

ESTUDIO Y ANALISIS DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA

ENRIQUE AARÓN MEJÍA

ALEJANDRO ESPINOSA ANAYA

ALAN GENES SALAZAR

TESÍS DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO

DIRECTORA

AURA XIMENA OSORIO TORRES

PROFESORA INVESTIGADORA

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

BOGOTÁ D.C.

2009

NOTA DE ADVERTENCIA

"La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia".

Artículo 23 de la Resolución No13 de julio de 1946.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	11
1. CONCEPTOS BÁSICOS Y ASPECTOS GENERALES.....	15
1.1 NOCIÓN DE INTERVENTORÍA.	15
1.2 NOCIÓN DE CONSULTORÍA.	18
1.3 EL CONCURSO DE MÉRITOS COMO MODALIDAD DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS.	27
1.3.1 Etapas del Concurso de Méritos.	36
2. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA.	52
2.1 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA.....	55
2.1.1 El Contrato de Interventoría como Contrato Autónomo.	56
2.1.2 El Contrato de Interventoría como Contrato Bilateral y Oneroso.	57
2.1.3 El Contrato de Interventoría como Contrato Solemne.	59
2.1.4 El Contrato de Interventoría como Contrato de Tracto Sucesivo o de Ejecución Instantánea y de Vigencia Condicionada.....	60
2.1.5 Las Cláusulas Excepcionales no se pueden pactar en los Contratos de Interventoría.	64
2.2 SUJETOS DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA.	69
2.3 LA ACTIVIDAD DEL INTERVENTOR COMO FUNCIÓN PÚBLICA.	70
2.4 LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA.	76
3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL INTERVENTOR.	82
4. SITUACIONES PRÁCTICAS CON RESPECTO A LA INTERVENTORÍA.	92
CONCLUSIONES.....	98
BIBLIOGRAFÍA	103

INTRODUCCIÓN

Desde el mes de septiembre del año pasado, nos surgió la idea de trabajar en un tema que no ha tenido mucho desarrollo en la bibliografía nacional, como lo es el contrato de interventoría. Posteriormente, una vez efectuada la revisión preliminar de las normas de contratación vigentes, las decisiones jurisprudenciales y la doctrina desarrollada por algunos autores, nos convencimos de que definitivamente, si bien no hay un vacío respecto al tema, es mucho lo que del mismo debe decirse y aclararse. De manera que desarrollamos el presente escrito, con la intención de aportar en ese sentido, es decir, diciendo lo que consideramos pertinente decir respecto al contrato de interventoría, y aclarando lo que consideramos pertinente aclarar con relación a dicho contrato, para que de una u otra forma el entendimiento que se tenga del contrato de interventoría sea mejor.

El Estado cuenta con una amplia variedad de herramientas mediante las cuales puede operar con el objetivo de alcanzar y garantizar los fines constitucionales. En nuestro país, se han desarrollado mecanismos encaminados a lograr la agilidad, efectividad y calidad en los contratos cuya celebración y ejecución se requieren para el desarrollo de la sociedad, y uno de los que más incidencia tiene en ese aspecto es el contrato de interventoría, pues mediante el mismo, se pretende garantizar el cumplimiento adecuado de las obligaciones contractuales, al asignar al interventor, entre otras, la función de controlar y vigilar las operaciones que tienen lugar en la ejecución de los contratos que celebra el Estado.

Considerando que el fenómeno de la corrupción ha desgastado la confianza con la que alguna vez pudieron haber contado los contratos estatales, se hace imperiosa una supervisión permanente por parte de la entidad pública, bien sea de forma directa o de forma indirecta. Por tal razón, es importante que la función de interventoría se realice de forma adecuada y eficiente, pues dependiendo de que ello sea así, se podrá hacer frente a la corrupción que actualmente afecta a la contratación estatal.

Así, el contrato de interventoría será nuestro objeto de nuestro estudio, lo cual implica que también se hará referencia al concurso de méritos, pues según lo establecido en la ley, es el concurso de méritos la modalidad mediante la cual se seleccionan, entre otros, a los contratistas que van a ejercer la función de interventoría.

Para lo anterior, se hace necesario conocer y analizar la normatividad vigente con respecto al contrato de interventoría, sin dejar de lado ciertas normas de antaño que pueden llegar a ser útiles para efectos teóricos; siendo a su vez críticos con el hecho de que por más amplio que resulte el marco normativo, en muchos casos, no es tan completo como se creería, pues algunos temas se omiten y a partir de ello es posible detectar las razones de las irregularidades que en ocasiones se pueden generar.

Lamentablemente, la actividad de interventoría en Colombia se ha destacado por las fallas que en ella se presentan, como lo son, la falta de experiencia de los interventores y algunas firmas de interventoría, la selección de interventores que tienen cierta afinidad con el

contratista, desnaturalizando la función de interventoría, al transformarla en una actividad más de apoyo que de control, la poca rigidez en las sanciones y el desconocimiento con respecto a estas. Son estas fallas, entre otras, la que terminan incidiendo en malas prácticas, como consecuencia de las cuales, se ha deteriorado el crédito de la figura de la interventoría.

Así, el punto de partida de nuestra investigación será la aclaración conceptual de lo que es una interventoría, una consultoría, y el concurso de méritos, pues lo que se pretende en primer lugar es precisar que es lo que se va a estudiar, para lo cual nos basaremos en las normas que regulan los temas, los conceptos brindados por docentes expertos en la materia, y la investigación de la doctrina y la jurisprudencia que se refiera al tema. Una vez realizado lo anterior, el paso a seguir será hacer un estudio de la normatividad que regula el contrato de interventoría, para así aclarar como se desarrolla el mismo y después de ello, vendrá un estudio enfatizado en el régimen de responsabilidad del interventor, para el cual utilizaremos básicamente las mismas fuentes a las que hemos hecho referencia. Por último, acudiremos a quienes desempeñan la función de interventoría y a quienes son objeto de la misma, para conocer su punto de vista frente a este contrato y el desarrollo del mismo en situaciones prácticas.

Confiamos en que una vez realizada la investigación, podamos esclarecer las dudas que se presentan respecto al contrato de interventoría, dada la normatividad que existe con relación al tema, consiguiendo a su vez cooperar de una u otra forma con las personas que no conocen las leyes a profundidad y contratan con el Estado, en la medida en que sería

más sencillo para ellos si cuentan con una orientación del modo en que operan la actividad de interventoría y el mecanismo mediante el cual se selecciona al interventor, es decir, el concurso de méritos.

Capítulo I

1. CONCEPTOS BÁSICOS Y ASPECTOS GENERALES.

1.1 NOCIÓN DE INTERVENTORÍA.

Según Ernesto Matallana la interventoría consiste:

“[e]n el examen y fiscalización de la ejecución de un contrato, que puede ser de obra pública.

Esta actividad se contrata con una persona independiente de la entidad estatal y el contratista a quien se le va a ejercer la supervisión o fiscalización, y quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables, en lo penal, civil y administrativo”¹.

Por su parte Jorge Pino Ricci expresa respecto a la figura en estudio:

“La interventoría es una clase de consultoría que impone un comentario adicional.

La interventoría es la vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones del

¹ Matallana Camacho, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005. Pág. 357.

contratista que colabora con la administración”².

Dice además Pino Ricci lo que para nosotros constituye una aclaración muy oportuna:

“La obligación de verificar el cumplimiento de la prestación a cargo del contratista corresponde, en principio y por regla general, al representante de la entidad con capacidad para celebrar contratos.

No obstante lo anterior, los representantes de las entidades estatales pueden delegar esa función de manera expresa o exigir que la ejerza el servidor público dependiente, a quien, según el manual de funciones, le corresponda. En el primer caso el interventor o supervisor del contrato podrá ser delegado de esas funciones mediante acto administrativo o en el mismo contrato, mediante la incorporación de una cláusula en tal sentido. Es recomendable que en este evento el interventor sea determinado con referencia al cargo y no a la persona que lo ejerce en ese momento. En el segundo caso, no será necesaria su designación de manera concreta a través de un acto administrativo.

También el representante de la entidad podrá resolver, según la complejidad del asunto y otros factores, que la interventoría la realice una persona externa a la entidad, mediante la suscripción de un contrato de consultoría. (...)³.

² Pino Ricci, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005. Pág.427.

³ Ibídem. Pino Ricci. Pág. 427.

A nuestro parecer, la definición más completa del contrato de interventoría la presenta José Eurípides Parra, quien lo define como un:

“Contrato cuyo objeto es controlar, vigilar e inspeccionar la celebración, ejecución, desarrollo y finalización de un contrato primigenio, instrumentando conocimientos científicos, técnicos y tecnológicos que son equivalentes o similares a quien presta las obligaciones en el contrato principal.

El negocio jurídico de la interventoría es pactado entre la administración y un particular, ya que cuando la administración entrega estas funciones a un servidor de la entidad para que se desarrolle esa gestión, existirá no un contrato sino un acto administrativo de delegación de funciones... ”⁴.

Podemos notar que Parra no limita la interventoría al control y vigilancia respecto a la ejecución y desarrollo de un contrato, sino que la extiende a la celebración y finalización del mismo, lo cual es perfectamente posible; en referencia a la celebración del contrato primigenio, la interventoría puede consistir en labores de asesoría previa, supervisión y control de los proyectos e inspección en la adecuada elaboración de los convenios y de los contratos; en referencia a la finalización del contrato primigenio, puede consistir en la supervisión y control durante el periodo en el que se deben consolidar los objetivos de tal contrato. Sin embargo, y siguiendo a otros autores, lo común es que en la práctica la

⁴ Parra Parra, José Eurípides. El Contrato de Interventoría. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 2002. Pág.37

interventoría implica las labores de control, vigilancia e inspección durante la ejecución y desarrollo del contrato primigenio⁵.

Con respecto al contrato de interventoría profundizaremos más en el segundo capítulo del presente estudio. Por otro lado, según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de interventoría son una especie del género “contratos de consultoría” y estos a su vez, de conformidad con lo regulado en dicha ley, y en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008 -en adelante Ley 1150 y D.2474, respectivamente-, deben seguir el procedimiento de selección denominado concurso de méritos. Es por eso que a continuación haremos referencia a la noción de consultoría y al concurso de méritos y sus etapas.

1.2 NOCIÓN DE CONSULTORÍA.

De los contratos de consultoría se decía en el Decreto-Ley 222 de 1983 -en adelante D.L.222- que son aquellos:

“Que se refieren a estudios previamente para la ejecución de un proyecto de inversión, a estudios de diagnóstico, prefactibilidad para programas o proyectos específicos 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 estudios,

⁵ Gámez Vizcaíno, Javier Miguel. Práctica Contractual Administrativa. Editorial Legis. Bogotá. 1999. Pág.495.

diseños, planos, anteproyectos, localización, asesorías, coordinación o dirección técnica y programación de obras públicas”⁶. (Subrayado fuera de texto)

El D.L 222 manifestaba en su artículo 116 que los consultores serían seleccionados por el procedimiento del concurso de méritos⁷.

El artículo 32 numeral 2° de la Ley 80 de 1993 -en adelante Ley 80- sigue la línea de la normatividad de 1983, y reitera el hecho de no dar una definición como tal del contrato de consultoría, limitándose más bien a enunciar las actividades que este tipo de contrato estatal comprende⁸. La normatividad de contratación estatal de 1993 establece que los contratos de consultoría pueden celebrarse tanto con personas naturales como con personas jurídicas, siempre que estén inscritas, clasificadas y calificadas en el registro único de proponentes, y como ocurría durante la vigencia del D.L 222, la selección se concretará a través del concurso de méritos. Expresa el mencionado artículo:

“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,

⁶ Decreto-Ley 222 de 1983. Artículo 115.

⁷ Decreto-Ley 222 de 1983. Artículo 116. De la Selección de Consultores. Los consultores serán seleccionados por el procedimiento del concurso de méritos.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Número de Radicación 30832. CP. Alier Eduardo Hernández Henríquez. “...La ley 80 de 1993, a diferencia del decreto 222 de 1983, no reguló los tipos de contratos estatales, pues se limitó a definir algunos de ellos, entre los cuales se encuentran los de consultoría y de prestación de servicios, indicando, en todo caso, que la relación de contratos prevista en el artículo 32 es apenas enunciativa, pues también son contratos estatales los previstos en el código civil y en el de comercio, entre otras normas...”.

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”.

(Subrayado fuera de texto)

Por su parte, la doctrina no presenta definiciones que se alejen de los parámetros que ha establecido la ley con respecto al concepto de consultoría; para Pino Ricci la consultoría es:

“Un contrato que se celebra para la realización de estudios previos o concomitantes a un proyecto de inversión (...) Los estudios previos de consultoría tienen que ver en forma directa con la futura inversión. Los planos, diseños, etc., que se requieren como una base que se concretará en posteriores vínculos negociales”⁹.

⁹ Ibídem. Matallana Camacho. Pág.356.

Otros autores como Luis Guillermo Dávila¹⁰, Ernesto Matallana¹¹, José Eurípides Parra¹² y el mismo Jorge Pino Ricci¹³, acuden a lo dispuesto en la ley para referirse al contrato de consultoría.

Es conveniente hacer una pequeña referencia al contrato de prestación de servicios, sobre todo, cuando al igual que el contrato de consultoría, su objeto es una labor de carácter intelectual exclusivamente; sin embargo, el procedimiento de selección en los contratos de prestación de servicios es la contratación directa¹⁴ y ello tiene como consecuencia que en muchas ocasiones, no tan ingenuamente se terminen celebrando contratos de prestación de servicios, cuando lo procedente en realidad es el proceso de selección por concurso de méritos.

Con relación al contrato de prestación de servicios el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 manifiesta:

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento

¹⁰ Dávila Vinueza, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación Crítica a la Ley 80 de 1993. Editorial Legis. Bogotá – Colombia. 2003. Pág.709.

¹¹ Ibídem. Matallana Camacho. Pág.355.

¹² Ibídem. Parra Parra. Pág. 32.

¹³ Ibídem. Pino Ricci. Pág.426.

¹⁴ Ibídem. Dávila Vinueza. Pág.711.

Ley 1150 de 2007. Artículo 2°. *De Las Modalidades de Selección*. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: (...)

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: (...)

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales (...).

de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. (Subrayado fuera de texto)

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

La Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997. MP. Hernando Herrera Vergara, hizo referencia a las características del contrato de prestación de servicios, de la siguiente forma:

“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.”

Posteriormente, la Corte Constitucional hizo referencia a las diferencias entre el contrato de consultoría y el contrato de prestación de servicios, en la Sentencia C-326 de 1997.MP. Fabio Morón Díaz, manifestando que:

“Los elementos constitutivos del contrato de consultoría, permiten concluir que existen diferencias sustanciales con el contrato de prestación de servicios, que habilitan al legislador para darles a quienes los suscriben un tratamiento también distinto. 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, luego los supuestos de hecho que sirven de sustento a uno y otro tipo de contrato son diferentes”.

De manera que las primeras diferencias notables recaen, sobre los sujetos con quienes se pueden celebrar los contratos y sobre el objeto de los contratos. Pues, en primer lugar, mientras los contratos de consultoría se pueden celebrar tanto con personas naturales como con personas jurídicas, los contratos de prestación de servicios solamente pueden celebrarse con personas naturales. Y en segundo lugar, mientras que en los contratos de consultoría el objeto no se vincula directamente con las actividades de la entidad o con su funcionamiento, en los contratos de prestación de servicios sucede lo contrario, ya que el contratista, ofrece su capacidad de trabajo para llevar a cabo funciones o tareas relacionadas con la entidad contratante, que por diversos motivos el personal de planta no puede efectuar.

No obstante los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la confusión respecto a estos contratos persistió; no se contaba con parámetros que permitieran distinguir con claridad

entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de consultoría, por lo que el Consejo de Estado manifestó en aras de aclarar la confusión, que:

“... [T]odos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderán a dicho tipo legal; los demás serán contratos de prestación de servicios. La razón de ese criterio reside en la especialidad de la definición, ya que la noción de contrato de consultoría es de menor alcance y más concreta que la de prestación de servicios”¹⁵.

Así, el criterio para distinguir entre el contrato de consultoría y el contrato de prestación de servicios es residual, pues teniendo en cuenta que la noción de contrato de consultoría es más concreta y presenta menos alcance que la del contrato de prestación de servicios, todos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderán a dicho tipo legal y los demás serán contratos de prestación de servicios.

Además de lo anterior, el Consejo de Estado se refiere a algunas diferencias puntuales entre los contratos de consultoría y prestación de servicios, de la siguiente forma:

“(...) [l]a distinción entre estos dos contratos también se expresa en otros aspectos, como por ejemplo:

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. MP. Alier Hernández Enriquez. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Número de Radicación 30832.

i) En los contratos de consultoría no se pueden pactar cláusulas exorbitantes, porque la ley no lo autoriza; mientras que en los contratos de prestación de servicios es posible que las partes las pacten (art. 14, num. 2, inc. 2).

ii) Para celebrar un contrato de consultoría, que sea producto de un concurso público, es necesario que los oferentes estén inscritos en el RUP (art. 22, inc. 1), mientras que los contratos de prestación de servicios no lo requieren (art. 22, inc. 6).

iii) Los contratistas de prestación de servicios requieren estar afiliados al régimen de seguridad social en salud y de pensiones, mientras que los de consultoría no lo requieren (art. 50, ley 789 de 2003)”¹⁶.

Se debe mencionar que los contratos de consultoría tienen como denominador común su índole técnico y se concentran en actividades como la elaboración de estudios, diseños y en la asesoría técnica, el control y supervisión de proyectos, y que además, las obligaciones en esta clase de contratos presentan un carácter intelectual acentuado, aunque se pueden asociar con la aplicación de conocimientos a la ejecución de proyectos u obras; mientras que los contratos de prestación de servicios presentan un contenido más amplio, en la medida que según se establece en la Ley 80, están encaminados a desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de las entidades, por lo cual pueden considerarse en el desarrollo de estos contratos, tanto actividades técnicas, como no técnicas y tanto profesionales, como no profesionales, siempre que se vinculen con la administración y funcionamiento de la entidad.

¹⁶ Ibídem. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Número de Radicación 30832.

Sin embargo, más allá de las aclaraciones por parte del Consejo de Estado, la confusión persiste, pues pese a contar con elementos para discernir entre uno y otro contrato, en la práctica aún no son muy claras las diferencias.

1.3 EL CONCURSO DE MÉRITOS COMO MODALIDAD DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS.

A continuación se estudiará, la evolución legislativa del concurso de méritos como modalidad de selección de contratistas dentro del régimen jurídico de la contratación estatal en Colombia, partiendo del D.L 222 hasta las leyes y decretos más recientes.

En primer lugar, el D.L 222 consagró en su artículo 39 la noción del concurso de méritos al expresar:

“[...] 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”. (Subrayado fuera de texto)

Según Gustavo Humberto Rodríguez esta norma generaba confusión en la medida que no era claro a que “reglamento” se hacía referencia, pues podía tratarse del Decreto Reglamentario o del pliego de condiciones. Para Rodríguez, bajo la perspectiva del D.L. 222 “*la licitación es un concurso, y el concurso de méritos es una licitación. La diferencia estriba en los criterios para la adjudicación...*”¹⁷.

Establecía el mismo artículo que esta modalidad sólo era propicia para la adjudicación de contratos de consultoría de cuantía igual o superior a cinco millones de pesos (\$ 5.000.000.00), y que en el evento de tener una cuantía inferior a dicho monto o por consideración del Consejo de Ministros, el contrato podía adjudicarse directamente.

Como es sabido, en virtud del artículo 81 de la Ley 80 quedó derogado el D.L 222, y con dicho decreto el artículo al que nos hemos referido, pues solo se hace excepción con los artículos comprendidos entre el 108 y el 113 que aún se mantienen vigentes¹⁸.

¹⁷ Rodríguez, Gustavo Humberto. *Contratos Administrativos y Derecho Privado de la Administración*. Segunda Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá – Colombia. 1985. Pág.61.

¹⁸ Decreto Ley 222 de 1983. Artículo 108. *De la Utilidad Pública en la Ocupación Transitoria Adquisición E Imposición de Servidumbres sobre Inmuebles de Propiedad Particular*. De conformidad con las leyes vigentes, consideranse de utilidad pública para todos los efectos legales la adquisición y la imposición de servidumbres sobre bienes inmuebles de propiedad particular, cuando tal adquisición o imposición de servidumbre sea necesaria para la ejecución de los contratos definidos en el artículo 81 de este estatuto.

Decreto Ley 222 de 1983. Artículo 109. *De la ocupación temporal y la indemnización*. En ejercicio de la función social de la propiedad, los propietarios, poseedores y tenedores de predios están obligados a permitir la ocupación temporal de los mismos cuando ella fuere necesaria para los objetos del contrato previsto en el artículo anterior. La ocupación temporal de un bien inmueble, deberá limitarse al espacio y tiempo estrictamente indispensable, causando el menor daño posible.

La entidad interesada en la obra pública respectiva comunicará por escrito al propietario, poseedor o tenedor del bien, la necesidad de ocuparlo temporalmente indicando la extensión que será ocupada y el tiempo que durará, invitándolo a convenir el precio respectivo.

El valor de esta ocupación se convendrá teniendo en cuenta los precios que fijen peritos de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, o en su defecto los avalúos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, practicados para tal fin.

Una de las novedades en la Ley 80 es que el concurso se torna en una variante de la licitación, pues cuando se refiere a esta última se habla de ella como “licitación o concurso” y el procedimiento de selección para la licitación o el concurso se desarrollaba conforme a las mismas reglas. La Ley 80 define la licitación, y el concurso como su variante, de la siguiente forma:

Si no obtuviere el consentimiento para la ocupación temporal o no hubiere acuerdo sobre el valor que por la misma deba pagarse, transcurrido un (1) mes a partir de la comunicación enviada por la entidad interesada, se llevará a cabo la ocupación para cuyo efecto aquella podrá solicitar el apoyo de la autoridad competente.

En todo caso, si hubiere lugar a alguna indemnización, ésta estará señalada siguiendo los trámites previstos en el Código Contencioso Administrativo.

Decreto Ley 222 de 1983. Artículo 110. *De la negación directa o la expropiación.* Cuando fuere necesario, en los términos de este capítulo, las entidades públicas podrán adquirir total o parcialmente los correspondientes inmuebles para negociación directa con los propietarios o previo el trámite del proceso de expropiación regulada por los artículos 451 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En el evento contemplado en el artículo 457 del Código de Procedimiento Civil y previa la consignación de la suma de que allí se habla, el Juez decretará la entrega material del inmueble a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación de la respectiva solicitud. La diligencia deberá practicarse dentro de los diez (10) días siguientes por el mismo juez que la hubiere decretado, quien por lo tanto no podrá comisionar para ello.

Decreto Ley 222 de 1983. Artículo 111. *De la imposición de servidumbres.* Los predios de propiedad particular deberán soportar todas las servidumbres legales que sean necesarios para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación mantenimiento y restauración de obras públicas.

La imposición de una servidumbre con los fines mencionados en el inciso anterior se decidirá por el juez competente, según la cuantía, previo el siguiente procedimiento.

1. Con la demanda la entidad interesada pondrá a disposición del juzgado la suma correspondiente al estimativo de la indemnización que en su concepto deba pagarse al propietario del bien.
2. Admitida la demanda se correrá traslado de ella al demandado por el término de tres días.
3. Si dos días después de preferido el auto que ordena el traslado de la demanda ésta no hubiere podido ser notificada a los demandados, se procederá a emplazarlos en la forma indicada en el inciso 2o. del artículo 4452 del Código de Procedimiento Civil.
4. En materia de excepciones se dará aplicación a lo establecido por el artículo 453 del Código de Procedimiento Civil.
5. En todo caso el juez, dentro de los dos días siguientes a la presentación de la demanda practicará una inspección judicial sobre el predio que haya de ser afectado por la servidumbre y autorizará la imposición provisional de la misma, si así lo solicitare por el juez.
6. El valor de la indemnización será señalado por peritos nombrados por el juez.
7. En la sentencia el juez señalará con toda claridad la clase de servidumbre de que se trata, teniendo en cuenta la clasificación que de ellas se hace en las disposiciones legales vigentes.

En lo no previsto en este artículo, se aplicarán las normas previstas en el título 24 del libro 3o., del Código de Procedimiento Civil.

Decreto Ley 222 de 1983. Artículo 112. *De la desafectación de inmuebles.* Previa desafectación, mediante acto administrativo, la Nación y demás entidades del orden nacional podrán destinar a otros objetivos del servicio público aquellos inmuebles de su propiedad que ya no requieran para el servicio a que originalmente se encontraban afectos.

Decreto Ley 222 de 1983. Artículo 113. *De la vigencia de la Ley 56 de 1981.* Lo dispuesto en los artículos anteriores relativos a la ocupación, adquisición e imposición de servidumbres sobre inmuebles de propiedad particular, no modifica lo dispuesto en la Ley 56 de 1981 para las obras públicas a que ello se refiere."

“... [E]l procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública”¹⁹. (Subrayado fuera de texto)

El Consejo de Estado expresó en Sentencia de Junio 15 de 2000, MP. Ricardo Hoyos Duque, que:

“La Ley 80 de 1993 establece un solo procedimiento para la selección del contratista que puede ser a través de la licitación o del concurso (parágrafo art. 30), según se trate del objeto del contrato que se pretenda celebrar, lo cual se infiere de los artículos 24 ordinal 1º, lit g y h, ord. 5; art. 25 ord. 1º, entre otros, situación que no se presentaba en el régimen de contratación anterior, toda vez que el denominado concurso de méritos tenían un procedimiento distinto y separado del de la licitación (...).”

Se puede notar entonces que la consideración de Rodríguez no era desacertada, pues se concretó en la Ley 80, con varias finalidades como dar mayor desarrollo a los principios de agilidad, autonomía, libertad y transparencia, y tratar de mejorar algunos aspectos como

¹⁹ Ley 80 de 1993. Artículo 30. Parágrafo.

los excesivos detalles y la abundante reglamentación que de cierta forma entorpecían el actuar contractual en un ámbito que se pretendía ágil y expedito.

Sin embargo, más allá del substrato común que puede tener el concurso con la licitación pública y con los otros procedimientos de selección de contratistas, se diferencia de ellos en la medida que no solo se tienen en cuenta las condiciones de orden técnico-económico-financiero, sino las condiciones de orden técnico-personal²⁰. De manera que en la modalidad del concurso, a diferencia de la licitación pública, el precio no resulta un factor tan decisivo para la adjudicación del contrato²¹, pues también se tienen en cuenta factores como la idoneidad del contratista desde el punto de vista intelectual o técnico para ejecutar la labor materia del contrato²².

La Ley 1150 en su artículo 2º reincorporó la modalidad de selección del concurso de méritos, ya no como variante de la licitación pública, sino como una modalidad independiente:.

“prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto,

²⁰ Consejo de Estado. Sala de los Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15/06/00. N°Rad.10963. MP. Ricardo Hoyos Duque.

²¹ Expósito Vélez, Juan Carlos. La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español. Universidad Externado de Colombia. 2003. Pág.474.

²² Ibídem. Consejo de Estado. Sentencia de 15/06/00. MP. Ricardo Hoyos Duque.

*entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso*²³.

Debe advertirse que con el numeral 4° del artículo 5 de la Ley 1150, quedó definitivamente prohibido que se considerara el factor económico, es decir, el precio, en la calificación de las propuestas para los contratos de consultoría²⁴. Sin embargo, tal determinación no estuvo ajena a discusión, y tal discusión se dio respecto a la conveniencia de la total exclusión del factor económico en esta materia o si era mejor opción considerar el factor económico siempre que no excediera al 20% de la calificación final de la propuesta, opción esta última descartada, con base en el argumento de que con tan sólo un 1% del factor económico este podía pasar a ser el criterio determinante²⁵. Por tal razón, se prohibió la inclusión del precio como factor de escogencia en la selección de consultores.

Sin embargo, el inconveniente que trae consigo la exclusión del precio como factor de escogencia, es que más allá de cualquier crítica, es el factor más objetivo de los criterios de selección, y si tal factor no se tiene en consideración para la selección de consultores, resulta necesario desarrollar medidas que propicien una selección objetiva. Según Felipe De Vivero, la expedición del Decreto 066 de 2008, buscaba entre otras cosas, brindar las

²³ Ley 1150 de 2007. Artículo 2. N°3.

²⁴ Ley 1150 de 2007. Artículo 5. N°4. “En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores”.
(subrayado fuera de texto)

²⁵ Suárez Montaña, Felipe. Consecuencias de la Promulgación de la Ley 1150 de 2007 y del Decreto 066 de 2008 para la selección de Ingenieros Consultores. Pág.102. Revista de Ingeniería. Facultad de Ingeniería. Universidad de Los Andes. Página Web: <http://www.scielo.org.co/pdf/ring/n27/n27a13.pdf> .

herramientas para garantizar una selección objetiva mediante normas que indicaran que el mérito no implica la discrecionalidad. Sin embargo, el decreto aludido no presentó una normatividad mediante la cual se cerrara la puerta a la subjetividad, teniendo en cuenta que criterios como la capacidad intelectual, la confiabilidad y el reconocimiento en el mercado no resultan para nada objetivos²⁶.

El Decreto 2474 de 2008 -en adelante D.2474-, mediante el cual se derogó el Decreto 066 de 2008, establece en su artículo 54, que la modalidad de selección de concurso de méritos se aplicará para la contratación de los servicios de consultoría a los que se refiere el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 y los proyectos de arquitectura, y que para la selección de consultores la entidad estatal tendrá la opción de usar el sistema de concurso abierto o el sistema de concurso con precalificación, llevando a cabo dicha precalificación a través de la conformación de una lista corta o elaborando una lista multiusos, mientras que en la selección de proyectos de arquitectura siempre se utilizará el sistema de concurso abierto por medio de jurados.

Anteriormente, el artículo 54 del D.2474 disponía en su tercer inciso que en los eventos en los que el presupuesto estimado de los servicios de consultoría no excediera el 10% del valor correspondiente a la menor cuantía de la entidad contratante, se podría seleccionar al consultor o el proyecto, aplicando el procedimiento que según el Manual de Contratación permitiera obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a

²⁶ De Vivero, Felipe. Regulación del Proceso de Selección del Consultor: ¿Fuente de Inseguridad Jurídica? Pág.110. Revista de Ingeniería. Facultad de Ingeniería. Universidad de Los Andes. Página Web: <http://www.scielo.org.co/pdf/ring/n27/n27a13.pdf>.

contratar, sin que fuera necesario contar con pluralidad de ofertas. Sin embargo, mediante Auto de Mayo 27 de 2009, la sección tercera del Consejo de Estado suspendió²⁷ el aparte referido a *“la aplicación del procedimiento que según el Manual de Contratación permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar”*, considerando que el artículo 2 de la Ley 1150 estableció cuáles eran las modalidades de selección de contratistas y que el reglamento del Gobierno Nacional debía establecer la forma de adelantar el proceso de selección abreviada, de manera que al facultar a cada entidad para aplicar el procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable se estaría vulnerando la ley, pues se estarían creando procedimientos diferentes por parte de cada entidad estatal, y no por parte del gobierno y el legislador, a quienes corresponde²⁸.

Más allá de la suspensión provisional, el tercer inciso del artículo 54 del D.2474 fue modificado por el artículo 6 del Decreto 2025 de 2009 -en adelante D.2025-, pues establece que:

“Cuando el valor del contrato de consultoría a celebrarse no supere el 10% de la menor cuantía de la entidad contratante, la selección del consultor o del proyecto se hará de conformidad con los criterios que la entidad haya establecido en la

²⁷ A partir del artículo 152 de Código Contencioso Administrativo, se puede afirmar que la suspensión provisional es una medida cautelar de carácter material, como quiera que, con su decreto, se suspende el atributo de la fuerza ejecutoria de que goza el acto administrativo, con la finalidad de proteger los derechos subjetivos o colectivos que se pueden conculcar con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona.

²⁸ Consejo de Estado. Auto de Mayo 27 de 2009. Radicación: 110010326000200800101 00. CP. Enrique Gil Botero. Confirmado mediante Providencia de Agosto 6 de 2009.

invitación respectiva, con base en la experiencia del proponente o en el equipo de trabajo, según se satisfagan las condiciones requeridas en la ejecución de la consultoría de que se trate.

La invitación se deberá formular a un mínimo de tres (3) personas, e incluirá los criterios de habilitación y selección que la entidad considere necesarios.”

Destaca además el artículo 54 del D.2474 la importancia del objeto de la consultoría, en la medida en que si el objeto de la consultoría se deriva de la necesidad de adquirir bienes y servicios accesorios a la misma, la selección se realizará mediante concurso de méritos, sin perjuicio de la evaluación que la entidad realice sobre las condiciones de calidad y precio de aquellos, según lo señalado en el artículo 12 del decreto. Mientras que en el evento en que el objeto contractual involucre servicios de consultoría y otras obligaciones principales -v.gr. el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra-, la escogencia del contratista deberá realizarse a través de licitación pública, selección abreviada o contratación directa, según corresponda, considerando lo establecido en la ley y el referido decreto.

El D.2474 establece las etapas del concurso de méritos en su artículo 66: *“1. Acto administrativo de apertura, el cual, en los eventos en que se haga uso de precalificación, sólo procederá una vez se encuentre en firme la conformación de la lista corta o la lista multiusos; 2. Publicación del pliego de condiciones; 3. Invitación a presentar propuestas, en los concursos en los que se haga uso de precalificación; 4. Presentación de las ofertas; 5. Verificación de los requisitos habilitantes y evaluación de las propuestas técnicas; 6.*

Elaboración del informe de evaluación de las propuestas técnicas; 7. Traslado del informe de evaluación por un término no superior a tres (3) días hábiles; 8. Apertura de la propuesta económica del primer elegible; 9. Verificación de la consistencia de la propuesta económica; y 10. Adjudicación del contrato o declaratoria de desierto”.

Para efectos de ser prácticos, a continuación presentaremos las anteriores etapas, como partes de 3 grandes etapas:

1.3.1 Etapas del Concurso de Méritos.



1.3.1.1 Etapa Preliminar.

La etapa preliminar es el lapso previo a la iniciación del proceso de selección propiamente dicho; en ese lapso, la entidad promulgará su proyección de expectativas para contratar, de tal manera que mediante la expedición de los estudios y documentos previos²⁹, que luego se tornarán en documentos definitivos y que servirán de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones, los proponentes podrán valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad. De la misma manera, esta etapa permite iniciar la interacción que los potenciales contratistas tendrán con la entidad, lo que hace posible la presentación de observaciones, preguntas o comentarios con respecto a las exigencias y expectativas contractuales³⁰.

La entidad deberá justificar de manera previa a la apertura del proceso de selección los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección y el análisis de conveniencia y oportunidad para contratar, ya que en esta etapa previa a la iniciación de proceso, la entidad presentará simultáneamente el proyecto de pliego de condiciones y los estudios y documentos previos, de tal suerte que pasado el tiempo establecido por la entidad se presentaran las observaciones, se absolverán las preguntas y se recibirán comentarios, para abrir el proceso en forma definitiva. Como antes se manifestó, cuando el valor del contrato de consultoría a celebrarse no supere el 10% de la menor cuantía de la entidad contratante,

²⁹ Decreto 2474 de 2008. Artículo 3. Parágrafo 3. Para los efectos del presente artículo, los documentos previos son los definitivos al momento de la elaboración y publicación del proyecto de pliego de condiciones.

³⁰ Decreto 2474 de 2008. Artículo 3. Parágrafo 3. (...) Sin perjuicio de los ajustes que puedan darse en el curso del proceso de selección. En todo caso, permanecerán a disposición del público por lo menos durante el desarrollo del proceso de selección.

la selección del consultor o del proyecto se hará de conformidad con los criterios que la entidad haya establecido en la invitación respectiva, con base en la experiencia del proponente o en el equipo de trabajo, según se satisfagan las condiciones requeridas en la ejecución de la consultoría de que se trate. La invitación se deberá formular a un mínimo de tres (3) personas, e incluirá los criterios de habilitación y selección que la entidad considere necesarios³¹.

Adicionalmente a esto, los estudios y documentos previos que se publican de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones, deberán contener una serie de documentos definitivos en los cuales debe constar la descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación (justificación jurídica y material), la descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones esenciales y la identificación del contrato a celebrar.

Uno de los elementos que exige el artículo 55 del decreto 2474 de 2008 es la definición del tipo de propuesta técnica a requerir en el pliego de condiciones definitivo. Debido a esto, es importante definir qué se entiende como propuesta técnica detallada -en adelante PTD- y qué se entiende por propuesta técnica simplificada -en adelante PTS-. De tal suerte que la primera (PTD) es aquella que se exige cuando los servicios descritos en los requerimientos técnicos puedan desarrollarse con diferentes enfoques o metodologías³². Y la segunda

³¹ Decreto 2025 de 2009. Artículo 6. Inciso 1.

³² En estos casos solo procederá la selección por el sistema de precalificación por lista corta.

(PTS) cuando la entidad suministre en los requerimientos técnicos la metodología exacta para la ejecución de la consultoría, así como el plan y cargas de trabajo para la misma³³.

Es importante enfatizar, que para la selección de consultores, las entidades estatales cuentan con dos alternativas, el sistema de concurso abierto o el sistema de concurso con precalificación. Al tenor del artículo 61 del D.2474, el concurso abierto es aquel que se desarrolla prescindiendo de la conformación de una lista limitada de oferentes, y en esa medida permite la participación de oferentes que no se han precalificado y respecto a los cuales se exige la presentación de propuestas técnicas simplificadas, mientras que siguiendo el artículo 62 del D.2474, el concurso con precalificación implica la conformación de una lista limitada de oferentes, que será una lista corta si se realiza para un solo concurso de méritos, o una lista multiusos si se realiza para varios concursos de méritos determinados o determinables. De manera que en el sistema de concurso de méritos con precalificación, la precalificación para la conformación de las listas de oferentes aparece como una etapa más que se debe superar, pues antecede al concurso de méritos sobre el cual se aplica.

El artículo 63 del D.2474, manifiesta la necesidad de la realización de una convocatoria pública a través del Secop, que estará encaminada a realizar la precalificación que permita la integración de las listas de oferentes; en la convocatoria deberá indicarse el tipo de lista

³³ En estos casos procede la selección por el concurso abierto, o mediante el de precalificación por lista corta o lista multiusos.

de que trata, los criterios que se tendrán en consideración para la conformación de las listas, los requisitos habilitantes mínimos y el plazo para manifestar interés.

El artículo 64 del D.2474 es claro en lo referente al procedimiento para la conformación de la lista corta:

“[e]l comité asesor verificará el cumplimiento de los requisitos habilitantes, y posteriormente valorará la información allegada con la expresión de interés a partir de los criterios señalados en el aviso de convocatoria pública, teniendo en cuenta los intereses de la entidad y los fines de la contratación.

La entidad conformará la lista corta con un número plural de precalificados que no podrá exceder de seis (6) cuando se deba presentar una propuesta técnica detallada, ni de diez (10) cuando se deba presentar una propuesta técnica simplificada.

En caso de no lograr integrar la lista con al menos dos (2) interesados, la entidad revisará las condiciones establecidas y hará los ajustes que considere necesarios en los criterios para su conformación y dará paso a una nueva convocatoria. En el evento en el que en esta segunda oportunidad no se logre la conformación de la lista y se presente un solo interesado, podrá llevarse a cabo el proceso, siempre que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 90 del presente decreto.

En el aviso de convocatoria que incluye la solicitud de manifestaciones de interés se especificará la forma de valorar la información allegada por los interesados, con base en los siguientes criterios:

a) Experiencia general, relevante y suficiente en las áreas requeridas en el objeto a contratar que asegure la idoneidad del futuro proponente para su ejecución;

b) Estructura y organización del interesado en cuanto a los recursos técnicos, humanos y físicos de que dispone.

Adicionalmente, la entidad podrá tener en cuenta otros criterios, como la capacidad intelectual, el cumplimiento de contratos anteriores y similares, las buenas prácticas, reconocimientos, o cualquier otro elemento de juicio que le permita a la entidad contratante identificar precalificados que puedan ejecutar exitosamente los servicios de consultoría de que se trate.

El comité preparará el informe de lista corta que servirá para adoptar la decisión que la integre. La lista corta será publicada en el Secop. De conformidad con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, contra esta decisión sólo procede el recurso de reposición, previa notificación a los interesados.”

Al tenor del D.2474, el procedimiento de conformación de la lista corta está a cargo del comité asesor, a quien corresponde, principalmente, la labor de comprobar el cumplimiento de los requisitos habilitantes por parte de los oferentes. Luego de dicha verificación, el comité postulará una lista corta, de no más de 6 y no menos de 2 precalificados. Con base en dicha lista se continuará el proceso de selección.

El artículo 65 del D.2474, que hace referencia a la conformación de la lista multiusos, fue suspendido provisionalmente en parte de su segundo inciso por disposición del Consejo de Estado, mediante el ya mencionado, Auto de Mayo 27 de 2009. Tal suspensión se dio

debido a que en el segundo inciso de aludido artículo, se expresaba que: “(...) *El Manual de Contratación de la entidad dispondrá las reglas de funcionamiento de las listas multiusos, y las condiciones para evitar la concentración de adjudicaciones en sus miembros*”; lo cual, en consideración del Consejo de Estado, vulneraría el artículo 2 de la Ley 1150, pues se estaría dando lugar a la creación de procedimientos diferentes por parte de cada entidad estatal, y no por parte de los sujetos a quienes concierne.

Sin embargo, el artículo 65 del D.2474 fue posteriormente modificado por el artículo 7 del D.2025, que expresa:

“Se entiende por lista multiusos la que resulta de la precalificación que haga una entidad de los interesados en participar en varios concursos de méritos determinados o determinables, que tengan objeto común o similar, en los que se exija la presentación de propuestas técnicas simplificadas (PTS).

La vigencia de las listas multiusos no podrá exceder de seis (6) meses, y deberán contener un mínimo de veinticinco (25) integrantes.

Para la integración de las listas multiusos la entidad hará una convocatoria pública a través del SECOP, en la que señalará las condiciones, criterios y requisitos que deben cumplir los interesados para su inclusión en las listas, los cuales se determinarán conforme lo preceptuado en el artículo anterior, así como las reglas básicas de su funcionamiento que eviten la concentración de las adjudicaciones en alguno o algunos de sus integrantes.

Parágrafo 1. Las condiciones de habilitación de los interesados serán verificadas al momento de elaboración de las listas multiusos, sin perjuicio de la posibilidad de actualizar el soporte de las mismas durante su vigencia.

Parágrafo 2. Las listas multiusos serán publicadas en el SECOP con el fin de comunicarlas a los interesados. De conformidad con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, contra esta decisión sólo procede el recurso de reposición, previa notificación a los interesados”.

Una vez conformadas las listas de oferentes y superada la etapa de precalificación, tiene lugar la apertura del proceso de selección.

1.3.1.2 Iniciación o Apertura del Proceso de Selección.

En este orden de ideas, el primer gran paso que deberá realizar la entidad para iniciar el proceso de contratación mediante concurso de méritos, deberá ser la expedición del acto administrativo de apertura, el cual deberá ser de carácter general y motivado de tal forma que señale claramente: El objeto, la modalidad, el cronograma del proceso³⁴, con indicación expresa de las fechas y lugares en que se llevarán a cabo las audiencias que correspondan, lugar -físico o virtual- donde se consultará o retirará el pliego de condiciones y los estudios y documentos previos y definitivos, certificado de disponibilidad presupuestal en

³⁴ Decreto 2025 de 2009. Artículo 1. Parágrafo 3. En el cronograma de las licitaciones públicas se señalará con precisión el plazo a que se refiere el primer inciso del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que de manera previa al inicio del mismo, se deberá realizar en audiencia la revisión de la asignación de los riesgos consagrada en el segundo inciso del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

concordancia con las normas orgánicas correspondientes y convocatoria para veedurías ciudadanas y otros asuntos que se consideren pertinentes (v.gr La definición del tipo de propuesta técnica a requerir, PTD o PTS).

El segundo paso que deberá dar la entidad, será el de la publicación de pliego de condiciones definitivo. El pliego de condiciones deberá detallar claramente los requerimientos para la presentación de la propuesta, indicará los requisitos y objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, y definirá las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan desarrollar los principios de economía, transparencia y responsabilidad.

El pliego contendrá cuanto menos: la descripción técnica detallada y completa del objeto a contratar; la ficha técnica del bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización, o los requerimientos técnicos; los fundamentos del proceso de selección, su modalidad, términos, procedimientos, y las demás reglas objetivas que gobiernan la presentación de las ofertas así como la evaluación y ponderación de las mismas, y la adjudicación del contrato; las razones y causas que generarían el rechazo de las propuestas o la declaratoria de desierto del proceso; las condiciones de celebración del contrato, presupuesto, forma de pago, garantías, y demás asuntos relativos al mismo; y por último, se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios

necesarios para la ejecución del objeto del contrato y se definirá el plazo para la posible liquidación del contrato, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía³⁵.

Es pertinente resaltar que todas las indicaciones contenidas en el pliego de condiciones definitivo deberán observar dos características: En primer lugar, que no se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren, y en segundo lugar, que tampoco se definirán reglas que induzcan a error a los proponentes y contratistas, que impidan la formulación de ofrecimientos que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

Una vez se haya publicado el pliego de condiciones que la entidad exige para oferentes, se está realizando una invitación a presentar propuestas para todos los interesados que consideren que pueden cumplir con los requisitos, requerimientos, condiciones y exigencias contractuales de la entidad pública, y es de este modo que se consigue la presentación de las ofertas que cumplan con los requisitos mínimos de participación en el proceso de selección. De esta manera, los interesados presentarán por escrito antes del vencimiento de la fecha límite señalada, su interés en participar en el concurso de méritos, la cual acompañarán con la presentación de los documentos habilitantes solicitados; para lo cual la

³⁵ Decreto 2474 de 2008. Artículo 6.

entidad tendrá un tiempo corto, prudencial para responder, aclarar y realizar las adendas³⁶ al pliego de condiciones definitivo.

Así consideramos que termina la primera gran etapa del proceso, la cual definimos como todas aquellas actuaciones que van dirigidas a comunicar las expectativas que tiene la entidad de recibir ofertas que cumplan los requerimientos, requisitos y condiciones; y que también va dirigida a comunicar la información que deben tener en cuenta los interesados en presentar ofertas al momento de verificar su idoneidad para suscribir y realizar el contrato.

1.3.1.3 Verificación y Validación del Cumplimiento de los Requisitos.

Consideramos que esta segunda gran etapa está compuesta de varios procedimientos que la entidad realiza: la verificación de los requisitos habilitantes y la evaluación de las propuestas de los proponentes, del modo en que la ley y sus respectivos decretos modificadores lo exigen. Sin excepción alguna, las ofertas presentadas dentro de este proceso de selección, deberán ser evaluadas de forma objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones; así, la verificación de los requisitos habilitantes y evaluación de las propuestas técnicas, consistirá en un simple cotejo entre los documentos y acreditaciones que presentaron los proponentes y los

³⁶ Según el artículo 7 del decreto 2474 de 2008, la modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse adendas, pero siempre teniendo en cuenta que como máximo el término legal permite que sea el día hábil anterior a la fecha del cierre del proceso de selección.

requisitos habilitantes que el pliego de condiciones definitivo establece como mínimo para todos los proponentes.

A continuación y tal como deberá observarse a través de todo el proceso de selección, la entidad deberá ceñirse al cronograma y proceder a la elaboración del informe de evaluación de las propuestas técnicas, el cual deberá contener un exhaustivo y pormenorizado informe que dé cuenta del resultado de la verificación de requisitos habilitantes y la evaluación de las propuestas técnicas. A partir de este momento los proponentes saben si pueden aspirar seriamente a ser los suscriptores del contrato, pues este informe habilita o no a los proponentes con base en criterios objetivos que verifican el cumplimiento de los requisitos mínimos.

Para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. Como antes se manifestó, en ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

De conformidad con la normatividad general que corresponde al debido proceso, las actuaciones procesales, sean judiciales o no, siempre deberán ser informadas y comunicadas a las partes interesadas en el acto o negocio jurídico; esta oportunidad procesal en el marco de esta modalidad de selección es el traslado del informe de evaluación, que no es otra cosa que la publicación de dicho informe, donde claramente

deberá hacerse público el conjunto de consideraciones y opiniones que tiene la entidad sobre las propuestas. Dichas consideraciones se realizarán teniendo en cuenta que en el concurso de méritos, la oferta más favorable a la entidad será aquella que presente la mejor calidad, de acuerdo con los criterios señalados en el pliego de condiciones definitivo, con independencia del precio, que no será factor de calificación o evaluación. Por lo general, estos resultados se publican a través de la página web de la entidad o el lugar físico dónde el acto administrativo de apertura del proceso lo indique.

La evaluación de las propuestas para determinar el ofrecimiento más favorable a la entidad, debe ser efectuada, cuando se trata de un concurso de méritos, por un comité asesor conformado desde la etapa preliminar³⁷ e integrado por una pluralidad impar de personas idóneas para la valoración de las ofertas, que podrían ser servidores públicos o particulares contratados para el efecto, y que estará sujeto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses legales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12, parágrafo 2° del D.2474.

El comité asesor deberá realizar su labor de manera objetiva, teniendo en cuenta la prevalencia de los intereses de la entidad contratante³⁸ y ciñéndose exclusivamente en las

³⁷ Con respecto al comité asesor, el D.2474 expresa en su artículo 58: “*El comité asesorará a la entidad, entre otras cosas, en el proceso de precalificación y selección, según sea el caso, en la validación del contenido de los requerimientos técnicos, en la conformación de la lista corta o de las listas multiusos, en la evaluación y calificación de las ofertas técnicas presentadas de conformidad con los criterios establecidos en el pliego de condiciones y en la verificación de la propuesta económica del proponente ubicado en primer lugar en el orden de calificación*”. De manera que teniendo en cuenta los eventos en los que opera el comité asesor, puede inferirse que se constituye desde la etapa preliminar, antes de la etapa contractual. Ratificamos lo anterior con base en la lectura y análisis de diversos cronogramas de concursos de méritos.

³⁸ Decreto 2474 de 2008. Artículo 59. Parágrafo.

reglas contenidas en el pliego de condiciones; dicha asesoría servirá para recomendar al jefe de la entidad la oferta que mejor satisfaga las necesidades de la misma, pero no será obligatoria de aceptar, siempre y cuando el jefe de la entidad justifique en el acto administrativo con el que culmina el proceso, su decisión de no seguir la recomendación del comité asesor.

En todo caso, luego de cinco días hábiles contados a partir de la publicación del informe de evaluación, los oferentes podrán presentar observaciones que consideren pertinentes para dicho informe, sin poder complementar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

Luego de esto, en el marco de la audiencia establecida en el artículo 88 del D.2474³⁹, se publicará el informe de evaluación, donde finalmente se dará la apertura de la propuesta económica del primer elegible. Así, con la mayor rapidez posible, la entidad procederá a la revisión y evaluación de las propuestas técnicas simplificadas y las propuestas económicas elegibles para realizar la verificación de la consistencia de la propuesta económica, que es la que finalmente permitirá a la entidad tomar una decisión sobre la adjudicación.

Así culmina la segunda etapa del proceso de selección, que consiste en observar, verificar, y evaluar las propuestas, con base en criterios como la selección objetiva y la favorabilidad de la oferta para la entidad. Se tomará una decisión de tal suerte, que si los oferentes

³⁹ Artículo 8. Modifíquese el párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, el cual quedará así:
Párrafo. La audiencia a que se refiere el presente artículo deberá realizarse con posterioridad a la expedición del acto que ordena la apertura de la licitación pública y de manera previa al inicio del plazo para la presentación de las respectivas ofertas.

cumplen con los requisitos, y si también acreditan tener la actitud y la aptitud para el cumplimiento y la ejecución del contrato de interventoría, será el más idóneo elegido como consultor adoptado mediante acto administrativo motivado.

1.3.1.4. Adjudicación del Contrato.

Finalmente, la última etapa es la que concierne a la adjudicación del contrato al oferente que mejor oferta técnica y económica presentó ante la entidad y que finalmente reunió las exigencias y requisitos previstos en el pliego de condiciones al momento de la verificación de viabilidad. Es importante aclarar también que en este momento se tendrá que presentar uno de dos eventos posibles, adjudicación del contrato o declaratoria de desierta, puesto que la administración deberá finalizar todo proceso de selección que haya iniciado, y las posibilidades que da la ley y sus decretos son solo éstas.

Los plazos para efectuar la adjudicación y para firmar el contrato se señalarán en los pliegos de condiciones, sin perjuicio de que el jefe de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término legal no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan.

La adjudicación se hará en audiencia pública, conforme al artículo 273 de la Constitución Política, donde participarán el jefe de dicha entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además, podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las

demás personas que deseen asistir. Es importante aclarar que la declaratoria de desierta únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a dicha decisión⁴⁰.

Es finalmente, a la luz de la normatividad del D.2474 que se da la estimación y concreción de la propuesta para poder llegar a la adjudicación o entrega del contrato, a favor del oferente que haya resultado en mejor posición luego del proceso de selección por concurso de méritos. La ejecución del contrato de interventoría consiste en el desarrollo del objeto del mismo, para lo cual se hace necesario el cumplimiento de las funciones en cabeza del interventor, funciones estas que están instauradas en las obligaciones contraídas por éste al momento de suscribir el contrato.

⁴⁰ De conformidad con el artículo 22 del Decreto 2474 de 2008, y el artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Capítulo II

2. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA.

Al tenor del artículo 32 de la Ley 80, son contratos estatales:

“[T]odos 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 (...)”.

El mismo artículo 32 hace referencia a la interventoría dentro de los contratos denominados de consultoría. Los términos “interventoría” e “interventor” vienen del latín “intervenire” que significa “que interviene”, y reiterando lo que antes se expresó, el contrato de interventoría se presenta como el acuerdo de voluntades en virtud del cual se designa la obligación de controlar, vigilar e inspeccionar la celebración, ejecución, desarrollo y finalización de otro contrato de carácter primigenio, instrumentando conocimientos científicos, técnicos y tecnológicos, equivalentes a quien presta las obligaciones en dicho contrato.

La función de interventoría es importante en la medida que implica la verificación y el control para la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, así como el

cumplimiento de las obligaciones que los contratistas han contraído, para lo que se necesitará verificar el respeto a los plazos establecidos y el cumplimiento de las actividades encargadas, asegurando de esa forma el cumplimiento de los cometidos propuestos por la entidad pública⁴¹. La Procuraduría General de la Nación hace referencia a la importancia de la función de interventoría en los siguientes términos⁴²:

“La labor o gestión de Interventoría tiene una gran importancia en el desarrollo de los contratos dada la autoridad y prevalencia que el interventor tiene en su ejecución, como quiera que le corresponde representar ante el contratista a la entidad contratante para algunos efectos, tomar algunas decisiones sobre el servicio contratado e impartir las instrucciones del caso al contratista [...]”.

Si se observa la regulación del contrato de interventoría en el extinto D.L.222 y se compara con el estatuto de contratación actual, se podrá notar que la regulación de 1983 era más completa, pues hacía referencia a las calidades y atribuciones del interventor, las personas con las que no se podía contratar interventoría y la responsabilidad del interventor⁴³. Por su

⁴¹ Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Decisión con número de radicación 161-01879 (162-082463/2003). PP. León Danilo Ahumada Rodríguez. 02/10/2003.

⁴² Ibídem. Decisión con número de radicación 161-01879 (162-082463/2003).

⁴³ El Decreto-Ley 222 de 1983 señalaba con respecto a la interventoría lo siguiente:

Artículo 120. 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. En los contratos de obras el funcionario público 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 no menor de 3 años.

parte, la Ley 80 únicamente indica que tratándose de un contrato de obra que se celebre como resultado de un proceso de licitación pública, la interventoría deberá contratarse con una persona independiente⁴⁴, tanto de la entidad contratante como del contratista, respondiendo por los hechos y omisiones que se le puedan imputar según lo prevé el artículo 53 de la misma regulación. A su vez, el Decreto 2326 de 1995, mediante el cual se reglamentó el contrato de consultoría, no hace referencia alguna al contrato de interventoría; tampoco hay modificaciones al respecto en la Ley 1150. Por su parte, el D.2474 hace una precisión respecto a la adición del contrato de interventoría, pero tal disposición ha sido suspendida provisionalmente. Sin embargo, y en favor del estatuto de contratación actual, es la Ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único- la que ha regulado en cierta forma la labor del interventor, al incluirlo en su artículo 53 como sujeto

Artículo 121. 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 122. De las personas con quienes no puede contratarse la interventoría. La interventoría no podrá contratarse con el autor del proyecto o diseño correspondientes, 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 hubiere aceptado ni con quien hubiere quedado en segundo lugar en la licitación pública o privada que precedió a la obra objeto de la interventoría.

Artículo 123. De la responsabilidad del interventor. Además de las sanciones penales a que hubiere lugar, la sociedad o persona natural que ejerciere una interventoría 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.

⁴⁴ Procuraduría General de la Nación. Decisión de 26 de octubre de 2001. Expediente No. 001-2007. PP. Benjamín Herrera Barbosa. “... La ley 80 de 1993 en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 32 establece que en los contratos de obra nacidos con ocasión del proceso de selección por licitación pública deberá contratarse la interventoría con un contratista independiente, sin embargo no establece dicho limitante en tratándose de contratos suscritos en forma directa, en los que bien puede contratarse la interventoría en forma independiente o llevarse a cabo a través de funcionarios públicos aptos para ello, siempre y cuando, claro está, el ente estatal cuente con los recursos humanos aptos para ello y del objeto del contrato y las circunstancias que lo rodean no se haga necesaria la contratación externa”.

disciplinable y por lo que debe sujetarse a la disposiciones que al respecto establece dicho estatuto.

El cambio de regulación del contrato de interventoría del D.L.222 a la Ley 80, se dio porque se buscaba brindar más flexibilidad a las partes para que contrataran con base en lo que consideraran más adecuado, teniendo en cuenta la naturaleza y los elementos específicos del contrato sobre el cual se realizaría la interventoría; no obstante, tal intención no produjo los resultados esperados, pues la falta de elementos explicativos que orientaran a las partes ha llevado a las entidades a dejar en cabeza de las interventorías, facultades que exceden las que le son propias dada su labor de verificación y control sobre la ejecución del contrato⁴⁵.

A continuación, con el fin de brindar mayor claridad conceptual, se examinarán las características del contrato de interventoría.

2.1 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA.

No es extraño que los contratos estatales, por el hecho de ser contratos, presenten las mismas características que suelen presentar los contratos civiles, pues después de todo se trata del mismo tipo de acto jurídico. El contrato de interventoría se caracteriza por ser autónomo, bilateral, solemne, oneroso, puede ser de ejecución inmediata o de tracto sucesivo y tiene vigencia condicionada.

⁴⁵ *Ibíd.* Dávila Vinuesa. Pág.710.

2.1.1 El Contrato de Interventoría como Contrato Autónomo.

El contrato de interventoría es autónomo porque si bien es función del interventor vigilar que otro contrato se ejecute con base en lo que se pactó y en las condiciones científicas y técnicas que más se adecuen al desarrollo total del mismo, el contrato de interventoría subsiste como contrato en si mismo, es decir, no se elabora con subordinación a otro contrato, sino que es un contrato independiente cuyo objeto es, en resumidas cuentas, velar por la correcta ejecución de otro⁴⁶. Así por ejemplo, con relación a un contrato de obra, la función del constructor es hacer la obra con estricta sujeción al contrato, mientras que la función de interventor es inspeccionar la ejecución de dicho convenio, más no cumplir con las obligaciones del constructor, ni sustituirlo en sus responsabilidades⁴⁷.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 24 de Febrero de 1995. Número de Radicación 3142. CP. Ernesto Rafael Ariza Muñoz. “... *En cuanto a la actividad de interventoría, si bien es cierto que ella está íntimamente ligada a la de la construcción, como quiera que tiene por objeto supervisar o vigilar que la obra se construya de conformidad con lo estipulado en el contrato, no lo es menos que el interventor no es quien ejecuta la obra y ello de suyo descarta la existencia de un mismo riesgo*”. En esos términos distingue el Consejo de Estado, la interventoría y el contrato sobre el cual esta recae, notando también la diferencia en los riesgos que implica uno y otro contrato.

⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de Septiembre de 1991. Número de Radicación 5127. CP. Carlos Betancur Jaramillo.

2.1.2 El Contrato de Interventoría como Contrato Bilateral y Oneroso.

El contrato de interventoría es *bilateral* porque en él, las partes se obligan recíprocamente⁴⁸, es decir, tanto una parte como la otra asumen obligaciones. En los contratos de interventoría comúnmente se establece lo siguiente:

“CLÁUSULA PRIMERA. --- **OBJETO:** EL INTERVENTOR, se obliga a realizar para El (entidad estatal) _____, la vigilancia y verificación, mediante la interventoría técnica, administrativa y contable sobre la ejecución y cumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato de _____, Por el CONTRATISTA _____ y cuyo objeto es _____, así como el control relacionado con la medida, calidad, oportunidad y pago de las obras”⁴⁹.

Teniendo en cuenta que cláusulas como la aludida presentan obligaciones de índole general, los contratos incluyen otras en las que detallan las funciones específicas que el interventor debe cumplir para de esa forma corresponder a sus obligaciones, por ejemplo.

⁴⁸ Ospina Fernández, Guillermo. Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis. Séptima Edición. Bogotá – Colombia. 2005. P.59.

⁴⁹ Ibídem. Gámez Vizcaíno. Pág.495.

“SEGUNDA. --- FUNCIONES ESPECÍFICAS DEL INTERVENTOR:

Corresponde a EL INTERVENTOR la coordinación, fiscalización y revisión del planeamiento y ejecución de la obra, para lo cual desempeñará las siguientes funciones principales: (...)”⁵⁰”

A estas funciones y otras obligaciones haremos referencia en desarrollo del tema de la ejecución del contrato de interventoría.

Por su parte, el contratante se obliga a reconocer un pago por la labor del interventor, por esto último se trata también de un contrato oneroso, pues tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro⁵¹. Con relación al pago, en los contratos de interventoría se establecen las siguientes cláusulas:

“CLÁUSULA QUINTA. --- VALOR DEL CONTRATO: El valor del presente contrato es por la suma de: _____ (\$) M/cte., incluido el IVA. PAR.--- Dentro del presente valor se entiende incluidos los costos de operación y los factores multiplicadores.

CLÁUSULA SEXTA. --- FORMA DE PAGO: El _____ (entidad estatal) pagará a EL INTERVENTOR el valor del contrato en la siguiente forma: a) Un anticipo (o pago anticipado según se determine por parte de la entidad). Equivalente al ____ por ciento (____%) sobre el valor básico del

⁵⁰ Ibídem. Gámez Vizcaíno. Pág.495.

⁵¹ Código Civil. Artículos 1496 y 1497.

contrato, para cuya entrega será requisito indispensable encontrarse aprobada la garantía única de cumplimiento, y b) El saldo se pagará mediante órdenes de pago periódicas, no inferiores a un mes, acompañadas de los informes periódicos y de las actas de recibo parcial de obra, y descontando de ellas el porcentaje correspondiente al anticipo. De todas maneras el valor del pago final no podrá ser inferior al _____ por ciento (_____%) del valor total del contrato.

CLÁUSULA SÉPTIMA. --- INTERESES MORATORIOS: El _____ (entidad estatal) pagará a EL INTERVENTOR intereses moratorios del _____ por ciento (_____%) mensuales, cuando transcurridos _____ (_____) días hábiles después de presentado el informe correspondiente, junto con el cumplimiento de los demás requisitos exigidos para el pago, no hubiere efectuado éste, conforme los términos contenidos en la cláusula anterior.⁵²”

2.1.3 El Contrato de Interventoría como Contrato Solemne.

Se trata de un contrato *solemne* como los demás contratos estatales, porque todos están sujetos a la observancia de una formalidad y sin ella no producirían efectos⁵³, tal formalidad consiste en elevar el contrato a escrito tal y como lo sostiene el artículo 41 de la Ley 80.

⁵² Ibídem. Gámez Vizcaíno. Pág. 497.

⁵³ Código Civil. Artículo 1500.

“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito [...]”.

Desde la óptica del derecho civil podría decirse que se trata simplemente de un contrato escrito.

2.1.4 El Contrato de Interventoría como Contrato de Tracto Sucesivo o de Ejecución Instantánea y de Vigencia Condicionada.

Puede tratarse de un contrato de *tracto sucesivo* o de *ejecución instantánea*, pues dependiendo del contrato que se controla, vigila e inspecciona, la interventoría podrá llevarse a cabo en un solo acto o se desarrollará durante un tiempo más o menos largo⁵⁴; de allí que también se pueda decir que tiene una *vigencia condicionada*, pues la labor del interventor se extenderá por el mismo tiempo que se extienda el contrato que se controla, vigila e inspecciona. De manera que, si el contrato objeto de la interventoría finaliza antes del plazo que se había pactado por causal de terminación unilateral o por caducidad, la interventoría también encontrará su punto culminante, o si por el contrario se produce una prórroga de tal contrato, la interventoría también se verá prórroga. Este último punto no ha sido ajeno a discusión, pues se planteó un problema con relación a la posibilidad de ampliar el plazo de las interventorías que se realizaban en los contratos de obra.

⁵⁴ *Ibíd.* Ospina Fernández. Ospina Acosta. Pág.72.

El punto de partida para plantear la discusión que se presentó, debe ser recordar que en virtud del artículo 32 de la Ley 80, en el evento en que se haya contratado una obra pública por licitación pública, las entidades estatales tienen la obligación de contratar una interventoría externa, tanto a ella misma como al contratista, y que se acogerá al régimen de responsabilidad consagrado en el artículo 53 de la misma ley⁵⁵.

Ahora bien, siempre existe cuando se trata de contratos de obra, la posibilidad latente de que en estos se presenten situaciones que afecten el plazo de ejecución del mismo, como lo serían entre otras, el retraso en la iniciación de la ejecución de la obra por actividades previas llevadas a cabo por el contratista, la suspensión temporal del contrato por acuerdo entre las partes o por razones ajenas a ellas -como el caso fortuito o la fuerza mayor- y que puedan tener alguna incidencia en el plazo de ejecución que se había establecido desde un principio, o la ejecución de obras que no se previeron porque responden a hechos que se dieron con posterioridad a la iniciación del contrato. Si alguna de estas situaciones se llegara a presentar, el plazo de la interventoría también se vería afectado, pues la interventoría debe mantenerse durante todo el tiempo que subsista el contrato primigenio, en este caso el contrato de obra⁵⁶.

Lo anterior puede verse como un claro ejemplo de la vigencia condicionada del contrato de interventoría, sin embargo el inconveniente surge cuando se considera el tenor del artículo

⁵⁵ Ley 80 de 1993. Artículo 32. N°1.(...) En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación pública, 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 (...).

⁵⁶ *Ibíd.* Matallana Camacho. Pág.359.

40 de la Ley 80, que establece en su párrafo que los contratos estatales no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial⁵⁷, teniendo en cuenta que la adición de un contrato estatal consiste en la modificación de un contrato en ejecución, cuando sea necesario agregarle elementos que no han sido previstos pero guardan conexidad con el objeto contratado, y su realización se torna indispensable para el cumplimiento de las finalidades que tuvo la entidad estatal al contratar⁵⁸. De manera que la discusión que aquí se presenta, consiste en que al ampliar el plazo de ejecución del contrato de interventoría para cumplir con el deber legal del artículo 32 de la Ley 80, se estaría vulnerando la prohibición legal prevista en el artículo 40 de la misma ley, en la medida en que tal contrato de interventoría no podría adicionarse en más del 50% del valor inicialmente pactado expresado en salarios mínimos legales mensuales⁵⁹.

Frente a esta discusión, la doctrina⁶⁰ ha optado por acudir a las normas de interpretación de la ley consagradas en la Ley 57 de 1887, aplicando para este caso, el criterio según el cual la incongruencia de las disposiciones que se encuentran al interior de un mismo código, se resolverá con la preferencia de la disposición consignada en el artículo posterior.

La incongruencia se da, entre la limitación introducida por el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 respecto a la adición de los contratos y lo consagrado en el artículo 53 de la misma ley en virtud del cual los interventores son responsables por el cumplimiento de sus

⁵⁷ Ley 80 de 1993. Artículo 40. Par. (...) Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto N°1121 de 1998. CP. César Hoyos Salazar.

⁵⁹ *Ibidem*. Matallana Camacho. Pág.360.

⁶⁰ *Ibidem*. Matallana Camacho. Pág.360 y 361.

obligaciones, pues al atender la restricción del artículo 40, sería necesario cambiar de interventor en el contrato de obra aunque dicho contrato no haya finalizado, y como consecuencia de este cambio, no se podrá determinar el grado de responsabilidad que tendría el interventor cuando la gestión de la obra no se ajuste a las exigencias y el interventor la haya recibido en esas condiciones. Es por esto, que según la doctrina se aplica preferentemente el contenido del artículo 53 de la Ley 80 con respecto a la prohibición contenida en el artículo 40 de la misma ley, y así como se establecía en el artículo 58⁶¹ del D.L.222 los contratos de interventoría podrán adicionarse más allá de los límites establecidos.

En una postura similar a la de la doctrina, el D.2474 no tuvo en cuenta el límite establecido en el artículo 40 de la Ley 80, al consagrar en el tercer inciso de su artículo 73 que:

“Las prórrogas en tiempo, así como las adiciones en valor a consultorías cuyo objeto sea la labor de interventoría, podrán efectuarse por el período en que se haya prorrogado el contrato objeto de interventoría. En tal caso el valor se ajustará de manera proporcional al del contrato inicial”.

Sin embargo, dicho inciso ha sido suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado en virtud -del ya aludido- Auto de Mayo 27 de 2009, que fue confirmado en providencia de Agosto 6 del mismo año, en la medida que el artículo 40 de la Ley 80 prohíbe adicionar los

⁶¹ Decreto-Ley 222 de 1983. Artículo 58. (...) Los contratos de interventoría, administración delegada y consultoría previstos en este estatuto, podrán adicionarse sin el límite fijado en el presente artículo.

contratos en más de un 50% de su valor inicial, salvo cuando se trate de contratos de concesión de obra pública, y al establecerse en el decreto que los contratos de interventoría podrían adicionarse sin límite en el valor del mismo, considerando solamente la prórroga del contrato sobre el cual recae la inspección y vigilancia, daría lugar a pensar que la adición de este es el parámetro para la adición de la interventoría, y en esa medida se desconocería el artículo 40 de la Ley 80 que establece límite de las adiciones en valor.

2.1.5 Las Cláusulas Excepcionales no se pueden pactar en los Contratos de Interventoría.

Para finalizar nuestra referencia a las características del contrato de interventoría, debemos añadir que a partir del artículo 14 de la Ley 80, se podría inferir que en los contratos de interventoría no es obligatorio pactar la inclusión de cláusulas excepcionales, pues las mismas sólo se pactan obligatoriamente en los contratos que taxativamente señala el aludido artículo 14 en su numeral 2°:

“De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: (...)

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

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

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

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

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

Autores como José Eurípides Parra, expresan una consideración similar a la anterior:

“La hermenéutica surgida del análisis del numeral 2º del artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal, nos permite discernir que en esta clase de contratos -las consultorías- no se entienden pactadas ni es obligatorio establecer las cláusulas excepcionales o privilegios exorbitantes a favor de la administración. Luego es facultativo dentro del libre acuerdo de voluntades o de la autonomía de la voluntad

de los contratantes el instaurar las mismas dentro de las cláusulas del contrato, lo cual en ese evento si dotara a la administración de privilegios o prerrogativas que permitirán la aplicación de las cláusulas de terminación, modificación, interpretación o de caducidad”⁶².

Sin embargo, lo cierto es que cuando se trata de contratos de consultoría -dentro de los cuales la interventoría es una especie- no se pueden pactar cláusulas excepcionales; al respecto el Consejo de Estado manifiesta de forma explícita que:

“... [E]xisten tres grupos de contratos en torno a los cuales el régimen de dichos poderes exorbitantes es diferente. En el primer grupo se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; son las denominadas “cláusulas virtuales”. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal.

Al segundo grupo pertenecen los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula. A este grupo pertenecen, según el párrafo del art. 14 de la ley 80 ‘... los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y

⁶² *Ibíd.* Parra Parra. Pág.34.

arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales...’.

El tercer grupo lo integran los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no existen. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro (...) Esta posibilidad abre un espacio al principio de la autonomía de la voluntad, en un tema donde la tradición administrativa había entendido que exclusivamente la ley, no las partes del contrato, podía disponer la inclusión de las cláusulas exorbitantes, sin perjuicio de que el origen de las potestades propias de tales cláusulas provenga siempre de la ley, en unos casos, porque las impone y, en otras, porque simplemente la autoriza.

En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales. Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la

respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones: De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales. De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios”⁶³. (Subrayado fuera de texto)

Así, pese a que en el artículo 14 de la Ley 80 no se haga referencia al contrato de consultoría, y en esa medida no se pueda determinar si las cláusulas excepcionales son obligatorias, opcionales o prohibidas con relación a ese contrato; podemos sostener que no se pueden pactar cláusulas excepcionales en los contratos de consultoría, y por ende en los de interventoría, ya que para incluir dichas cláusulas en dichos contratos, es necesaria la autorización expresa de la ley, debido al carácter extraordinario de las cláusulas excepcionales, por lo cual, el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no faculta para incluirlas.

⁶³ Ibídem. Consejo de Estado. MP. Alier Hernández Enriquez. Sentencia de 30 de noviembre de 2006.

2.2 SUJETOS DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA.

Siguiendo lo que establece la Ley 80 en su artículo 6, solamente las personas capaces, los consorcios y las uniones temporales podrán celebrar contratos con las entidades estatales. Desde la óptica de la ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

- a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles [...]”.*

Respecto a los consorcios y a las uniones temporales, se hace referencia en el artículo 7 de la Ley 80⁶⁴.

⁶⁴ Ley 80 de 1993. Artículo 7. De los Consorcios y Uniones Temporales. Para los efectos de esta ley se entiende por:

Por otro lado, como se dijo en un principio, la interventoría puede ser desarrollada por un particular, mediante contrato de interventoría, o por un servidor público no sin que medie un acto administrativo de delegación de funciones. Las entidades estatales podrán designar interventores estatales, pero si la entidad estatal no cuenta con un servidor público que esté en capacidad de llevar a cabo dicha función, será preciso que la administración contrate a un consultor para que desempeñe funciones de interventor, cumpliendo a su vez con el deber objetivo de cuidado o *Lex Artis* que su profesión exige⁶⁵.

2.3 LA ACTIVIDAD DEL INTERVENTOR COMO FUNCIÓN PÚBLICA.

Cuando se habla de función pública se esta haciendo referencia a aquella que tiene como propósito primordial la defensa y realización de los intereses generales, desarrollándose con

1. Consorcio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

2. Unión Temporal: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

No son claras las diferencias entre estas dos formas conjuntas de negociación y esto ha llevado a una gran confusión en el ámbito de la contratación estatal, por eso vemos conveniente hacer una aclaración: Un consorcio es un sistema de mediación que da la posibilidad a un grupo de personas de organizarse en forma mancomunada para llevar a cabo la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, y aunque conservan su individualidad jurídica, asumen una responsabilidad solidaria en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones contractuales (Corte Constitucional. Sentencia C-414 de 1994. MP. Antonio Barrera Carbonell). La unión temporal presenta las mismas características generales del consorcio, diferenciándose en que quienes la integran, cuentan con la posibilidad de determinar el alcance y contenido de su participación en la ejecución del objeto contratado, así, los efectos de los actos sancionatorios recaerán únicamente sobre quien haya incurrido en la falta o incumplimiento.

⁶⁵ *Ibidem.* Parra Parra. Pág. 38.

base en los principios de celeridad, economía, eficacia, igualdad, imparcialidad, moralidad y publicidad⁶⁶.

Siguiendo lo establecido en el numeral primero del artículo 4 de la Ley 80, las entidades estatales tienen el derecho a exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del contrato, todo sea para la consecución de los fines de la contratación estatal. Siguiendo la misma línea, el numeral primero del artículo 26 de la misma ley precisa que la vigilancia de la correcta ejecución del objeto del contrato y la protección de los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, son actividades a las que están obligados los servidores públicos buscando el cumplimiento de los fines de la contratación⁶⁷.

Ahora bien, para que se efectúe la vigilancia de la correcta ejecución del objeto del contrato y se pueda proteger a las partes y a los terceros que eventualmente podrían resultar afectados, la entidad contratante podrá designar a uno de sus servidores la labor de interventoría en el respectivo contrato; así, considerando la calidad de servidor público de quien asume la interventoría, éste responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual, siguiendo lo establecido en la Constitución y la ley. También podrá la entidad contratar a un particular, considerando sus conocimientos técnicos y que se encuentre inscrito, clasificado y calificado en el registro

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-670 de 2001.MP. Manuel José Cépeda Espinosa.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis.

único de proponentes como cualquier otro contratista⁶⁸ para realizar la actividad de interventoría del contrato, ya sea porque así lo establece la ley -como ocurre con los contratos de obra que se hayan celebrado como resultado de una licitación pública- o por decisión de la misma entidad, una vez que haya certificado la inexistencia de personal de planta que pueda llevar a cabo las actividades por las que se va a contratar. Por tratarse de un interventor externo, responderá civil y penalmente por el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del contrato de interventoría y también por los hechos y las omisiones que a su vez se derivan de dicho contrato, que le sean imputables y que hayan ocasionado daños o perjuicios a las entidades⁶⁹.

Sin embargo, es llamativo lo que se manifiesta al tenor del artículo 56 de la Ley 80:

“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”.

⁶⁸ Ibídem. Ley 80 de 1993. Artículo 22.

⁶⁹ Ley 80 de 1993. 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.

¿Entonces el interventor externo o particular sólo estará cumpliendo funciones públicas cuando sea para efectos penales, quedando por ende excluidos otros tipos de responsabilidad de la actuación oficial?

Eso fue lo que expresó la Corte Constitucional en la Sentencia C-543 de 1998, sosteniendo que el artículo aludido equipara la conducta del particular a la de un servidor público únicamente para efectos penales, considerando a su vez que otra forma de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como lo es la responsabilidad disciplinaria, se predica exclusivamente de los funcionarios que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria. Puede notarse entonces la aplicación de un criterio subjetivo, que no sólo se había evidenciado en la sentencia a la que se ha hecho referencia, sino también en la Sentencia C-280 de 1996.

Empero, el Código Disciplinario Único expresa en su artículo 53:

“El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado”. (Subrayado fuera de texto).

La Corte Constitucional, cambió su línea jurisprudencial, en Sentencia C-181 de 2002, al manifestar:

“... [e]l ejercicio de funciones públicas por parte de particulares conlleva un lógico incremento en el nivel de responsabilidades del sujeto a cargo de la prestación que deriva en una intensificación de los compromisos adquiridos para con el Estado. Las obligaciones que el particular asume por razón del ejercicio de una función pública son de tal relevancia que su responsabilidad se extiende más allá de los límites impuestos a los que no prestan servicio alguno. Así, mientras los particulares que no se encuentran vinculados al Estado mediante una relación de servicio público regulan su responsabilidad de acuerdo con la primera parte del artículo 6º de la Constitución Política, es decir, que son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y la Ley, los que sí lo están se hacen responsables por “omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

“... La jurisprudencia constitucional reconoce que es legítimo, por acogerse a los principios generales de la Carta, someter al régimen disciplinario de los servidores públicos a los particulares en ejercicio de funciones públicas. La falta de vinculación del particular con el Estado, que se traduce en falta de subordinación jurídica, se ve superada por la naturaleza del encargo asignado, de modo que las previsiones contenidas en la ley disciplinaria le son aplicables a aquél, en lo que le resulte pertinente”.

“... La Corte ha precisado que los alcances del sometimiento de los particulares a la Ley disciplinaria no es total y que tan solo se limita a los asuntos directamente relacionados con la prestación del servicio público. En efecto, previo reconocimiento de los límites que imponen el principio de legalidad y el debido proceso, la Corte ha aclarado que la sumisión de los particulares que ejercen funciones públicas al régimen disciplinario de los servidores estatales no constituye una autorización general para que el Estado inspeccione la actividad de aquellos en asuntos ajenos al ejercicio de este específico servicio”.

Considerando que el interventor, al ser el encargado de vigilar el correcto desarrollo del contrato, puede solicitar y exigir al contratista la información que a su criterio se necesite; que puede también, a nombre de la administración, llevar a cabo revisiones en forma periódica que resultan indispensables en la verificación de las obras realizadas, los servicios que han sido prestados y los bienes que se han proveído, y la adecuación de los mismos a las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; y además, que a su labor se sujetará el hecho de que la administración que esta a cargo de un contrato determinado, adopte y ponga en funcionamiento de manera oportuna, las medidas que sean necesarias para que se mantengan -mientras se desarrolla y ejecuta- las condiciones económicas, financieras y técnicas que en él se previeron. Podría decirse que al interventor le son atribuidos privilegios que en principio solamente atañen a la administración, y en esa medida su función se torna determinante en el cumplimiento de los fines de la contratación estatal. Así, tales funciones que las normas contractuales asignan a los servidores públicos y que por virtud del contrato de interventoría pueden ser ejercidas por un particular,

implican el ejercicio de una función pública por parte del mismo y en ese sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria⁷⁰. Adopta la Corte de esta forma un criterio material.

2.4 LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA.

La ejecución del contrato de interventoría consiste en el desarrollo del objeto del mismo, para lo cual se hace necesario el cumplimiento de las funciones en cabeza del interventor. Las funciones del interventor se expresan en el contrato, precisa y taxativamente, pero antes de hacer referencia a ellas, es conveniente recordar ciertas obligaciones que se consagran en el contrato y anteceden la ejecución del mismo, como lo son las garantías y la designación del personal por parte del interventor, que comúnmente se detallan en los contratos de la siguiente forma:

“CLÁUSULA NOVENA. --- **GARANTÍAS:** EL INTERVENTOR se obliga para que dentro de los tres días hábiles siguientes al del perfeccionamiento del contrato, constituya a favor de El _____ (entidad estatal) la garantía única, otorgada a través de una compañía de seguros o entidad bancaria cuya póliza matriz esté aprobada por la Superintendencia Financiera, que ampare los siguientes riesgos: 1. Cumplimiento del contrato, equivalente al _____ por ciento (___%) del valor total del mismo, cuya vigencia será igual a la del contrato y _____ (___) meses más, contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento. 2. Manejo

⁷⁰ Ibídem. Sentencia C-037 de 2003.

y buena inversión del anticipo, cuya cuantía será equivalente al cien por ciento (100%) del valor del mismo, y con vigencia igual a la del contrato.

CLÁUSULA DÉCIMA. --- PERSONAL DEL INTERVENTOR: EL INTERVENTOR se obliga a suministrar el personal que se requiera para la ejecución del contrato. Este personal dependerá exclusivamente del EL INTERVENTOR, quién será su empleador directo y responderá por sus salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. El _____ (entidad estatal) se reserva el derecho de solicitar a EL INTERVENTOR los cambios de personal que considere convenientes y este se obliga a realizarlos a satisfacción”⁷¹.

Como ya se expresó, para el desarrollo del objeto del contrato de interventoría se hace necesario llevar a cabo ciertas funciones. Por lo general, tales funciones se establecen en los contratos así:

“**CLÁUSULA SEGUNDA. --- FUNCIONES ESPECÍFICAS DEL INTERVENTOR:** Corresponde a EL INTERVENTOR la coordinación, fiscalización y revisión del planeamiento y ejecución del contrato de _____, para lo cual desempeñará las siguientes funciones principales: a) *Programar las actividades que debe desarrollar para el cumplimiento del objeto del presente contrato;* b) *Analizar los planos, diseños y especificaciones del proyecto, el plan y programa de trabajo del equipo y personal con que cuenta el CONTRATISTA para la ejecución de la obra;* c) *Verificar que las*

⁷¹ Ibídem. Gámez Vizcaíno. Pág.497 y 498.

inversiones que efectúe el CONTRATISTA, con los dineros entregados por El _____ (entidad estatal) en calidad de anticipo, se realicen únicamente en el objeto del presente contrato y se haga de la manera más eficiente y económica; d) Revisar los libros de contabilidad y exigir al CONTRATISTA la información que considere necesaria; e) Para dar cumplimiento a la correcta inversión del anticipo, solicitará al CONTRATISTA mensualmente fotocopia del extracto bancario de la cuenta abierta para el manejo del mismo y la anexará al informe sobre avance de obra; (...) l) Revisar y aprobar los planes de trabajo presentados por el CONTRATISTA y verificar que éstos correspondan a lo estipulado en el programa original y al desarrollo armónico del contrato; ll) Emitir concepto técnico previo sobre la suspensión, celebración de contratos adicionales y actas de modificación de los contratos; m) Informar a El _____ (entidad estatal) oportunamente acerca de situaciones o hechos que afecten el desarrollo del presente contrato en cualquier etapa de su ejecución; n) Remitir copia del informe final al banco de proyectos, en donde se especifique la obra realizada y el estado en que se entregó a El _____ (entidad estatal); (...) o) Las demás descritas en el presente contrato⁷²”.

Puede decirse entonces que en desarrollo del contrato de interventoría, al interventor le corresponde:

⁷² Ibídem. Gámez Vizcaíno. Pág.495 y 496.

I. Examinar y fiscalizar la ejecución del contrato primigenio con el propósito de asegurar que la misma sea idónea y oportuna; es por eso que el interventor ejerce vigilancia y control sobre el contrato. A partir de tal vigilancia deberán formularse las observaciones pertinentes para el desarrollo adecuado del contrato y respecto al control al que se hace alusión, éste debe ser de carácter técnico, financiero y económico⁷³.

II. Exigir el cumplimiento idóneo y oportuno del objeto contratado, teniendo en cuenta las especificaciones técnicas, los términos de referencia y la propuesta del contratista, debiendo establecer muy bien el objeto, plazo, y demás condiciones⁷⁴. El interventor certificará si la actividad contratada se realizó de forma correcta o incorrecta, y a ello se sujetará que la entidad pública pague o se abstenga de pagar los servicios prestados. Para efectos de lo anterior, el interventor firmará las denominadas certificaciones de recibo a satisfacción o de cumplimiento de la labor encomendada, que ofician como soporte fundamental para que se tramiten las cuentas de cobro, ya que sin certificación por parte del interventor de que las actividades se han llevado a cabo satisfactoriamente no se podrá efectuar el pago por los servicios realizados.

III. Manifiestar sus observaciones por escrito, tanto al contratista como a la entidad contratante. Sus anotaciones deberán llevarse en un manual o bitácora de obra, mediante la cual sea posible consolidar un historial que pueda oficiar como prueba de sus comentarios,

⁷³ Procuraduría General de la Nación. Decisión de 05 de Diciembre de 2003. Número de Radicación 021-65592-2001. PP. Benjamín Herrera Barbosa.

⁷⁴ *Ibidem*. Procuraduría General de la Nación. Decisión de 05 de Diciembre de 2003. Número de Radicación 021-65592-2001.

críticas, cuestionamientos, observaciones y recomendaciones a la ejecución del contrato. Las recomendaciones que hace el interventor tienen un carácter preventivo, pues están encaminadas a mostrar las fallas en las que ha incurrido el contratista en la ejecución del contrato, para así conseguir que se corrijan y no se produzcan lesiones al patrimonio público, incrementos en los costos iniciales del contrato o un fracaso total del mismo⁷⁵.

IV. Siempre que se haya pactado, revisar los libros de contabilidad y exigir al contratista los informes que considere oportunos para que el contrato se desarrolle adecuadamente.

V. Verificar que el contratista invierta el dinero que le ha sido entregado en calidad de anticipo, de forma eficiente y con relación al objeto del contrato sobre el cual recae la interventoría, para lo cual solicitará mensualmente al contratista la fotocopia del extracto bancario de la cuenta que se ha dispuesto para el manejo del anticipo, que luego se adjuntará al informe sobre el avance en la ejecución del contrato.

VI. Brindar instrucciones y órdenes al contratista sobre asuntos de su responsabilidad. Así, si en la ejecución del contrato se incurre en algún error el interventor deberá informarlo para dejar a salvo su responsabilidad, de la misma forma en relación con lo anterior, podrá exigir una mejor ejecución del contrato.

⁷⁵ *Ibíd.* Parra Parra. Pág. 45 y 47.

VII. Aceptar el *Ius Variandi* del contrato cuando así lo exijan las necesidades o permitir la variación para evitar atrasos tecnológicos o técnicos o que pueda ocasionarse un desequilibrio financiero que lleve a la interrupción del contrato⁷⁶.

VIII. Presentar a la entidad estatal los siguientes informes: 1) Un informe semanal resumido de avance; 2) Un informe mensual, en el que estén descritos los trabajos y se haga un análisis de la ejecución de los programas; 3) Informes técnicos parciales o preliminares respecto a la terminación de cada una de las actividades parciales; y 4) Un informe final en el que se presenten los resultados de la ejecución de los trabajos objeto del contrato, programas de computador, recomendaciones y planos⁷⁷.

Básicamente con el cumplimiento adecuado de estas funciones se desarrollará el objeto del contrato de interventoría y así se llevará a cabo la ejecución del contrato, sin embargo es conveniente examinar como se desarrolla el mismo en la práctica, punto que tocaremos en la parte final de nuestro estudio.

⁷⁶ *Ibíd.* Parra Parra. Pág.50.

⁷⁷ *Ibíd.* Gámez Vizcaíno. Pág.499.

CAPÍTULO III

3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL INTERVENTOR.

En los eventos en que un bien o servicio no se suministre o preste de manera adecuada, o en aquellos en los que se entregue la obra en mal estado, no sólo habrá responsabilidad de la administración y el contratista, también habrá responsabilidad por parte del interventor, tanto en la esfera del derecho civil y penal, como, según lo anteriormente expresado, en la esfera del derecho disciplinario.

El interventor responderá por dolo, cuando actúe de mala fe y falte a sus deberes en forma premeditada; responderá por culpa si su actuación es imprudente o negligente, o por impericia en el ejercicio de su labor⁷⁸. La actuación omisiva por parte del interventor puede ubicarlo como cómplice necesario en un delito contra la administración pública.

La Procuraduría General de la Nación es una de las entidades que más ha tratado el tema de la responsabilidad del interventor y una de las que más soluciones ha proporcionado en el ordenamiento nacional⁷⁹. Lo anterior, considerando la función que le ha sido impartida por la Constitución en el numeral 6 del artículo 277, según la cual podrá:

⁷⁸ *Ibíd.* Parra Parra. Pág. 66.

⁷⁹ Tomado de: <http://relatoria.procuraduria.gov.co/carea.asp>.

“6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponerlas respectivas sanciones conforme a la ley”. (Subrayado fuera de texto).

Así, dado el lugar que ostenta la Procuraduría General de la Nación, es conveniente traer a colación algunas de sus decisiones, para conocer cual ha sido la posición de esta entidad, frente a la figura de la interventoría en el ordenamiento jurídico nacional.

La Procuraduría manifestó en Decisión de 6 de Julio de 2004, número de radicación 165-77705-2002⁸⁰, que:

“Los interventores no pueden variar el monto de sus ingresos estimados de manera arbitraria así tenga justificación o razón de ser, ya que existe el riesgo de poder incidir en una violación a la normatividad vigente, afectando el erario público”.

De esa forma, la actividad del interventor no podrá exceder el marco contractual y legal existente, ya que en caso de hacerlo el interventor tendría una responsabilidad sobre dicha

⁸⁰ La decisión en cuestión tiene los siguientes hechos: La Contraloría General de la Republica a través del Delegado para el sector Social, puso en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación, presuntas irregularidades detectadas en la Universidad Militar Nueva Granada, relacionadas con la suscripción del contrato de interventoría N° 153 del 8 de septiembre de 1999, un mes antes de suscribirse el contrato sobre el cual recaería su objeto, haberse pagado un mayor valor frente al que presentara el contratista en su propuesta, los hechos expuestos llevaron a la investigación y el posterior pronunciamiento por parte de la Procuraduría General de la Nación.

modificación presupuestal que no solo puede afectar sus ingresos estimados, sino que también puede acarrear una sanción dado el ejercicio de la función.

En Decisión de 18 de Julio de 2007 número de radicación 058-3749-2005, la Procuraduría manifestó⁸¹:

“(…) Se debe entender que la interventoría cumple una función armonizante entre los objetivos particulares de la entidad contratante y el contratista en la ejecución o desarrollo de un contrato o convenio, además debe velar por la salvaguardia de los derechos de la entidad contratante y del contratista, con un fin único: lograr el objetivo que se busca conseguir con la contratación de la manera más eficaz y eficiente, puesto que posee un total conocimiento y autoridad en el tema”.

De manera que se exige por parte del interventor cierta diligencia y vocación en el cumplimiento de su deber, pues se espera de él más de lo que por virtud del contrato le corresponde, pues no sólo está sometido al contrato, sino a la ley, y esta consagra la función de velar por la eficacia de la contratación.

⁸¹ La decisión en cuestión tiene como fundamento los siguientes hechos: Mediante escrito presentado el 15 de marzo de 2005, Alex Reinel Silva y otros, denunciaron ante la Procuraduría Regional del Casanare posibles irregularidades presentadas en el desarrollo del contrato No. 219 del 28 de junio de 2002, suscrito entre el Municipio de Aguazul, representado por José Mauricio Jiménez Pérez, en su condición de Alcalde Municipal de Aguazul y Olegario Gutiérrez, contenidas en la investigación preliminar No. 890 de la Contraloría Departamental del Casanare, con base en la anterior queja, la Procuraduría Regional del Casanare, por auto del 18 de abril de 2005, dispuso adelantar indagación preliminar con la finalidad de verificar la ocurrencia de la conducta relacionada con posibles irregularidades presentadas en el contrato No. 219 del 28 de junio de 2002, consistentes en que, al parecer, el equipo que se había suministrado era de segunda y no funcionó en debida forma, lo hechos expuestos llevaron a la investigación y posterior pronunciamiento por parte de la Procuraduría General de la Nación.

Con relación al tema de la vigilancia, control e idoneidad en el ejercicio de la función de la intervención, la Procuraduría manifestó en decisión de 31 de Octubre de 2007 número de radicación 080-5523-05⁸² que:

“...[s]i el interventor tiene a su cargo la verificación de la correcta ejecución del contrato, para lo cual debe acudir al analizar, detalladamente, el objeto del contrato, el visto bueno del mismo, para la ejecución de las actividades contractuales y para la finalización y liquidación de las mismas, debe impartirse, únicamente, cuando encuentre que la totalidad de dichas actividades se encuadran dentro del objeto contratado, puesto que, de lo contrario, en cumplimiento de sus obligaciones, deberá dejar constancia de esa circunstancia y tomar los correctivos del caso”.

La no observancia de lo expresado, es clara causal de responsabilidad.

Es relevante mencionar que con respecto al tema de la responsabilidad del interventor, la Contraloría General de la República ha ido asumiendo un papel trascendente, teniendo en

⁸² La decisión en cuestión tiene como fundamento los siguientes hechos: Mediante oficio del 14 de enero de 2005, dirigido a la Procuraduría Regional de Antioquia, el coordinador de la oficina de control disciplinario interno del Banco Agrario, regional Antioquia, remitió varios documentos, con el fin de que se adelantara la correspondiente investigación disciplinaria, por las irregularidades ocurridas en la interventoría del proyecto de vivienda de interés social que se ejecutó en el corregimiento El Aro, municipio de Ituango, Antioquia, en el proceso existe prueba de que el disciplinado no exigió al contratista la ejecución idónea de dicho proyecto, así como de que se abstuvo de presentar la documentación requerida para la liquidación del contrato respectivo, de lo expuesto se siguieron las investigaciones pertinentes y el pronunciamiento por parte del ente de control.

cuenta lo consagrado en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000 -en adelante Ley 610-, pues se establece en dicha norma que a esta entidad le corresponde adelantar los procesos de responsabilidad fiscal⁸³, que consisten en:

“[E]l conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado”.

Es posible que el interventor sea sujeto de control por parte de la Contraloría y que con respecto al mismo se adelante un proceso de responsabilidad fiscal. Se podrá predicar responsabilidad fiscal por parte del interventor siempre que haya una conducta dolosa o culposa atribuible, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos factores mencionados.

Se hace necesario ahora, aclarar la razón por la cual los interventores pueden ser sujetos de control por parte de la Contraloría.

La Ley 610 regula el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, en virtud del cual se busca:

⁸³Contraloría General de la República. Página Web: <http://www.contraloriagen.gov.co>.

“...[E]l resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”⁸⁴.

Siguiendo lo anterior, se tiene que el sujeto objeto de esta ley, es quien realiza gestión fiscal, y al respecto la Ley 610 en su artículo 3 establece lo siguiente:

“Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”.

Respecto a la noción de gestión fiscal, la Corte Constitucional manifestó en Sentencia C-840 de 2001⁸⁵:

⁸⁴ Ley 610 de 2000. Artículo 4.

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-840 de 2001. MP. Jaime Araujo Rentería.

“(…) se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.” (Subrayado fuera de texto)

A la noción de gestión fiscal también hizo referencia el Consejo de Estado en Concepto 848 de 31 de julio de 1996:

“Gestión Fiscal. Gestión significa: acción y efecto de gestionar o de administrar. Gestionar es hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera. Administrar tiene, entre otras acepciones, la de ‘ordenar, disponer,

organizar en especial la hacienda o los bienes'. Fiscal es lo que se refiere al fisco y por éste se entiende lo relativo al erario, al tesoro público o la hacienda pública”.

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República buscó aclarar el tema de la gestión fiscal y su incidencia con los interventores, partiendo para ello de los planteamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Así, en concepto EE69878-08⁸⁶ expresó que para determinar si el interventor ejerce gestión fiscal, se debe observar si tiene poder decisorio sobre los recursos públicos, analizando cada una de las obligaciones y actuaciones que ejecuta. Establece el aludido concepto:

“Para el caso de los interventores, éstos per se no son gestores fiscales, empero si sus actuaciones se relacionan con la toma de decisiones en el gasto, erogación u otra forma de manejo del dinero público, adquiere esta connotación”. (Subrayado fuera de texto).

Con respecto a este punto, es válido tener presente lo expuesto por el numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, el cual determina los lineamientos respecto a los deberes del interventor, los cuáles a su vez deben analizarse en concordancia con lo que es el ejercicio de gestión fiscal; expresa la normativa en mención lo siguiente:

⁸⁶ Contraloría General de la República. Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República. Concepto OJ.EE52223-04. Proyectó: Lucenith Muñoz Arenas. Firmó: Rafael Espinosa Ortega. Concepto EE69878-08. Proyectó: Isabela Narváez Coral. Firmó: Luis Guillermo Candela Campo.

“No exigir, 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.”

De manera que el contrato de interventoría implica la intervención y fiscalización de un asunto contratado y la autorización de acciones.

Se establece también en el concepto mencionado que:

“No es procedente a la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República establecer una enumeración taxativa de los casos en los cuales hay gestión y responsabilidad fiscal, en tanto es competencia de quien ha sido designado para adelantar una investigación o proceso de responsabilidad fiscal, determinarlo en cada caso concreto. Sin embargo los fundamentos normativos aquí citados son lineamientos que permiten establecer si un caso particular encuadra dentro de lo que se considera gestión y responsabilidad fiscal”.

El proceso de responsabilidad fiscal se desarrolla en la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios fiscales y Jurisdicción Coactiva la cual tiene como obligación dirigir los procesos de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva que existan como

producto del ejercicio de la vigilancia fiscal y de las denuncias presentadas, así como de los informes de otras entidades de control y vigilancia⁸⁷.

Cabe resaltar que en la práctica, en todos aquellos proyectos en los cuales existen recursos públicos del orden nacional o con montos muy altos, generalmente la Contraloría General de la República establece auditorías al año siguiente de la entrega de la obra, para así supervisar y hacer un control de ésta en relación a los recursos entregados, y de este modo descartar cualquier irregularidad y verificar el cumplimiento total; en caso tal que se den irregularidades, para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal se tendrá en cuenta si el interventor dejó constancia alguna de la irregularidad, para determinar si existió o no responsabilidad de este en dicha falencia.

⁸⁷ http://www.contraloriagen.gov.co/html/responsabilidad_fiscal/responsabilidad_inicio.asp.

CAPÍTULO IV

4. SITUACIONES PRÁCTICAS CON RESPECTO A LA INTERVENTORÍA.

Con lo ya explicado, confiamos en haber brindado los elementos necesarios para que sea comprensible la figura del interventor y el contrato mediante el cual se adquieren sus servicios. Sin embargo, consideramos que no basta con aportar un acercamiento teórico al tema, ya que los aspectos relacionados con el contrato y la labor del interventor son esencialmente prácticos, por eso hemos acudido a personas inmersas en ese campo, para de esa forma poder presentar una idea de la interventoría en la praxis.

En el acercamiento a quienes se desempeñan como interventores y a los contratistas sobre los cuales recae la interventoría, varios detalles llamaron nuestra atención:

El primero fue que sin que hubiese algún tipo de relación o vínculo entre ellos, todos sostuvieron que la interventoría es una figura que presenta falencias, entre las que se destacan, la selección de interventores que tienen cierta afinidad con el contratista, haciendo de la interventoría una actividad más de apoyo que de control; la escogencia de “interventores de papel” que son aquellos que se desempeñan permanentemente en la oficina, dejando de lado el imperioso “trabajo de campo” que la interventoría implica; la falta de experiencia de los interventores y algunas firmas de interventoría; el hecho de que

para algunos contratistas, el interventor aparezca como un enemigo en la actividad que se desarrolla; y el hecho de que los interventores se excedan en su función, desnaturalizando la actividad de interventoría.

Otro aspecto en el cual hicieron mucho énfasis fue el referente a los pliegos de condiciones, los cuales son muchas veces diseñados de manera tal, que sólo un sujeto específico se encuentra en condiciones de presentarse a concurso, contradiciendo por ende el principio de transparencia, pues en ocasiones, y más que todo en el ámbito municipal y departamental, se da que las entidades, considerando elementos y aptitudes -manejo de idiomas, títulos en el exterior- de un posible contratista que a su vez son difíciles de hallar en otro, elaboran el pliego y exigen en él tales cualidades, dando por ende opción en dicho pliego a un solo posible contratista. Vale aclarar, que quienes nos manifestaron la anterior opinión concuerdan en que la conducta a la que se hizo alusión no se da cuando se trata de entidades de índole nacional, como INVIAS o FONADE, pues los pliegos que estas publican dan posibilidad a que las empresas calificadas participen del concurso.

Manifestaron también, que si bien los mecanismos introducidos en las distintas disposiciones pueden brindar algo de transparencia y eficiencia al proceso -v.gr la clasificación entre concursos abiertos, para los que se precisa una lista corta, y concursos precalificados, para los que se precisa una lista multiusos- ello no necesariamente implica que se presente una selección cien por ciento objetiva. Por tal razón, consideran indispensable fortalecer la labor de control desde la selección del interventor, sugiriendo para ello la creación de una comisión externa a la entidad, con personal capacitado que

lleve a cabo el diseño de los pliegos de condiciones considerando el objeto del contrato sobre el cual recaerá la interventoría, y a su vez, que adelante la selección del interventor.

Con respecto a la selección objetiva, no podemos dejar de hacer referencia a lo expresado por Gonzalo Suárez Beltrán⁸⁸, con relación al cambio que introdujo la Ley 1150 en lo atinente al concurso de méritos, dando prioridad a la calidad de lo que se va a contratar sobre la cuantía de lo que se contrata. Planteó Suárez Beltrán la siguiente situación:

“Si usted tuviese problemas cardiacos y por ende acude a un cardiólogo, ¿A cual acude, al más barato o al más caro?... Suponiendo que contamos con los recursos para acceder a cualquiera de los dos, seguramente acudiremos al más costoso porque este nos brinda más confianza y nos garantizará un mejor resultado... En el ámbito de la contratación estatal ¿Le pagaría al consultor más barato?”.

En el mismo razonamiento se basaba la selección de consultores en la Ley 80, por lo cual esta establecía parámetros relacionados con la cuantía del contrato, y cómo bien lo manifestamos al principio de nuestro estudio la Ley 1150 modificó esta situación, el criterio para la adjudicación vino a ser la calidad del contratista -el consultor y para lo que nos interesa, el interventor-, pero ¿cómo se pone en práctica el principio de selección objetiva de la contratación pública si el criterio para la selección misma es más subjetivo que

⁸⁸ Pontificia Universidad Javeriana. Foro: Contratación Estatal Inteligente. Abril 22 de 2009. Ponentes: Gonzalo Suárez Beltrán, Luis Guillermo Dávila Vinueza y Mario Roberto Molano López.

objetivo? Esta ha sido una de las grandes críticas al concurso de méritos y en la práctica un motivo de constante desconfianza.

Debe mencionarse entonces que el D.2474 presenta la herramienta para solucionar tal problemática, y aunque no se vislumbra cómo una solución cien por ciento eficiente, creemos que con la participación de un comité evaluador sí se puede determinar la calidad de un contratista, garantizando que no hay subjetividad en la elección y haciendo posible que se afiance una selección objetiva en un mecanismo que en principio no era tan así⁸⁹:

“Artículo 12. Parágrafo 2°. Para la evaluación de las propuestas en proceso de selección por licitación, selección abreviada o concurso de méritos, la entidad designará un comité asesor⁹⁰, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del presente decreto, que deberá realizar dicha labor de manera

⁸⁹ Pontificia Universidad Javeriana. Foro: Contratación Estatal Inteligente. Abril 22 de 2009. Ponentes: Gonzalo Suárez Beltrán, Luis Guillermo Dávila Vinueza y Mario Roberto Molano López.

⁹⁰ Decreto 2474 de 2008. Artículo 58. Comité asesor. Para los efectos previstos en el parágrafo 2° del artículo 12 del presente decreto, el comité asesor que se conforme para el desarrollo del concurso de méritos estará integrado por un número plural e impar de personas idóneas para la valoración de las ofertas. En caso que la entidad no cuente total o parcialmente con las mismas, podrá celebrar contratos de prestación de servicios profesionales para ello.

El comité asesorará a la entidad, entre otras cosas, en el proceso de precalificación y selección, según sea el caso, en la validación del contenido de los requerimientos técnicos, en la conformación de la lista corta o de las listas multiusos, en la evaluación y calificación de las ofertas técnicas presentadas de conformidad con los criterios establecidos en el pliego de condiciones y en la verificación de la propuesta económica del proponente ubicado en primer lugar en el orden de calificación.

La entidad podrá, de manera motivada, apartarse de las recomendaciones que con ocasión del proceso de concurso de méritos le realice el comité asesor.

objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en el pliego de condiciones.

El comité evaluador, el cual estará sujeto a las inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses legales, recomendará a quien corresponda el sentido de la decisión a adoptar de conformidad con la evaluación efectuada. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la entidad no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, deberá justificarlo en el acto administrativo con el que culmine el proceso”. (Subrayado fuera de texto).

Con relación a la responsabilidad del interventor, sostienen que en la práctica la mayoría de los casos se presentan debido a la falta de capacidad de quien ejerce la interventoría y que desafortunadamente esta falta de capacidad sólo se torna relevante cuando se refleja en errores inconcebibles, como lo son la falta de revisión de diseños que han sido mal elaborados y que traen como consecuencia la posterior elaboración de presupuestos desajustados, o el mal manejo de los anticipos⁹¹, o el mal manejo de los materiales; de manera que, mientras no sean errores de esa índole, no se les da la mayor importancia.

Se refirieron también a la obligación del interventor de presentar informes mensuales, pero lo que suele hacerse, es que se presentan por periodos; así en un sólo informe puede hacerse referencia a dos (2), tres (3) e incluso cuatro (4) meses y se firma con fechas anteriores. A

⁹¹ Para el control de los anticipos se exige al contratista un Plan de Inversión del Anticipo, en el cual se deben incluir los valores, soportes y compras en las cuales se va a invertir el anticipo.

los interventores les corresponde presentar los informes acordados en el contrato en las fechas previstas; deben presentar además, informes a la Dirección o Gerencia del Área sobre el estado general del contrato, la calidad del servicio contratado y el desempeño del contratista, deben presentar también los informes que sean solicitados por la entidad y los que sean solicitados por los organismos de control. Además de los informes, corresponde a los interventores la suscripción del acta de inicio, las actas de reuniones, las actas de entregas parciales, las actas de terminación y las actas de liquidación del contrato.

Para los contratistas que día tras día conviven con la figura de la interventoría esta constituye una figura necesaria, siempre y cuando se escojan firmas con una experiencia específica, profesionales especializados y con controles de calidad que se realicen a profundidad, pues esto repercute en la buena calidad de los trabajos ejecutados y las obras realizadas, el buen nombre de la entidad contratante y lo más importante, el beneficio de la comunidad.

CONCLUSIONES

Una vez realizada la recopilación de leyes y decretos, el análisis y estudio de conceptos y obtenido la información que de ello se generó conjuntamente con los respectivos análisis, se obtuvieron unos resultados que nos permiten presentar las siguientes conclusiones:

-El contrato de interventoría se celebrará entre la administración y un particular, teniendo en consideración, que la entrega de tal función -la función de interventoría- por parte de la administración a un servidor de la entidad, constituirá un acto administrativo de delegación de funciones y no un contrato.

-Los estatutos de contratación vigentes no presentan un concepto como tal del contrato de consultoría, la alusión que se hace al mismo se refiere a las actividades que dicho contrato comprende y la doctrina, en términos generales, se refiere al contrato de consultoría siguiendo lo manifestado en los estatutos de contratación.

-El criterio para distinguir entre el contrato de consultoría y el contrato de prestación de servicios es residual, pues teniendo en cuenta que la noción de contrato de consultoría es más concreta y presenta menos alcance que la del contrato de prestación de servicios, todos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderán a dicho tipo legal y los demás serán contratos de prestación de servicios.

-Además de lo anterior, el contrato de prestación de servicios y el contrato de consultoría se pueden diferenciar en que:

a) Mientras los contratos de prestación de servicios solamente pueden celebrarse con personas naturales, los contratos de consultoría se pueden celebrar tanto con personas naturales como con personas jurídicas.

b) Mientras que en los contratos de prestación de servicios el objeto se vincula directamente con las actividades de la entidad o con su funcionamiento, en los contratos de consultoría no hay un vínculo directo.

c) Mientras en los contratos de prestación de servicios se pueden pactar cláusulas exorbitantes, en los contratos de consultoría no.

d) Mientras para los contratos de prestación de servicios no es necesario que los oferentes estén inscritos en el RUP, en los contratos de consultoría si es necesario.

e) Mientras en los contratos de prestación de servicios se debe afiliar al contratista al régimen de seguridad social, tal obligación no se presenta en los contratos de consultoría.

-Se encuentra definitivamente prohibido que se considere el precio como factor de calificación de las propuestas para los contratos de consultoría.

-La modalidad de selección denominada concurso de méritos, se aplicará para la contratación de los servicios de consultoría a los que hace referencia el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 y los proyectos de arquitectura. Para la selección de consultores, la entidad estatal podrá emplear el sistema de concurso abierto o el sistema de concurso con

precalificación, y dicha precalificación debe llevarse a cabo a través de la conformación de una lista corta o elaborando una lista multiusos.

-La modalidad de concurso de méritos abierto, es aquella que se desarrolla prescindiendo del procedimiento de precalificación, mientras que la modalidad de concurso de méritos con precalificación implica la conformación de una lista limitada de oferentes, que será una lista corta si se realiza para un solo concurso de méritos, o una lista multiusos si se realiza para varios concursos de méritos determinados o determinables; así, en el sistema de concurso de méritos con precalificación, la precalificación para la conformación de las listas de oferentes aparece como una etapa más que se debe superar y que antecede al concurso de méritos sobre el cual se aplica.

-La función de interventoría es relevante teniendo en cuenta que comprende la verificación y el control de la correcta y pertinente ejecución del objeto que se haya contratado, y también el cumplimiento de las obligaciones que los contratistas han asumido.

-No se pueden pactar cláusulas excepcionales en los contratos de consultoría y por ende en los de interventoría, ya que con relación a dichos contratos la ley no ha establecido una autorización expresa para incluirlas.

-Al interventor se le atribuyen privilegios que en principio solamente corresponden a la administración, y en consecuencia, su función se torna determinante en el cumplimiento de los fines de la contratación estatal. De manera que las funciones que las normas

contractuales asignan a los servidores públicos y que por virtud del contrato de interventoría pueden ser ejercidas por un particular, implican el ejercicio de una función pública por parte del mismo y así resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria.

-Al interventor se le exigen cierta diligencia y vocación en el cumplimiento de su deber, teniendo en cuenta que se espera de él más de lo que por virtud del contrato le corresponde, ya que no sólo está sometido al contrato, sino a la ley, y ésta consagra la función de velar por la eficacia de la contratación.

-El interventor es sujeto de control por parte de la Contraloría General de la República, y con relación a él podrá adelantarse un proceso de responsabilidad fiscal. Se predicará responsabilidad fiscal por parte del interventor siempre que haya una conducta dolosa o culposa atribuible, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre estos dos factores mencionados.

-La interventoría debe ser una herramienta primordial en el conjunto de saberes que corresponde reunir el abogado colombiano de nuestro tiempo, pues la constante problemática referida a corrupción, e incumplimiento de obras públicas, requiere de compromiso, vigilancia y control sobre los contratistas que colaboran con la administración. Pero, no es solamente una labor del contratista, del interventor o del abogado que interviene en el proceso, sino también una labor que recae sobre el legislador, debido a que en ocasiones la proliferación legislativa lejos regular mejor algunas

situaciones, confunde más las cosas, y por el contrario se descuidan algunos temas, precisamente como el de interventoría.

Finalmente, consideramos que cumplimos además con nuestros objetivos, debido a que conocimos la normatividad vigente relativa al concurso de méritos, realizamos un estudio crítico y vinculamos conceptos y opiniones que nos encontramos a lo largo de la investigación. Ahora bien, las preguntas que nos gustaría dejar como legado al final de nuestro trabajo son las siguientes; ¿Sugiere nuestro trabajo una vía para continuar profundizando el tema?, ¿Hay maneras con las que pueda ser perfeccionado por investigadores en el futuro?, ¿Cuáles son las implicaciones prácticas de nuestro trabajo?, ¿qué tanto sirvió al lector para aclarar las dudas e inquietudes que tenía antes de leer y estudiar nuestro trabajo de grado?

BIBLIOGRAFÍA

- Becerra, Álvaro Darío. Los Riesgos en la Contratación Estatal: Estimación, Tipificación y Asignación. Editorial Leyer. 2008.

- Benavides, José Luis. El Contrato Estatal: Entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia 2da edición. 2004.

- Dávila, Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación Crítica a la Ley 80 de 1993. Legis Editores. 2001.

- De Vivero, Felipe. Regulación del Proceso de Selección del Consultor: ¿Fuente de Inseguridad Jurídica? Pág.110. Revista de Ingeniería. Facultad de Ingeniería. Universidad de Los Andes. Página Web: <http://www.scielo.org.co/pdf/ring/n27/n27a13.pdf>.

- Expósito Vélez, Juan Carlos. La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español. Universidad Externado de Colombia.2003.

- Gámez Vizcaíno, Javier Miguel. Práctica Contractual Administrativa. Editorial Legis. Bogotá. 1999.

- Gómez, Gustavo Eduardo. Derecho Administrativo. ABC Editores Librería. 2004.

- Herrera-Barbosa, Benjamín. Contratos Públicos. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003.

- Lamprea, Pedro Antonio. Contratos Estatales. Editorial Temis. 2007.

- Leyes y Decretos:
 - * Decreto-Ley 222 de 1985.
 - * Ley 80 de 1993.
 - * Ley 610 de 2000.
 - * Ley 1150 de 2007.
 - * Decreto 2474 de 2008.
 - * Decreto 2025 de 2009.

- Matallana Camacho, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.

- Ospina Fernández, Guillermo. Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis. Séptima Edición. 2005.

- Parra Parra, José Eurípides. El Contrato de Interventoría. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2002.

- Pino Ricci, Jorge. El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.

- Contraloría General de la República:

* Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República. Concepto OJ.EE52223-04.

Proyectó: Lucenith Muñoz Arenas. Firmó: Rafael Espinosa Ortega.

* Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República. Concepto EE69878-08.

Proyectó: Isabela Narvárez Coral. Firmó: Luis Guillermo Candela Campo.

- Procuraduría General de la Nación:

* Decisión de 26 de octubre de 2001. Expediente No. 001-2007. PP. Benjamín Herrera Barbosa.

* Sala Disciplinaria. Decisión con número de radicación 161-01879 (162-082463/2003). PP. León Danilo Ahumada Rodríguez. 02/10/2003.

* Decisión de 06 de Julio de 2004. Número de Radicación 165-77705-2002. PP. Mario Roberto Molano López.

* Decisión de 18 de Julio de 2007. Número de Radicación 058-3749-2005. PP. Nora Gómez Molina.

* Procuraduría General de la Nación. Decisión de 28 de Octubre de 2007. Número de Radicación 080-5523-05. PP. Nora Gómez Molina.

- Reyes Yunis, Laura. Ley de Contratación Administrativa. Reforma a la Contratación Estatal. Editorial Universidad del Rosario. 2007.

- Rodríguez, Gustavo Humberto. Contratos Administrativo. Ediciones Librería del Profesional. 1985.

- Sánchez-Castro, Manuel. Regulación Jurídica de la Contratación Pública en Colombia. Panamericana Formas e Impresos. 2008.

- Santofimio, Jaime Orlando. Contratación Estatal: Legislación. Universidad Externado de Colombia. 2008.

- Sentencias:

1) Corte Constitucional:

* Sentencia C-414 de 1994. MP. Antonio Barrera Carbonell.

* Sentencia C-154 de 1997. MP. Hernando Herrera Vergara.

* Sentencia C-326 de 1997. MP. Fabio Morón Díaz.

* Sentencia C-670 de 2001. MP. Manuel José Cépeda Espinosa.

* Sentencia C-840 de 2001. MP. Jaime Araujo Rentería.

* Sentencia C-037 de 2003. MP. Álvaro Tafur Galvis.

2) Consejo de Estado:

* Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Número de Radicación 30832. CP. Alier Eduardo Hernández Henríquez.

* Sentencia de 15 de Junio de 2000. Número de Radicación 10963. CP. Ricardo Hoyos Duque.

* Sentencia de 24 de Febrero de 1995. Número de Radicación 3142. CP. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

* Sentencia de 13 de Septiembre de 1991. Número de Radicación 5127. CP. Carlos Betancur Jaramillo.

- Suárez Montaña, Felipe. Consecuencias de la Promulgación de la Ley 1150 de 2007 y del Decreto 066 de 2008 para la selección de Ingenieros Consultores. Revista de Ingeniería. Facultad de Ingeniería. Universidad de Los Andes. Tomado de la página web: <http://www.scielo.org.co/pdf/ring/n27/n27a13.pdf>.