entidad dentro de las oportunidades previstas y contestadas, ya sea de manera positiva o negativa, de manera motivada. Presentada la propuesta, se entenderá la conformidad del proponente con el contenido del pliego y se esperará que aquella se atenga a este último en todos sus apartes. Toda disposición del pliego que contraríe algo de lo anteriormente expuesto, es ineficaz de pleno derecho.

No obstante lo anterior, comoquiera que el mismo pliego puede estar en ocasiones sujeto a interpretación o los proponentes no están exentos de equivocarse, ante el apartamiento de las propuestas a los requerimientos del pliego deben existir mecanismos para encauzarlas de modo tal que puedan ser valoradas, en garantía de la pluralidad de oferentes y de la selección objetiva. Los mecanismos por excelencia son precisamente la subsanación y la aclaración o explicación, cuya aplicación depende esencialmente de la

naturaleza del requisito y de su trascendencia en la evaluación del ofrecimiento.

La subsanación solo procede frente a requisitos habilitantes, pues admitirla ante factores de ponderación distorsionaría la esencia misma del proceso de selección respecto del juicio comparativo de las ofertas. Frente a los requisitos puntuables, en cuanto se relacionan directamente con el objeto a contratar, se estima que deben *“ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, en forma tal que se pueda escoger entre ellos el que resulte más favorable”* (sentencia 16.041, 24 de junio de 2006). Sin embargo, la subsanación, al ser excepcional, no puede ser óbice para modificar, adicionar, completar o mejorar las ofertas en etapa de evaluación, pues más allá de la prohibición legal expresa en este sentido, ello comporta una evidente trasgresión del principio de igualdad de los proponentes, en perjuicio de aquellos que de manera juiciosa y diligente presentaron sus ofertas de conformidad con las reglas de participación. En consecuencia, mal podría decirse que en ejercicio de esta potestad el oferente puede acreditar requisitos absolutamente ausentes en la propuesta inicialmente aportada, dado que la subsanación busca corregir defectos sustanciales [e repite, de lo habilitante] pero en relación con la prueba o evidencia de aspectos ya en ella contenidos o al menos referenciados. Son ejemplos la constancia de ejecución de un contrato de experiencia mínima del proponente, referido en el formato o formulario respectivo y cuya minuta contractual fue aportada en la propuesta; el anexo a la certificación de experiencia de un profesional integrante del equipo de trabajo, donde consten las funciones desarrolladas en el ejercicio de su rol o cargo; la carta de compromiso firmada de un profesional; la carta de presentación de la propuesta y demás formatos cuya información soporte se encuentre acreditada, la firmeza del Registro Único de Proponentes, entre otros. Contrario a lo anterior, no pueden ser consideradas meras subsanaciones los cambios o sustituciones de contratos de experiencia o de profesionales

desestimados por la entidad en la evaluación, por otros que sí cumplen con lo requerido, en cuanto ello se traduce en modificaciones esenciales de los términos de la oferta inicial.

Ahora, resulta pertinente acotar que no todos los requisitos habilitantes son *per se* subsanables, pues la carencia de algunos de ellos, al momento de presentar propuesta, no puede ser enmendada con posterioridad a ese momento por imposibilidad física o por restricción legal, como sucede en los siguientes eventos: (i) el Registro Único de Proponentes en cuanto a su inscripción y no en cuanto al certificado como tal, en tanto tal registro es, en los términos del artículo 2.2.1.1.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015, obligatorio para quienes pretenden contratar con el Estado. Al respecto, la sentencia 30.054B de 2014 se refiere a él como

“(...) un listado previo de potenciales aspirantes que facilite la labor de escogencia de la entidad estatal, toda vez que, esto posibilita tener un conocimiento no solo amplio sino previo de las características de quienes pretenden contratar con la Administración y evita que cada vez que se abre un proceso licitatorio dicho conocimiento deba iniciar de cero. (...) En otros términos, se trata de “un listado de proveedores en el que los potenciales contratistas del Estado se inscriben, clasifican y califican según determinados criterios, generando una aptitud genérica para contratar y reconociendo una idoneidad mínima.” (Sentencia 30.054B, 2014)

Insubsanabilidad que se extiende a la falta de renovación del registro con anterioridad al cierre del proceso, pues esta implica la cesación de efectos del RUP (sentencia 31.278 del 28 de agosto de 2014). (ii) La capacidad jurídica entendida como la aptitud del sujeto de ejercer por sí mismo sus derechos y contraer obligaciones, sumado a la inexistencia de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés para contratar con el Estado,

pues es claro que quien no puede obligarse no puede siquiera presentar oferta. Asunto diferente es la existencia de restricciones del representante legal de la persona jurídica para comprometerla, circunstancia que puede ser saneada mientras la autorización del órgano respectivo sea anterior a la fecha de cierre del proceso o su actuación sea ratificada en el acto (sentencias 36.408 del 26 de enero de 2011 y 20.688 del 8 de febrero de 2012). (iii) Los indicadores financieros y organizacionales, con base en la información de estados financieros a la fecha de corte requerida en el pliego, en cuanto tales indicadores son el resultado de la aplicación de fórmulas preestablecidas a cuentas contenidas en los estados y calculados en el RUP, que es prueba plena de aquellos y por lo mismo no pueden ser modificados. A este respecto, la sentencia 53.793 del 10 de noviembre de 2017 se refiere al rechazo de las ofertas cuya información financiera sea modificada con posterioridad a la entrega de la misma, en cuanto dicha conducta desequilibra la apreciación de los indicadores con los que compiten los oferentes. (iv) La póliza de seriedad de la propuesta, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo que encuentra su razón de ser en el hecho que la citada póliza busca proteger el patrimonio público frente al retiro injustificado de la oferta por parte del proponente, la no suscripción del contrato por el adjudicatario, la no obtención de la garantía de cumplimiento por parte del contratista o la falta de ampliación de la garantía de seriedad en caso de extenderse el plazo del proceso de selección. (v) Todas aquellas circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, también por inclusión que hiciera al respecto la Ley 1882, reviviendo de esta manera lo que ya había sido regulado en este sentido por el derogado Decreto 066 de 2008, y eliminado por el Decreto 1510 de 2013. Esta renacida disposición se encuentra acorde con la imposibilidad de subsanar lo inexistente al momento de ofertar.

Por último, sea importante manifestar que todos aquellos incentivos a la contratación, traducidos en requisitos de la propuesta dirigidos al desempate, como es el caso de la condición de

mipyme y la discapacidad, no pueden ser tampoco subsanados, en cuanto, si bien no son susceptibles de otorgar puntaje, sí permiten la comparación de los ofrecimientos hechos por motivos incluso de bienestar común, en la protección de todas aquellas acciones afirmativas encaminadas a proteger ciertos sectores de la población.

Por su parte, las aclaraciones y explicaciones proceden frente a cualquier requisito de la propuesta, incluso frente a aquellos ponderables, en cuanto no modifican en nada el ofrecimiento hecho ni aportan información nueva que tenga la virtualidad de completarlo y por esa vía, mejorarlo. Considerada esa funcionalidad, es posible afirmar que las aclaraciones y explicaciones recaen no solo sobre aspectos existentes en la propuesta que son confusos u oscuros, sino también sobre aspectos meramente formales omitidos en la propuesta inicial, que, si bien aportan alguna información útil, no se encuentran directamente relacionados con la esencia del requisito sustancial, sino que solamente lo acompañan o “adornan”. Tal es el caso de la información complementaria de los requisitos habilitantes y puntuables, a saber: el NIT, teléfono y dirección del contratante en las certificaciones de experiencia del proponente o del equipo de trabajo; el número de cédula o de la matrícula en la certificación laboral de los profesionales; la constancia de recibo a satisfacción de contratos liquidados. Incluso la misma certificación o constancia de contratos se convierte en una mera formalidad, cuando la totalidad de la información sustancial requerida en el pliego, para evaluar el mérito mismo del requisito, se encuentra contenida en otros documentos aportados en la propuesta. En todos estos eventos, que como se mencionó anteriormente constituyen formalidades llamadas a instrumentar el ofrecimiento, la entidad incluso puede decidir no requerirlos en la evaluación o los proponentes no atender el requerimiento, en cuanto en nada aportan realmente a la valoración, y con ello no solo no trasgreden norma alguna contractual, sino que conservan en toda su extensión el principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal. Lo importante es que

los exijan o no en igualdad de condiciones para todos los proponentes.

La subsanabilidad como derecho-deber

La subsanabilidad es primordialmente un derecho [con las restricciones antes anotadas] del proponente y correlativamente un deber de la entidad, en cuanto le permite a aquel participar de manera efectiva en el proceso de selección, y a esta encauzar propuestas sustancialmente idóneas para la consecución de los fines buscados con la contratación. Esto en cuanto

“(…) la culminación satisfactoria de los procesos de selección impone la vigencia de una especie de principio de la utilidad de la oferta en esta clase de contrataciones. Este principio significa que al interior de un procedimiento de contratación debe preferirse, buscarse, intentarse, que una oferta surta efectos frente al proponente, en lugar de impedir que lo haga, de allí que como regla de conducta administrativa la oferta debe ponerse, o permitirse que se ponga, en condiciones de competir efectivamente, para bien del proponente y de la propia entidad.” (Sentencia 45.607, 24 de octubre de 2016).

Al respecto del derecho-deber de la subsanación, la ley ha mostrado una evolución contundente, acorde con la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia. En efecto, la Ley 80, al referirse a las aclaraciones y explicaciones, lo hizo en los términos de mera posibilidad en cabeza de la entidad estatal de requerirlas, de la misma manera en que la Ley 1150 dispuso que “*todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades...* (Ley 1150, 2007). Fue solo con la modificación del párrafo primero del artículo 5 de la citada ley, introducida por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, que el legislador se puso a tono con lo expuesto por el Consejo de Estado en varias oportunidades (sentencias 25.804 del 26 de febrero de 2014, 27.896 del 12 de noviembre de

2014 y 40.660 del 29 de julio de 2015), en cuanto a que el derecho de subsanar tiene un límite temporal específico no sujeto a la arbitrariedad de los proponentes, que actualmente corresponde al término de traslado del informe de evaluación. Si bien con anterioridad a la expedición de esta norma, el límite era el que estableciera la entidad contratante en el cronograma del proceso, hasta antes de la adjudicación, permanece la intención de dotar de eficacia la regla de preclusividad y perentoriedad de las etapas del proceso (artículo 25 numeral 1 de la Ley 80), incluida esta etapa de subsanaciones. Vencido el término de traslado sin que los proponentes respondan al requerimiento de la entidad, procede el rechazo de los ofrecimientos que no cumplan con los requisitos habilitantes establecidos en el pliego. Los términos para subsanar deben ser respetados por los proponentes y por la entidad estatal, por lo tanto, permitir subsanaciones extemporáneas menoscaba el derecho a la igualdad de aquellos que sí actuaron en el término establecido, y contraría el principio de economía que gobierna el proceso de selección, en la dinámica precontractual.

Sobre este punto es importante realizar las siguientes consideraciones: la ausencia de requisitos o la falta de documentos no necesarios para la comparación de las propuestas, que como fue establecido corresponde a los requisitos de habilitación, sí servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos, siempre que i) por su naturaleza, su omisión o defecto no sea corregible, o en el caso en que sí puedan corregirse, ii) su subsanación haya sido solicitada por la entidad y dicha subsanación no haya sido efectuada en el término dispuesto para el efecto.

Esta precisión resulta necesaria en cuanto recoge una de las diferencias importantes entre requisito habilitante y requisito puntuable, es decir, que la falta definitiva de aquél inexorablemente conlleva al rechazo de la propuesta [y en ese sentido lo establecen todos los pliegos de condiciones actualmente y la Ley 1882 de 2018], mientras que la falta del requisito puntuable solamente puede

acarrear la no asignación del puntaje respectivo ya establecido en las reglas del proceso, que no el rechazo de la oferta, pues se trata de requerimientos adicionales que formula la entidad para la garantía de una mejor eventual ejecución contractual por parte de quien los acredite.

Ahora, el cumplimiento estricto del deber de solicitar subsanaciones es trascendental en la medida en que preserva el derecho del proponente al debido proceso, defensa y contradicción, como lo ha establecido la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia con radicado 24.059 del 14 de marzo de 2013, ratificado en la sentencia 29.555 del 26 de junio de 2015, en los siguientes términos:

“(…)Debe tenerse presente que la aludida decisión administrativa de rechazo o de exclusión de una propuesta, dados los importantes efectos que está llamada a generar, según se deja anotado, sólo podrá adoptarse de manera válida -en respeto a la garantía constitucional del Debido Proceso- después de haberle brindado al proponente afectado, de manera real y efectiva, la oportunidad de desplegar sus derechos de defensa y de contradicción, cuestión que perfectamente puede satisfacerse -sin perjuicio de consultar las particularidades de cada caso concreto- con el traslado que debe darse a todos los proponentes de los informes de evaluación de las propuestas, en cuyo contenido, como es natural, deberán expresarse los fundamentos fácticos y jurídicos que darían lugar al rechazo o exclusión de su propuesta”.

A la vez, el incumplimiento del deber involucra la responsabilidad de la entidad y del funcionario público que, de manera injustificada, se aparte de aquel y proceda de manera automática al rechazo de las propuestas susceptibles de corrección y su consecuente exclusión del procedimiento precontractual, ocasionando con esta conducta un daño antijurídico, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, al lesionar el

legítimo interés del proponente de participar en el proceso y aún más, de ser adjudicatario.

Quedaría preguntarse, ¿qué sucedería en el evento en que la entidad estatal omitiera requerir en subsanación un asunto sustancial subsanable? ¿Se entendería saneado automáticamente el requisito o procedería reabrir un periodo adicional de traslado exclusivamente para que el proponente, en uso del derecho de contradicción, subsane lo debido? Se considera que la segunda opción se acompasa con la garantía del derecho – deber de subsanación y a la vez permite a la entidad enderezar el procedimiento con el fin de obtener el fin último de la contratación.

La discrecionalidad administrativa y la subsanabilidad

Aun cuando la ley y la jurisprudencia han forjado la teoría de la subsanabilidad en la búsqueda de minimizar el riesgo de arbitrariedad de la entidad estatal en el ejercicio de evaluación de las propuestas y la corrupción que puede incidir en la selección de contratistas, lo cierto es que sigue siendo un asunto sujeto a la discrecionalidad del evaluador. Se deduce que tal discrecionalidad no es sino resultado del querer del legislador, en cuanto dota a la entidad estatal de un amplio margen de decisión en el ejercicio de valoración comparativa de los ofrecimientos, en el marco del cumplimiento de los fines últimos de la contratación, es decir, la satisfacción de las necesidades colectivas. En otras palabras, el logro del objetivo último de la contratación pública debe ser lo que determine la trascendencia real de los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones, tanto habilitantes como puntuables y hasta formales, la necesidad de subsanación o aclaración de estos y por esa vía, la adecuación de las propuestas sustancialmente idóneas para esos efectos.

No obstante el horizonte planteado, la discrecionalidad administrativa, en la determinación del alcance de la subsanabilidad y su efecto en la habilitación y puntuación de las propuestas, ha demostrado ser las más de

las veces perjudicial para la transparencia del proceso y para la confianza legítima del particular proponente, el que se enfrenta, sea dicho de manera ciega, a las decisiones inconsistentes que se generan al interior de un mismo proceso de selección o entre las diversas entidades estatales. Podría decirse que la subsanación se ha convertido en un mecanismo de castigo del proponente y no como medio para la obtención, por parte de las entidades públicas, de buenas propuestas que permitan la selección objetiva.

Solo queda por concluir que la teoría de la subsanabilidad, como ha sido expuesta anteriormente o como sea interpretada al interior de cada entidad pública en el marco de cada proceso de selección, puede ser considerada como el mecanismo quizás más trascendental en la dinámica precontractual Estado – contratistas, en cuanto, como se manifestó, aun cuando está escasamente regulada en la ley, constituye la etapa más importante del proceso de selección de contratistas con fuertes antecedentes en la jurisprudencia contencioso administrativa. Con ella, razonablemente utilizada, se logra la efectiva y real participación de los particulares en la actividad contractual estatal, la materialización práctica de la selección objetiva en favor de la entidad y la garantía de los diversos principios involucrados.

Jurídica

- Cámara Colombiana de la Infraestructura. (2016). Evaluación de la contratación pública del sector de infraestructura de transporte. Bogotá.
- Colombia Compra Eficiente. (2015). Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los Contratos Estatales. Bogotá.
- Colombia Compra Eficiente. (2017). CIRCULAR EXTERNA ÚNICA DE COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Bogotá.
- Colombia Compra eficiente. (2017). OBLIGATORIEDAD DE MANUALES Y GUÍAS EMITIDAS POR COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Bogotá.
- Congreso de Colombia (02 de febrero de 1983) Artículos 115 y 116. Contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas. Decreto-Ley 222. DO: AÑO CXIX. N. 36189. Recuperado: <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1049915>
- Congreso de Colombia (10 de junio de 1965). Decreto 1518. Artículos 2, 3, 4, 5, 6, 13 y 19. Estatuto sobre obras públicas DO: Año CU No. 31678. Recuperado de: [http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/NORMATIVA/TEXTOS_COMPLETOS/94_DIARIO_OFICIAL/1965%20\(31555%20a%2031833%20BIS\)/DO.%2031678%20de%201965.pdf](http://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/NORMATIVA/TEXTOS_COMPLETOS/94_DIARIO_OFICIAL/1965%20(31555%20a%2031833%20BIS)/DO.%2031678%20de%201965.pdf)
- Congreso de Colombia (11 de julio de 2011) Artículos 5, 44, 45, 82, 83, 84, 85, 114, 118. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Ley 1474 de 2011. DO: No. 48.128 de 12 de julio de 2011. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html
- Congreso de Colombia (15 de enero de 2018) Artículos 2, 4, 7, 20 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. Ley 1882 de 2018. DO: 50.477 del 15 de enero de 2018 Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84899>
- Congreso de Colombia (20 de diciembre 1974) Artículo 2. Facultades extraordinarias en materia administrativa., al Jefe de Estado. Ley 28. DO: AÑO CXI. N. 34244. Recuperado: <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1584566>
- Congreso de Colombia (27 de enero de 1976) Artículos 45, 68, 71, 94, 96, 97, 98, 99, 192. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas Decreto-Ley 150 DO AÑO CXII. N. 34492. Recuperado de: <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1708308>
- Congreso de Colombia (28 de octubre de 1993) Artículos 32, 56 y 53. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ley 80 de 1993. DO: No. 41.094 de 28 de octubre de 1993. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Congreso de Colombia (30 de septiembre de 1964). Artículo 1. Estatuto sobre obras públicas. Ley 4 DO: AÑO Cl. N. 31481 Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1559149>

- Congreso de Colombia. (12 de julio de 2011). Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. [Ley 1474 de 2011]. DO: 48.128.
- Congreso de Colombia. (16 de julio de 2007) Introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. 1150 de 2007. DO: No. 46.691 de 16 de julio de 2007. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Congreso de Colombia. (17 de marzo de 1973) Ley 2. Facultades extraordinarias al Jefe de Estado DO: AÑO CIX. N. 33828. Recuperado de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1557006>
- Congreso de Colombia. (22 de enero de 1982) Artículos 5 y 10. Nuevos principios de los Contratos administrativos y se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el régimen de contratación administrativa previsto en el Decreto 150 de 1976 y se dictan otras disposiciones Ley 12. DO: AÑO CXVIII. N. 35937. Recuperado de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1786932>
- Congreso de Colombia. (26 de Mayo de 2015) Artículo 2. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. Decreto 1082 de 2015. DO: N. 49523 de mayo 26 de 2015. Recuperado de: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=legcol&document=legcol_64e88d83dccc4dcf8b97f52d370dc63a
- Congreso de la Republica. (29 de diciembre de 1998). Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. DO: No. 43.464. Recuperado de: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%20489%20de%2029%20diciembre%20de%201998.pdf>
- Congreso de la República. (24 de julio de 2000). Ley 599. Por la cual se expide el Código Penal. DO: AÑO CXXXVI. N. 44097. Recuperado de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1663230>
- Congreso de la República. (15 de agosto de 2000). Ley 610. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. DO: AÑO CXXXVI. N. 44133. Recuperado de: <http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1664595>
- Congreso de la República. (5 de febrero de 2002). Ley 734. Estatuto Disciplinario. DO: No. 44.708. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_734_2002.pdf
- Consejo de Estado, Sección quinta. (29 de mayo de 2003) Sentencia 08001-23-31-000-2000-2599-01(AP). [Reinaldo Chavarro]
- Consejo de Estado, Sección tercera Subsección A. (13 de febrero de 2013) Sentencia 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996). [MP Mauricio Fajardo Gómez]
- Consejo de Estado, Sección tercera Subsección A. (14 de julio de 2016) Sentencia 85001-23-31-000-2002-00362-01(35763). [Carlos Alberto Zambrano]

- Consejo de Estado, Sección tercera Subsección B. (28 de febrero de 2013) Sentencia 25000-23-26-000-2000-00732-01(24266). [MP Danilo Rojas]
- Consejo de Estado, Sección tercera Subsección C. (28 de mayo de 2015) Sentencia 47001-23-31-000-2004-00066-01(36626). [MP Jaime Orlando Santofimio]
- Consejo de Estado, Sección tercera. (30 de noviembre de 2006) Sentencia 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832) (AP). [Alíer Eduardo Hernández]
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (26 de abril de 2006) Sentencia 16.041 C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.
Consejo de Estado, Sección Tercera. (11 de noviembre de 2009). Sentencia 17.366 C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (8 de febrero de 2012) Sentencia 20.688 C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (12 de junio de 2014). Sentencia 21.324. C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (14 de marzo de 2013). Sentencia 24.059. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (3 de diciembre de 2007). Sentencia 24.715. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (24 de julio de 2013). Sentencia 25.642. C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (26 de febrero de 2014). Sentencia 25.804 C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (12 de noviembre de 2014). Sentencia 27.986. C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (26 de junio de 2015). Sentencia 29.555. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (12 de noviembre de 2014). Sentencia 29.855. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (28 de agosto de 2014). Sentencia 31.278. C.P. Hernán Andrade.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (14 de abril de 2010). Sentencia 36.054B. C.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (26 de febrero de 2011). Sentencia 36.408. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (29 de julio de 2015). Sentencia 40.660. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (24 de octubre de 2016). Sentencia 45.607. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (10 de noviembre de 2017). Sentencia 53.793. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.
- Consejo de Estado. (11 de Abril de 2019). Sentencia 2014-00135/52055 de abril 11 de 2019. Bogotá.
- Consejo de Estado. (28 de febrero de 2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199). Sentencia. Bogotá.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social (25 de abril de 2016) Documento CONPES 3186. Estrategia de estandarización de proyectos 2016-2018. Recuperado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3856.pdf>

- Consejo Nacional de Política Económica y Social (31 de julio de 2002) Documento CONPES 3186. Una política de estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. Recuperado de <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3186.pdf>
- Constitución Política de Colombia, segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. En: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Contraloría General de la República. (7 de Diciembre de 2017). Comunicado de prensa No.18. Obtenido de https://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/boletines-prensa-2017/-/asset_publisher/y0hpcpbxJNnDG/content/la-contraloria-general-de-la-republica-y-la-procuraduria-general-de-la-nacion-reafirman-su-apoyo-irrestringido-a-la-fi
- Corte Constitucional. (10 de julio de 1997). Sentencia C-326. MP. Fabio Morón Díaz. Bogotá.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-899. Santa Fe de Bogotá: Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-037. Bogotá D.C.: Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.
- Decreto 342. (5 de Marzo de 2019). Diario Oficial.
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2016 de junio de 2016). Concepto 120311 de 2016. Bogotá.
- Departamento de Planeación Nacional. (2015 de Mayo de 2015). Decreto 1082. Bogotá.
- Proyecto de ley 084 de 206 Senado y 285 de 2017 Cámara, “por medio del cual se adicionan, modifican, y dictan otras disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones”. (2017). Recuperado el 2018, de <https://comisionprimerasenado.com/proyectos-de-ley-en-tramite/26-proyecto-de-ley-no-84-de-2016-senado-285-de-2017-camara-por-la-cual-se-adicionan-modifican-y-dictan-disposiciones-orientadas-a-fortalecer-la-contratacion-publica-en-colombia>

Teórica

- González, E. (2012). El pliego de condiciones en la contratación estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Meléndez, M. (2015). Percepciones y evidencia sobre la contratación pública en Colombia. Bogotá: ECON/ESTUDIO.
- Newman, V., & Ángel, M. (2017). Sobre la corrupción en Colombia: Marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política. Bogotá: Fedesarrollo.
- Nuño, J. E. (28 de Agosto de 2018). Observatorio Colombiano de Contratación Pública. Obtenido de <http://www.occp.co/documentos-tipo-para-los-pliegos-de-condiciones-%C2%BFestrategia-anticorrupci%C3%B3n-o-pol%C3%ADtica-p%C3%BAblica-en>
- Parra, J.E. (2002). El contrato de interventoría. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez LTDA, 2002.

- Pérez Buitrago, S. (2017). La necesidad del pliego obligatorio en la contratación pública de infraestructura. En S. Pérez Buitrago, & S. Pérez Buitrago (Ed.), *Infraestructura y derecho*. Bogotá: LEGIS.
- Pérez, C. (17 de Julio de 2018). Observatorio colombiano de contratación pública. Obtenido de <http://occp.co/los-pliegos-tipo-la-%E2%80%9Cnueva%E2%80%9D-selecci%C3%B3n-objetiva-y-otros-aspectos-de-la-reforma-1882>
- Periódico El Tiempo. (20 de Marzo de 2018). Pliego tipo pondrá orden en contratación anual de \$15 billones. Periódico el Tiempo. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/pliego-tipo-para-la-contratacion-de-obras-en-colombia-154348>
- Rave, F. (s.f.). *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*. 4ª ed. Medellín: Biblioteca jurídica Diké. 1988. .
- Rave, G. M. (1988). *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Rave, G. M. (s.f.). *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*. Medellín, 1988: Biblioteca Jurídica Diké.
- Real Academia Española (2001). *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.) Consultado en <http://rae.es/>
- Rincón Salcedo, J. (2016). *La Tercerización del Control Contractual, el Contrato de Interventoría*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Rincón Salcedo, J. G. (2011). *Eficiencia y eficacia en el contrato de interventoría*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas Grupo Editorial Ibáñez; [Buenos Aires] Depalma 2011.
- Rincón Salcedo, J. G., & Chaves Villada, J. E. (2016). *La tercerización del control contractual. El contrato de interventoría*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas Grupo Editorial Ibáñez, 2016.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. Tomo III). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ISBN 978-958-52256-1-9



C&M[®]
CONSULTORES

ASPECTOS LEGALES DE LA INTERVENTORÍA

Reflexiones jurídicas en contratación estatal