

LA INTERVENTORÍA EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA

Oscar Manuel Silva Rojas

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR  
DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ D.C.

Abril, 2014

# LA INTERVENTORÍA EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA

Oscar Manuel Silva Rojas

Monografía presentada para obtener el Título de Magíster en Derecho  
Administrativo

Director

Dr. Carlos Eduardo Naranjo Flórez

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR  
DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ D.C.

Abril, 2014

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	6
LA AUSENCIA DE UN MARCO REGULATORIO COMPLETO (JUSTO, VÁLIDO Y EFICAZ) DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA QUE GARANTICE LA EFECTIVIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DEL ESTADO	
Precisiones frente algunas formas gubernamentales del Estado y sus perfiles en el contexto de la provisión de bienestar	
METODOLOGÍA: DISEÑO DE UNA ANALÍTICA MODULADA POR LOS CONCEPTOS SOCIEDAD, ESTADO, SUJETOS DE DERECHO PRIVADO	
1. Capítulo 1. CONTROL DIRECTO EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE INTERVENTORÍA .....	29
1.1. Control Interno y Control Externo .....	29
1.2. El Contrato de Interventoría .....	42
1.2.1. Definición y Naturaleza Jurídica .....	42
1.2.2. Diferencias entre la Interventoría y la Supervisión .....	44
1.2.3. Clases de interventoría .....	50
1.2.4 Características del Contrato .....	54
1.2.4.1. Contrato Bilateral .....	54
1.2.4.2. Contrato Principal o Accesorio .....	55
1.2.4.3. Contrato Solemne .....	57
1.2.4.4. Contrato Oneroso .....	59
1.2.4.5. Contrato de Tracto Sucesivo .....	59
1.2.4.6. Calidades para Realizar la Interventoría .....	59
1.2.4.7. Inhabilidades e Incompatibilidades .....	70
1.2.4.8. Exigencia legal de Contratarse .....	73
1.2.4.9. Proceso de Selección–Concurso de Méritos .....	74
1.2.4.10. Regulación del Conflicto de Interés en el Contrato de Interventoría .....	77

1.2.4.11. Potestades Excepcionales .....	89
1.2.5 Funciones de la Interventoría .....	104
1.2.5.1. Funciones que Señala el Consejo de Estado .....	107
1.2.5.2. Funciones según la Procuraduría General de la Nación.....	111
1.2.5.3. Funciones según la Contraloría General de la República.....	114
1.2.5.4. Funciones previstas en la normativa contractual.....	115
2. Capítulo 2. RESPONSABILIDAD DEL INTERVENTOR.....	117
2.1. La Responsabilidad en la Ley 80 de 1993 .....	120
2.2. Configuración de la Responsabilidad Penal.....	124
2.2.1. El Interventor-Sujeto Calificado.....	129
2.2.2. Responsabilidad prevista por la Ley 1474 de 2011 .....	134
2.2.3. Delitos por los que Responde el Interventor .....	135
2.2.3.1. Falsedad Ideológica en Documento Público.....	135
2.2.3.2. Peculado por Apropiación.....	138
2.2.3.3. Celebración Indebida de Contratos .....	141
2.2.3.4. Interés Indebido en la Celebración de Contratos.....	142
2.3. Responsabilidad Disciplinaria del Interventor.....	144
2.3.1. Responsabilidad de la persona jurídica.....	146
2.3.2 Responsabilidad por el Cumplimiento de Funciones Públicas.....	149
2.3.3. Justificación de la Responsabilidad del Interventor como Sujeto Disciplinable.....	152
2.3.4. Responsabilidad Disciplinaria derivada de la Función del Interventor en la Ejecución del Contrato .....	153
2.4. Responsabilidad Civil del Interventor y Llamamiento en Garantía .....	157
2.5 Responsabilidad Fiscal del interventor.....	169
3. Capítulo.3. ANÁLISIS DE LAS FUNCIONES DEL INTERVENTOR A PARTIR DE LOS MANUALES, PLIEGOS, ANEXOS Y EL CONTRATO DE INTERVENTORÍA... ..	179

3.1. Observaciones sobre el Instituto de Desarrollo Urbano .....	180
3.2. Observaciones sobre el Municipio de Medellín .....	198
3.3. Mecanismos operativos de Control .....	225
REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA INTERVENTORÍA DE LA OBRA PÚBLICA.....	243
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	255

## **LA AUSENCIA DE UN MARCO REGULATORIO COMPLETO (JUSTO, VÁLIDO Y EFICAZ) DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA DE OBRA PÚBLICA QUE GARANTICE LA EFECTIVIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES DEL ESTADO**

El ejercicio de la función pública en Colombia bajo el desarrollo de La Ley 1150 de 2007 presenta una reforma a la Ley 80 de 1993. Norma enmarcada en la transparencia y la eficiencia, sobre el eje de un nuevo pero incompleto esquema de administración del contrato estatal, fundado en los principios de la función administrativa que retomó la Constitución de 1991 (artículo 209); en los límites de la definición de Estado Social de Derecho y en el nuevo contexto del mercado que, en teoría, exige mayores y mejores herramientas para potencializar los recursos del erario. Además, propone disminuir los altos índices de corrupción, a través de una nueva y más idónea administración de los procesos base de gestión de la contratación pública, con énfasis especial en la planeación del contrato. Inicialmente debe destacarse el Interés del legislador, no obstante, la falta de herramientas para el control del mismo, en lo referente al contrato y desarrollo de la obra pública producto de la licitación. Esto implica, necesariamente, que la interventoría conserve un marco jurídico en idénticas condiciones que el legislador relega tácitamente a los márgenes del pliego de condiciones. Tema que por ser de un alto nivel técnico debiera poseer un ordenamiento más completo y eficaz, en el contexto de un país con tan bajos índices de transparencia, máxime, si se trata del esquema tercerizado que diseñó el legislador de 1993 y que puede ser acertado, siempre y cuando la regulación le presente al interventor verdaderas herramientas para adelantar un adecuado seguimiento; como quiera que las reformas en materia de contratación estatal se han enfocado en el proceso de selección del contratista, omitiendo una regulación en la ejecución. Prueba de ello, es la expedición del Decreto 734 de 2012, que se concentró en las etapas precontractuales, al igual que el reciente expedido Decreto 1510 de 2013, cuando la Ley 1474 de 2011, da el primer paso en la definición -en el marco del Estado democrático- de la interventoría,

señalando algunas de sus funciones y quedando condicionada a la “reglamentación”, que a la fecha no ha ocurrido.

Se hace necesario emprender el estudio de un tema poco abordado por la doctrina nacional<sup>1</sup>, como es el caso del marco jurídico aplicable al contrato de interventoría. Contrato que ejecuta un particular contratista en virtud de lo dispuesto por la ley colombiana. En el marco teleológico de la contratación estatal, especialmente del principio finalístico del interés general como fundamento del *buen gobierno*, ha sido necesario formular una serie de preguntas que han conllevado a delimitar el objeto de estudio en los siguientes términos: ¿Es el marco jurídico regulatorio del contrato de interventoría de obra pública una herramienta lo suficientemente *eficaz* para el ejercicio de la facultad de administración del contrato que le compete al representante legal de la entidad?, pregunta que necesariamente debe nutrirse de las respuestas a los siguientes interrogantes: 1. ¿Es posible en el contexto en la legalidad (Santofimio, 2003, p. 36) colombiana y su desarrollo, identificar un marco jurídico del contrato de consultoría (flexible y eficaz)?; 2. ¿Ha sido dicho marco una herramienta efectiva en el control del contrato de interventoría?; 3. ¿La producción de las denominadas sub reglas ha nutrido con suficiencia los vacíos del derecho administrativo legislado<sup>2</sup> del contrato estatal de interventoría de obra pública?; y finalmente, 4. ¿Se hace imperioso mejorar la fase del control del establecimiento de normas (Parra, 2002, p. 22), tomando como referente la producción doctrinaria y jurisprudencial internacional?

Es necesario abordar estas preguntas para dilucidar un marco problemático desde el cual se elabora la siguiente cuestión: ¿Es *justo, válido y eficaz* el ejercicio de interventoría dentro del marco de la tensión *Estado-Sociedad-Sujetos de derecho*

---

<sup>1</sup> Cfr. Jiménez Interventoría de Proyectos Públicos; en el mismo sentido la presentación del texto de Parra, *El contrato de Interventoría*; Mutis & Quintero, La contratación estatal: análisis y perspectivas.

<sup>2</sup> Rodríguez en su obra *Derecho Administrativo General y Colombiano* (2004, p. 43) precisa que: “El derecho administrativo colombiano es legislado. En el derecho administrativo colombiano la principal fuente es la ley, entendida en su concepción amplia o general, que se refiere a toda norma jurídica. En efecto, nuestro derecho administrativo es fundamentalmente *legislado*, es decir, que se contiene de manera principal en los textos legales.”

*privado* en el obrar del Estado colombiano? Para resolver el problema jurídico planteado, es pertinente desarrollar la temática de la siguiente forma: En primera medida, se hará un acercamiento de orden metodológico para constituir un marco analítico desde el cual se enuncia el trabajo de investigación aquí propuesto. En segunda instancia, se postulará un entramado capitular que corresponde al siguiente orden: I. Control directo en la ejecución de los contratos. II. Responsabilidad del interventor. III. Análisis de las funciones del interventor a partir de los manuales, pliegos y anexos del contrato de interventoría, de dos entidades territoriales (Bogotá y Medellín) por existir estudios respecto de las entidades nacionales<sup>3</sup>.

Así, se pretende hacer un repaso por el ejercicio de interventoría en el contrato de obra pública producto de una licitación, limitado a la interventoría técnica, para lo cual propone hacer un recorrido por la legislación que cobija a este contrato y a la figura del interventor. Como *objetivo* pretende hacer un análisis de estas figuras a la luz de los postulados de justicia, eficacia y validez normativa. Para ello será necesario recorrer las características del contrato, el régimen de responsabilidad del interventor, así como una casuística en la que exponga, de modo sucinto, el resultado de la praxis de estos valores intrínsecos en la labor de la función pública.

### **Precisiones frente algunas formas gubernamentales del Estado y sus perfiles en el contexto de la provisión de bienestar**

La aproximación al tema debe partir de lo que el profesor Oscar José Dueñas<sup>4</sup> denomina “precisiones preliminares”, por cuanto es necesario enmarcar el uso de la herramienta de la intervención pública frente al negocio jurídico del Estado. Lo que implica describir brevemente formas gubernamentales frente al Estado, para

---

<sup>3</sup>Conforme a lo definido por la línea de investigación tendencias y perspectivas del derecho administrativo, correspondiente al grupo de investigación de derecho público de la facultad de jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

<sup>4</sup>Expresión utilizada con frecuencia por el profesor titular de la Maestría en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

así ver la participación de *sujetos de derecho privado* como un vehículo del contrato administrativo y su importancia como institución jurídica<sup>5</sup> en el contexto del Estado que busca satisfacer necesidades sociales.

Resulta necesario acercarse a la evolución del contrato administrativo en el contexto de las formas de gobierno (Estado). Así, se pretende analizar los cambios en los esquemas de Estado colombiano en la contratación estatal, partiendo del modelo abstencionista previsto por la Constitución de 1886, pasando luego por el modelo monopolístico característico de la reforma constitucional de 1968, para llegar al modelo competitivo establecido por la Carta Política de 1991 donde el Estado interviene en la contratación estatal, en el logro de los fines públicos.

***Primera etapa: El Estado policivo, observador y vigilante de la actividad particular***

A lo largo del articulado de la Constitución Política de 1886 es posible evidenciar una construcción ideológica con fuerte influencia, de corte liberal manchesteriano, donde según Malagón Pinzón, el peso del pensamiento francés se manifiesta en la legislación colombiana. Sin duda, en dicho texto fundamental, ideas como la soberanía nacional, primacía de la ley sobre la constitución, la sujeción de los derechos humanos al texto legal, el centralismo político y la idea de la codificación son derivadas del texto galo<sup>6</sup>.

Bajo este pensamiento ideológico a nivel constitucional el Estado tenía por misión el desarrollo de los cometidos esenciales, como eran, la libertad, la seguridad, la propiedad, la educación, entre otros. Ese modelo como lo refiere Santofimio, tuvo

---

<sup>5</sup>El profesor español Ariño Ortiz haciendo referencia a la importancia del contrato administrativo comenta que, en él “se viene a condensar el problema entero del derecho administrativo.” (Citado por Santofimio, 2000, p. 25).

<sup>6</sup>Malagón Pinzón, M. (s.f.). La Regeneración, la Constitución de 1886 y el papel de la Iglesia Católica. *Revista Electrónica de Difusión Científica- Universidad Sergio Arboleda*, No. 11, pp. 3-4.

como enfoque el carácter civil<sup>7</sup>, influyendo en forma concreta, en el derecho colombiano de principios del siglo XIX<sup>8</sup>, en el que existen normas de contratación estatal especiales y diferentes de las aplicables a los particulares, en ese momento no había, por tanto, estatutos destinados a la regulación de la contratación del Estado; éste no intervenía ni regulaba en materia contractual, su papel se limitaba a ser un mero espectador. En ese momento era impensable que fuera en esencia un contratante, pues en ese tipo de organización liberal, el Estado únicamente desarrollaba tareas propias de la rama legislativa y judicial, del poder público y administrativamente, las relativas al manejo de poder de policía y al orden público<sup>9</sup>.

En ese orden de ideas, el interés del Estado al estar relacionado con el cumplimiento de los cometidos estatales, no tuvo en cuenta, en razón a la ideología y el contexto histórico de la época, que a través de la contratación podía encontrar un instrumento útil para la realización de sus fines, dejando esa responsabilidad en cabeza de los particulares.

### ***Segunda Etapa: El Estado monopólico, interventor, regulador y director de los servicios públicos***

Una vez el modelo liberal inició su desgaste por la decadencia de la infraestructura económica en la conocida crisis del 29, se pasó de una etapa donde, si bien, la libertad y fe en los mercados no fue del todo abandonada, se formó una confianza en el Estado -en su rol interventor- diseñado desde la teoría económica de Jhon Maynard Keynes. De acuerdo con María Teresa Palacio (2002), ese fracaso en los

---

<sup>7</sup>En los siglos XVII y XVIII, en especial en dominios del llamado Estado en régimen de policía, el derecho ordinario había adquirido desarrollo e importancia, en particular el derecho civil. La dinámica de las relaciones hizo que a los fenómenos de acción estatal de carácter patrimonial que se asemejaban a los sujetos del derecho civil se les aplicara este ordenamiento, y en caso de conflicto se acudiera ante los mismos jueces ordinarios para resolverlos (Santofimio, 2000, p. 28).

<sup>8</sup>El profesor Ciro Guecha citando a Jairo Ramos Acevedo trae a colación una Sentencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de abril 12 de 1935 en la cual se destaca: "La Nación, al contratar queda sometida a las prescripciones del derecho común que gobiernan los contratos, siendo una de ellas el artículo 1602 del Código Civil". Que al decir del doctrinante "muestra cómo las normas privadas regían los contratos" de la administración (Guecha, 2007. P. 115).

<sup>9</sup> Palacio Jaramillo, M. (2002). Parámetros Constitucionales para la Determinación de un Régimen Jurídico de Contratación en Colombia. *Revista de Derecho Público*, No. 14, p.20.

planteamientos y fundamentos del Estado liberal, junto con la imposibilidad de los particulares de hacerse cargo de la satisfacción de tareas sociales, “condujo a Colombia a la adopción de un modelo constitucional de corte intervencionista” (p. 21).

Dichos cambios, según Alfonso Miranda Londoño<sup>10</sup>, se dieron a partir de la introducción de un principio de intervención del Estado en la economía, como parámetro constitucional, desde la expedición del acto legislativo número 1 de 1936, cuyo artículo 11 señaló que el Estado podía intervenir por medio de las leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a la que tiene derecho<sup>11</sup>. Tal disposición, según Miranda Londoño, da un primer paso para dotar al Estado de facultades para establecer el marco jurídico de la actividad económica.

A su turno, el artículo 28 de la Constitución Política de 1886, reformado a su vez, por el artículo 4 del acto legislativo No. 1° de 16 de febrero de 1945<sup>12</sup>, señaló que el Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. Por lo que tal disposición da por sentada la posibilidad de que el Estado interviniera en la economía.

De tal modo que el papel del Estado cambió de manera evidente y “dejó de ser un mero observador de las actividades particulares, para ser interventor, regulador y director de los servicios, teniendo a su cargo, la gestión y el manejo directo de la riqueza como parte activa y gerente de la cosa pública” (Palacio, 2002, p. 21). Así,

---

<sup>10</sup> Miranda Londoño, A. (2011). El Derecho de la Competencia en la Constitución Política de 1991. *Revista Derecho de la Competencia*, enero-diciembre, vol. 7 No. 7, p. 51.

<sup>11</sup> Restrepo Piedrahita, C. (2003). *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, p. 481.

<sup>12</sup> Ídem, p.492.

el papel interventor del Estado en la economía, se ve fuertemente consolidado con la reforma constitucional introducida en el año de 1968 por medio del acto legislativo No. 1 de 11 de diciembre que reformó el artículo 32<sup>13</sup>, al señalar, entre otros, que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado<sup>14</sup>.

De esta manera y como consecuencia de la reforma constitucional se da el engrandecimiento del Estado y con ello la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional, creándose diversos entes administrativos a partir de los decretos los decretos 1050 y 3130 de 1968<sup>15</sup>, con el fin de asegurar la intervención estatal racionalizando y planificando la economía<sup>16</sup>.

Conforme a la disposición constitucional y legal citada se estructura un modelo de Estado colombiano que asume de manera directa, monopólica, exclusiva y excluyente el manejo y la gestión de los servicios públicos y privados desde la llamada descentralización administrativa. A través de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. Lo que aparece entonces es un Estado que ejerce un control previo, tramitológico y formal dentro del contexto de la contratación.

Así las cosas, siendo el Estado el único titular de dichos servicios, este tenía en la contratación estatal la más idónea de las herramientas y el mecanismo adecuado para su gestión y desarrollo, así como para el manejo de la infraestructura y el manejo de estos servicios, de allí, que mediante los contratos, el Estado y sus

---

<sup>13</sup> Ídem, p. 554.

<sup>14</sup> Establece el artículo que “Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr desarrollo integral...”

<sup>15</sup> COLOMBIA, Código de Régimen Político y Municipal. Compilado por Jorge Ortega Torres. Bogotá, 1979. pp. 301-316 y 350-362.

<sup>16</sup> Un estudio de la reforma constitucional de 1968 y el origen de la expedición de los decretos 1050 y 3160 de ese año, desde la perspectiva de la influencia del derecho administrativo Norteamericano en la administración pública, con las misiones Kemmerer y Currie, puede verse en VIDAL PERDOMO, Jaime, BRITO RUIZ, Fernando, MALAGÓN PINZÓN, Miguel, ATEHORTÚA GARCÍA, Catalina y DIAZ PERILLA, Viviana. Teoría de la Organización Administrativa Colombiana. Una Visión Jurídico-Administrativa. Bogotá. Universidad del Rosario. 2006. pp.13-66.

entidades descentralizadas podían llevar a efecto sus propósitos, con la participación directa de los particulares en calidad de contratistas, sin dejar a un lado que su posición de contratante le aseguraba la titularidad de la prestación misma de los servicios (Palacio, 2002, p. 22).

Con relación a este modelo de Estado y el tipo de contrato administrativo, Benavides, precisa:

El contrato administrativo clásico es una expresión de la concepción ideológica del Estado intervencionista que guía, orienta y decide de manera unilateral. El Estado es el protector del interés general y ello legitima sus prerrogativas... Por ello resultaba natural que el contrato administrativo se definiera como un instrumento a través del cual la administración contratante obtiene la colaboración de un particular que permanece subordinado a ella por completo. La dirección y el control del contrato, así como la amenaza de fuertes sanciones, reposan sobre la protección del interés general a cargo de la administración y reducen los elementos contractuales de la relación jurídica (2004, p.33).

Sin embargo, ante la aparente respuesta a la problemática que se estimaba superada en el modelo policivo, el modelo de Estado interventor de corte monopolístico trajo como efecto la implementación de una serie de mecanismos de control y de vigilancia sobre las empresas y los funcionarios que tenían a su cargo el manejo de los servicios públicos, los cuales al no estar en libre competencia eran susceptibles del abuso de la posición dominante por parte del Estado quien era el único agente prestador, lo que generó trabas y demoras en los procesos contractuales (v.g), las constantes demoras en las licitaciones, debido a la multiplicidad de trámites y formalidades que debían cumplirse.

### ***Tercera Etapa: El Estado Competitivo y desregulado. La participación del Estado y los particulares en la contratación estatal dentro del marco de la libre competencia***

Entrando a la década de los noventa, los cambios en el mercado, la influencia del consenso de Washington<sup>17</sup> y la globalización, han permeado una nueva

---

<sup>17</sup> El consenso de Washington, trajo para los países Latinoamericanos un listado de políticas económicas con miras a alcanzar el crecimiento económico, el cual permeo el afianzamiento en el

transformación del Estado. La Constitución Política de 1991, según Miranda Londoño<sup>18</sup>, fue expedida en el marco del proceso de liberalización de la economía del país, conllevando a que el derecho a la competencia se acompañara a las necesidades de las empresas colombianas de competir en un mercado global<sup>19</sup> (Londoño, 2011, pp. 55-56)

Ahora, en el contexto antes descrito y en virtud de los hechos históricos que produjeron la Asamblea Constituyente de 1991, se identificó el modelo de Estado colombiano como *Social de Derecho*<sup>20</sup>, entendido como una forma gubernamental, protectora del principio de legalidad, en una etapa de evolución considerable, que no obstante, como ya se había mencionado, se cimentó aún en la protección del interés general en este nuevo contexto trayendo como fundamento el denominado y clásico *buen gobierno*<sup>21</sup>. Asimismo, se manifestó un nuevo portafolio de derechos denominados sociales con una administración comprometida con el bienestar de

---

cambio del modelo de Estado Colombiano desde la óptica constitucional con la expedición de la Carta Política de 1991.

<sup>18</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El Derecho de la Competencia en la Constitución Política de 1991. Revista Derecho de la Competencia, enero-diciembre 2011, vol. 7 No. 7, pp. 55-56.

<sup>19</sup> En el mismo sentido José Luis Benavides considera que al final del siglo XX los aspectos económicos adquirieron un rol preponderante en las decisiones políticas. La dinámica de la globalización propende por un gran cambio en la gestión pública, y con ello por el desarrollo de un lenguaje jurídico común, más seguro para la inversión y más claro para todos los actores involucrados. Este cambio ideológico es muy sensible en materia contractual dadas las carencias de la administración que incitan a estimular la participación del sector privado, lo que se traduce no solamente en una mayor presencia del capital privado en la gestión pública sino también en una profunda transformación de la manera de concebir esa participación. BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal, entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2° edición, 2002-2004. p.27.

<sup>20</sup> La Constitución Nacional indica en su "Artículo 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general."

<sup>21</sup> Castro expresa que en la primera etapa del interés general y antes del surgimiento del derecho administrativo: "La teoría política reconocía al interés general como el fundamento del buen gobierno: PLATÓN lo consideraba como una de las finalidades que debe guiar a los gobernantes, ARISTÓTELES lo utilizaba como una forma de identificar una Constitución o gobierno puro, y en Roma sería uno de los fundamentos de la conocida frase de Cicerón "*Salus populi suprema lex*" (2010, p. 28)". Estas ideas que se rescatarían en la ilustración, época en la cual Rousseau lo señalaba como uno de los límites del poder soberano, Moro lo identificaba como un presupuesto para la existencia de una verdadera república (Utopía), y para Locke era uno de los fines de la sociedad y de los gobiernos políticos.

sus asociados, con la protección de los mismos, la provisión de los servicios públicos por ellos demandados y la promoción del desarrollo económico.

Siguiendo a Restrepo (2012) la “regulación, como técnica de intervención propia del derecho administrativo, se encuentra asociada “a la liberalización de la economía, la creación de autoridades independientes y la separación nítida de la iniciativa económica en el mercado de las decisiones pretendidamente neutrales de fijación de reglas, control de su cumplimiento y solución de los conflictos planteados en su interpretación y aplicación” (p. 2).

En efecto, de un manejo exclusivo y excluyente por el Estado y sus diversas entidades, se pasa a un Estado competitivo, en el que según Palacio, la incidencia en el cambio de orientación se deriva de lo establecido en los artículos 333,365, y 209 (Palacio 2002, p. 23), de manera que “en el actual contexto global de liberalizaciones y privatizaciones, el papel del Estado muta: Pasa de remar a dirigir” (Ponce y Sánchez, 2005. p. 145).

Dicha normativa constitucional prevé, por un lado, una constitución de principios, y por otro, una constitución económica, la que según García Pelayo, es una expresión que comprende las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico. Se trata entonces, de un conjunto de preceptos constitucionales que consagran los principios que rigen y regulan la actividad económica que desarrollan los individuos y el Estado al igual que el conjunto de derechos, libertades, deberes y responsabilidades dentro del ejercicio de la actividad económica.

A su turno, para Juan Jorge Almonacid, los principios que regulan la actividad económica dan lugar a una economía social de mercado y con ello la existencia de un marco ontológicamente cualificado que reconoce en el campo económico las desigualdades sociales existentes, siendo, por consiguiente, garantista al consagrar

y garantizar en principio la libertad de empresa (ya que las libertades económicas se pueden limitar cuando media una finalidad social), promoviendo condiciones sociales económicas más favorables que permitan el equilibrio y el acceso al ejercicio de las libertades económicas de los más desprotegidos<sup>22</sup>.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-186 de 2011, Magistrado Ponente, Humberto Antonio Sierra Porto, señaló lo siguiente<sup>23</sup>:

En reiteradas oportunidades esta Corporación ha puesto de relieve que la adopción del principio de Estado Social de Derecho por la Constitución de 1991 no supuso la instauración de “un modelo económico restringido, rígido, inamovible, que tuviera como efecto legitimar exclusivamente una ideología o partido y vetar todas aquellas que le fueren contrarias”, empero lo anterior no significa que la Carta Política de 1991 sea un texto neutro, indiferente al comportamiento económico de los particulares o de los poderes públicos. Por el contrario “el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal”.

En la sentencia C-150 de 2003 se manifestó que la intervención estatal en el ámbito económico puede obedecer al cumplimiento de distintas funciones tales como la redistribución del ingreso y de la propiedad, la estabilización económica, la regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados por la Constitución. De igual manera, la Corte ha estimado que según su contenido, los actos de intervención pueden someter a los actores económicos a un régimen de declaración; a un régimen de reglamentación, mediante el cual se fijan condiciones para la realización de una actividad; a un régimen de autorización previa, que impide el inicio de la actividad económica privada sin que medie un acto de la autoridad pública que lo permita; a un régimen de interdicción que prohíbe ciertas actividades económicas juzgadas indeseables; y a un régimen de monopolio, mediante el cual el Estado excluye para sí ciertas actividades económicas y se reserva para sí su desarrollo sea de manera directa o indirecta según lo que establezca la ley. Así las cosas, el Estado puede establecer diversas y complementarias formas de intervenir en la economía, sin que ello signifique que, en dicha labor, los poderes públicos no tengan límites señalados constitucionalmente.

Bajo esta dinámica constitucional, hoy se habla del derecho a la competencia libre como un derecho de todos dentro los límites del bien común y el interés colectivo,

---

<sup>22</sup> ALMONACID SIERRA, Juan Jorge; GARCÍA LOZADA, Nelson. *Derecho a la competencia. Abuso de la posición dominante*. Competencia desleal. Uso indebido de información privilegiada. Legis. Bogotá. 1998.

<sup>23</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-186 del 16 de marzo de 2011, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, Expediente D-8226.

así como de los principios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>24</sup>. Dentro del proceso de formación del artículo 333<sup>25</sup>, en el informe de ponencia sobre “Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado”, presentado por los constituyentes IVAN MARULANDA, GUILLERMO PERRY, JAIME BENITEZ, ANGELINO GARZÓN, JULIO CUEVAS y GUILLERMO GURRERO<sup>26</sup>, se dijo con relación a la libertad económica y competencia y al derecho colectivo a la competencia económica, lo siguiente:

Con esta orientación, el articulado propuesto comienza por consagrar la libertad y la competencia económica en los siguientes términos: *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, no se podrán exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que conlleva obligaciones”*.

Al referirse a la actividad económica de manera general, se reconoce el pluralismo en las formas de satisfacción de las necesidades humanas, sin privilegiar unas frente a otras por razón de su estructura específica o de su forma de propiedad. Así el término cubre por igual a la empresa y a las formas no organizadas de producción, a la iniciativa privada y a la solidaria estatal.

...

Al establecer que el ejercicio de esa libertad no requiere permiso previo ni requisitos, salvo en los casos taxativamente enunciados en la ley por razones de interés social, salud y seguridad social públicas, medio ambiente y patrimonio cultural de la Nación (excepciones consagradas en el último inciso del artículo), la consolida y la hace expedita, al abolir las vallas y los obstáculos de carácter puramente burocrático que hoy dificultan su plena realización, sin que medien justificaciones apropiadas vinculadas con la defensa del interés general.

...

No obstante, la mayor innovación en este texto radica en la inclusión del derecho colectivo a la competencia económica, como un elemento que califica la libertad económica.

La operación sana de un sistema de mercado y de una economía capitalista reposa sobre tres elementos esenciales, a saber: la propiedad privada, la libre empresa y la libertad de

---

<sup>24</sup> PALACIO JARAMILLO, María Teresa. *Parámetros Constitucionales para la Determinación de un Régimen Jurídico de Contratación en Colombia*. Revista de Derecho Público, Junio de 2002, No. 14, p.22

<sup>25</sup> El artículo 333 de la Constitución Política, señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

<sup>26</sup> GACETA CONSTITUCIONAL, No. 80. pp. 18-23.

competencia. Para que el sistema opere en favor de la sociedad, y no en su contra, se precisa que ninguno de estos elementos se desnaturalice.

Por su parte, el espíritu final del articulado sobre Protección de la Competencia, fue resumido por el constituyente JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ RUBIO en la ponencia para Segundo Debate Titulada “*Régimen Económico, Libre Empresa e Intervención del Estado*”, donde señaló, lo siguiente<sup>27</sup>:

La libre competencia es principio básico de este sistema económico. La nueva Constitución lo recoge de manera expresa al señalar que ella es un derecho de todos, que como cualquier derecho presupone responsabilidades. Es un postulado que quiere tutelar de tal manera, que le impone al Estado la obligación de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica, así como la de evitar o controlar cualquier abuso de posición dominante en el mercado nacional.

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia C-398 de 1995, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, con relación a este derecho señaló lo siguiente<sup>28</sup>:

... La Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado.

En un Estado Social de Derecho, dentro del cual el Poder Público asume responsabilidades tales como la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, no menos que la de promover la productividad y la competitividad, y que tiene a su cargo la orientación de la política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones (artículo 334 C.P.), la libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado. Esta se debe dar, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, todo lo cual implica indudables limitaciones, correctivos y controles para la iniciativa particular. Se trata, al fin y al cabo, de realizar fines esenciales del Estado como los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (Preámbulo y artículo 2º C.P.), en ejercicio de un papel dinámico y activo inherente a su función básica de dirección general de la economía (artículo 334 C.P.).

---

<sup>27</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. *El Derecho de la Competencia en la Constitución Política de 1991*. Revista Derecho de la Competencia, enero-diciembre 2011, vol. 7 No. 7, p. 51.

<sup>28</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-398 del 7 de septiembre de 1995, Magistrado Ponente, José Gregorio Hernández Galindo, Expediente D-865.

A juicio de la Corte, la libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar fines que le son propios, como los indicados en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución.

Del mismo modo, la Corte en la sentencia C-181 de 2011, señaló en lo que hace a las libertades económicas, lo siguiente<sup>29</sup>:

...Sobre las libertades económicas baste recordar aquí que la jurisprudencia constitucional ha señalado que (i) se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social; (ii) la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia; (iii) la libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada; (iv) la competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios; (v) la libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones; (vi) las libertades económicas no son derechos fundamentales; y (vii) el juez constitucional aplica un test débil de proporcionalidad para efectos de determinar la conformidad de una intervención del legislador en las libertades económicas.

Tales disposiciones constitucionales a la luz de la jurisprudencia y la doctrina han considerado que la Constitución Política de 1991, abrió las puertas hacia un modelo de Estado competitivo y desregulado, siendo un agente más en competencia como cualquier otro (persona jurídica o natural, nacional o extranjera, pública o privada), situación que incide en el nuevo rumbo que ha tomado el Estado permeando sin equívocos la totalidad de nuestra normatividad y especialmente en la contratación, ya que desde ella y buscando el interés colectivo es posible lograr el cumplimiento de los fines estatales, como son la libre competencia que como se dijo *ut supra*, es un derecho del Estado mismo y los particulares dentro de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad<sup>30</sup>.

Así las cosas, bajo este esquema de Estado Social de Derecho la contratación estatal cobra un papel importante, al ser el medio más adecuado para mejorar la calidad de vida de los habitantes, racionalizar la economía y el desarrollo armónico

---

<sup>29</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-186 del 16 de marzo de 2011, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, Expediente D-8226.

<sup>30</sup> PALACIO JARAMILLO, María Teresa. *Parámetros Constitucionales para la Determinación de un Régimen Jurídico de Contratación en Colombia*. Revista de Derecho Público, Junio de 2002, No. 14, p.23.

de la productividad y la competitividad de sus diferentes agentes tanto públicos como privados, postulados que se concretan en los artículos 333, 365 y 209 de la Constitución Política. Se trata de un modelo donde el Estado ejerce control de gestión y resultados a diferencia del modelo anteriormente visto<sup>31</sup>.

Por ello, y según Palacio Jaramillo, el mandato de libre competencia entre el Estado y el sector privado (artículo 333 de la Constitución), se encuentra en consonancia con el artículo 365 superior, relativo a que los servicios públicos pueden ser prestados tanto por el Estado en forma directa o indirecta, como por los particulares o por comunidades organizadas en libre competencia, lo cual incide en forma directa en el tema contractual, pues el Estado, a través de la contratación, puede prestarlos de forma indirecta lo que hace de ésta un medio para alcanzar sus fines y un garante del bien común.

Al entrar en competencia, el Estado entra en igualdad de condiciones con los particulares, hecho que lo lleva a transformar su estructura organizacional, modernizando la administración pública en aras de que se acompase a los nuevos mandatos y orientaciones del Estado. Desde la redistribución de competencias y recursos y con ello, la expedición de la ley 489 de 1998 y la ley 790 de 2002, que han buscado renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, como efecto directo de la entrada en vigencia de la Constitución Nacional<sup>32</sup>.

Según Palacio Jaramillo, en todo este nuevo esquema las regulaciones sobre contratación estatal desempeñan un papel importante, por lo que la expedición de la ley 80 de 1993 significó la respuesta a un nuevo modelo de Estado de Derecho que se analizó sucintamente páginas arriba. Así pues, el estatuto de contratación es una de las principales herramientas para el cumplimiento de los fines estatales, precisamente porque busca que el Estado cuente con los mecanismos adecuados

---

<sup>31</sup> Ídem, p. 24.

<sup>32</sup> Ídem, p.24

para competir en igualdad de oportunidades y garantías, con el sector privado nacional o extranjero<sup>33</sup>, tal como se desprende del contenido de su artículo 13, donde señala directamente como normas aplicables a la contratación el código civil y el código de comercio, en las previsiones que no estén contempladas por la ley 80 de 1993, como las inhabilidades e incompatibilidades<sup>34</sup>, la selección objetiva de contratistas, que se justifica por la redistribución en el ingreso, igual y transparente; potestades excepcionales al derecho común; registro único de proponentes para ciertos contratos y algunos controles, responsabilidades y participación ciudadana<sup>35</sup>.

Sin duda tanto la Ley 80 de 1993 como las demás normas aplicables a la contratación del Estado se constituyen en un ámbito de competencia y desmonopolización, son por tanto, un instrumento válido para obtener buenas propuestas que sean de calidad y condiciones requeridas a través de oferentes idóneos y capaces<sup>36</sup>.

Así las cosas, es innegable que el proceso de transformación del Estado y la creación de un estatuto contractual que se nutre de disposiciones civiles y comerciales, de acuerdo con Benavides, constituye una consecuencia de la llamada mundialización de la economía imponiéndose la apertura en los contratos de la

---

<sup>33</sup> Buen ejemplo de ello puede verse en el artículo 20, relativo a la contratación con organismos internacionales, donde la ley permite al Estado celebrar contratos o convenios con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM, entre otros.

<sup>34</sup> Un ejemplo de ello, puede verse en la ley 1150 de 2007, cuyo artículo 13 señala con relación a los principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública, que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del estatuto general de contratación de la administración pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos [209](#) y [267](#) de la constitución política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

<sup>35</sup> Ídem, p.25.

<sup>36</sup> Ídem. p.27.

administración, donde no podía tenerse una visión estrictamente nacional del contrato, por ello, fue que desde la exposición de motivos del proyecto de ley 80, el Gobierno insistió en la intención de modernizar la reglamentación de los contratos de la administración para adaptarla al proceso de apertura económica en curso desde final de los años ochenta<sup>37</sup>.

De acuerdo al contexto anterior es válido afirmar que la falta de operatividad del modelo de Estado policivo y el inadecuado manejo de la riqueza por parte de los particulares, generó una crisis que dio lugar a que el Estado interviniera en la economía, por cuanto las fallas en el mercado y la falta de normas de contratación estatal impidieron el cumplimiento de los cometidos institucionales bajo esa forma de Estado. El modelo intervencionista propio de la reforma constitucional de 1968, que generó procesos de planificación, hoy por hoy, está completamente revaluado ante la necesidad de responder de manera rápida y directa a las contingencias sociales y económicas que se encuentran en permanente transformación.

El paradigma del modelo Estado-nación contenedor de las políticas nacionales y de intervención, se fue difuminando ante los cambios mundiales propiciados por la economía dentro del contexto del libre mercado, por ello, el Estado moderno debe adaptarse al proceso de globalización y por lo tanto al derecho de competencia entre éste y los particulares, así pues, la contratación cobra importancia significativa al ser el instrumento más idóneo y eficaz para que el Estado cumpla sus cometidos.

El éxito del modelo de Estado previsto en la Constitución Política de 1991 radica en garantizar la igualdad de tratamiento en el proceso de competencia entre el Estado y los particulares, bajo los principios previstos por el artículo 209, evitando restricciones que impliquen una posición dominante en el mercado por parte del Estado, a partir de la expedición de leyes que dinamicen los procesos contractuales.

---

<sup>37</sup> BENAVIDES, José Luís. El Contrato Estatal, entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2° edición, 2002-2004. p.29.

Las orientaciones del nuevo modelo estadual desmonopolizado y competitivo, abren la posibilidad de generar negocios e inversiones para el país, lo que dentro del contexto del modelo policivo e intervencionista de 1968 no hubiera podido lograrse. Sin embargo, es evidente que nos encontramos dentro de un proceso de adecuación a esta nueva realidad constitucional e institucional donde, poco a poco, se debe generar conciencia en torno al necesario desmonte de las posiciones dominantes y a los privilegios que se ven en el sector público, como herencia del modelo monopólico que en cierta medida se mantiene en la práctica, en lo que respecta al manejo de los servicios públicos domiciliarios que los toman como contratos de adhesión.

Los principios económicos previstos en la Carta de 1991, permiten la modernización del Estado, para ser ágil, eficiente y eficaz dentro del mundo globalizado, garante del desarrollo económico. Finalmente, la contratación pública constituye la columna vertebral del movimiento de la riqueza y la forma como el Estado y los particulares dentro del proceso de contratación se vinculan a proyectos (de obra; construcción y mejoramiento de infraestructura; adquisiciones, servicios; concesiones; entre otros) destinados al mejoramiento de la calidad de vida y al desarrollo económico.

## **METODOLOGÍA: DISEÑO DE UNA ANALÍTICA MODULADA POR LOS CONCEPTOS *SOCIEDAD, ESTADO, SUJETOS DE DERECHO PRIVADO***

El marco analítico-conceptual que apropia este estudio se ubica en el compuesto tripartito que busca tener un cuadro de análisis jurídico que posibilite una comprensión, hasta cierto punto completa, de la temática: la acción administrativa en el ejercicio privado de la interventoría, el papel del interventor, su marco de responsabilidad y la eficacia de su labor en el marco de la vigilancia y el control. Así las cosas, se postula el siguiente andamiaje:

α. Estado: Este visto estrictamente desde la perspectiva de la construcción política que cobija las actividades administrativas y del derecho administrativo.

1. Norma: Se observa como objeto de estudio positivo dentro de la plataforma de producción estatal.

β. Sociedad: Comprendida como un sistema social complejo (Cfr. Luhman, 2006) que obedece un movimiento constante y auto-referencialmente postula soluciones a las contradicciones históricas que en ella se presentan.

2. *Telos*: Son estos los objetivos y fundamentos del accionar social postulado dentro del sistema social: sociedad.

γ. Sujetos de Derecho Privado: Se realiza una aproximación a estos en cuanto evidencian la configuración ideológico-económica de un sistema social.

3. Contrato: Se comprende que los sujetos de derecho privado tienen unas calidades y cualidades específicas en torno a la forma de obligarse.

Por otro lado, pero en correspondencia con los conceptos anteriormente perfilados, se encuentran tres figuras metódicas que ordenan el discurso articulándolo en una

discusión iusfilosófica en la medida que demarcan la problemática de la interventoría desde: 1. Su función social respecto de los valores últimos en el sistema social (análisis sobre la *justicia*); 2. Su función jurídico-técnica desde una lectura de la *validez* normativa como campo de análisis; 3. Su función de incidencia y transformación social según ciertos criterios de aplicabilidad en el marco de la *eficacia* normativa.

*Sociedad-Estado-Sujetos de Derecho Privado* y los criterios de *justicia*, *validez* y *eficacia*, sirven de sustento teórico que posibilita una comprensión de algunos aspectos que se dilucidan en este trabajo. La pretensión analítica de este se funda en la posibilidad de ubicar una discusión de orden histórico jurídico (rastreo de producción normativa) en el ámbito de la ciencia jurídica como ejercicio de revisión y crítica de las formas jurídicas. De suerte tal que, si esta labor cumple su cometido, realizará una revisión por la figura de la interventoría postulando un paralelo metódico que lea el "espíritu normativo" y su compatibilidad con los axiomas fundamentales del sistema social colombiano (puntualmente el bienestar público). Además, este documento aborda una casuística para verificar el grado de *eficacia* que tiene el ejercicio normativo en el ámbito de la interventoría.

Conviene advertir que la línea de la investigación de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, dentro del proyecto de la línea de investigación en tendencias y perspectivas del derecho administrativo sobre supervisión e interventoría de los contratos estatales, se han realizado tres investigaciones: 1. Diagnóstico de la Supervisión del Contrato Estatal en los Ministerios y Departamentos Administrativos en Colombia; 2. La Supervisión de los contratos estatales celebrados por las Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales de la Administración Nacional; y 3. La Supervisión de los Contratos Estatales en las Entidades Autónomas del Nivel Nacional de la Administración Pública.

De allí, que la presente investigación se aleja de los estudios anotados, en el análisis casuísticos, tomando para ello, las dos ciudades más importantes de Colombia, como son Bogotá y Medellín, de cara a la eficiencia y eficacia en la ejecución contractual a nivel territorial, con lo que se pretende advertir sí la *libertad* que la norma habilita para que cada entidad regule lo relativo a la interventoría fundado en la autonomía de la voluntad es suficiente para el adecuado seguimiento del contrato de obra, o si por el contrario, es necesaria la intervención del Estado fijando puntos generales y exigibles de todas sus entidades para el adecuado ejercicio de la interventoría, para ello, se acudirá y desde ya se advierte que el trabajo no es de naturaleza comparada, aunque en unas líneas se acuda a citas relativas a la normativa Española<sup>38</sup>, el estudio no está centrado en la comparación, y las mismas dado el modelo de Estado y regulación similar, han sido resaltadas como posibles soluciones al defecto que se advierte como a los vacíos que se denotaran en torno a la regulación.

Retomando, bajo los criterios de los principales conceptos aquí abordados ( $\alpha$ ,  $\beta$ ,  $\gamma$ ) se pueden identificar una serie de relaciones de intersección que muestran los movimientos del sistema social normativo entorno a la interventoría, a saber:

---

<sup>38</sup>Se acude a la normas en contratación de España, debido a los estudios realizados por José Luis Benavides y Juan Carlos Exposito Vélez, quienes dentro de los textos e – investigaciones académicas- El Contrato Estatal entre lo público y lo privado y La Configuración del contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español, develan similitud no sólo en la forma del Estado en el modelo actual, sino que establecen puntos de encuentro, necesarios para hacer una comparación mínima, recalcando que el estudio no se ajusta ni corresponde a un trabajo de derecho comparado.

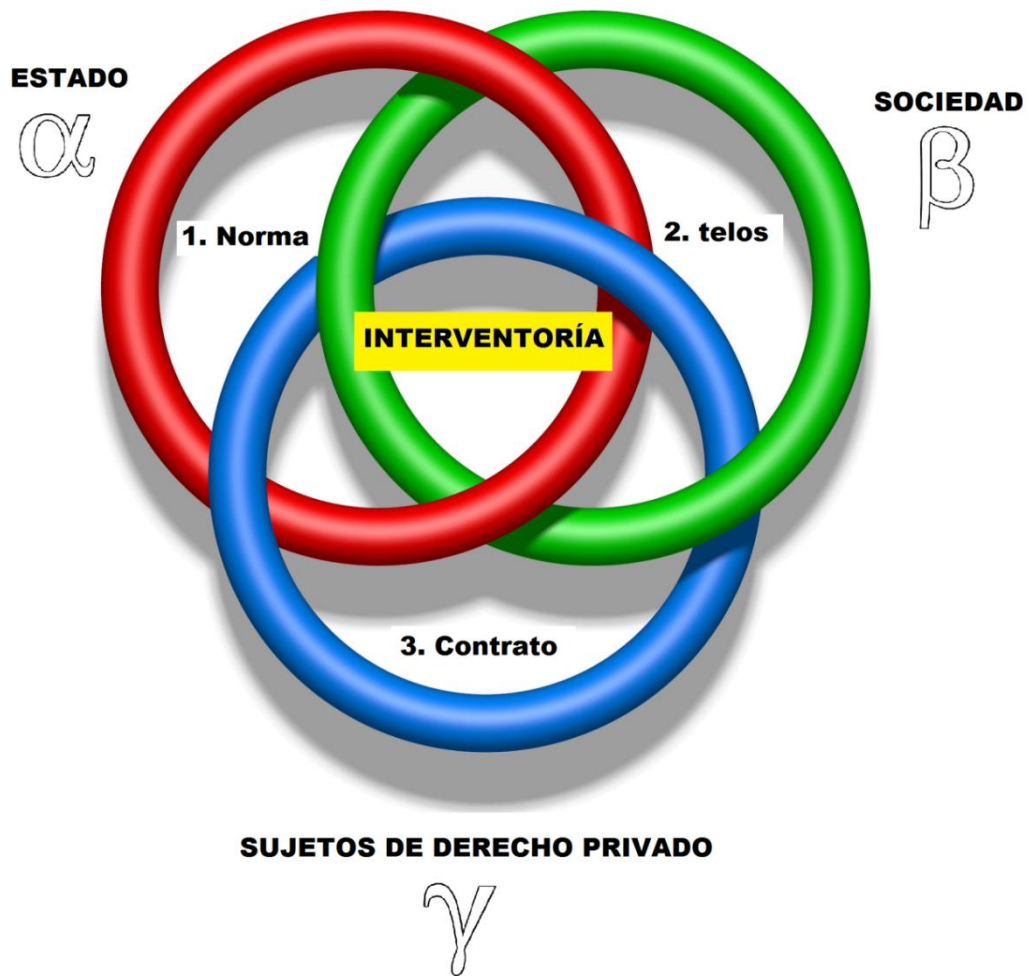


Figura 1

Las posibles articulaciones que se dan entre este movimiento conceptual aquí postulado son:

( $\alpha$ ) ( $\beta$ )= Principios normativos constitucionales que recogen los axiomas originarios de la sociedad.

( $\alpha$ ) ( $\gamma$ )= Sistema de contratación (privado-público); normativización marco del contrato de obra.

(β) (γ)= Establecimiento de derechos emplazados en la estructura contractual.

(α) (β) (γ)= Articulación constante entre los principios normativos (Estado) y su realización en el campo específico la interventoría atendiendo a la tensión entre los fines sociales e individuales.

# 1. CAPÍTULO 1. CONTROL DIRECTO EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE INTERVENTORÍA

## 1.1 Control Interno y Control Externo

Comprendiendo que históricamente el Estado obedece a una lógica social y a una conjugación constante de los intereses de determinados campos de la sociedad, se hace necesario evidenciar a la administración como una organización política tendiente a ejercer actos de orden expeditivo propensos a realizar los fines comunes de la sociedad. Así, el Estado como organismo social complejo desenvuelve un plexo de actividades que persiguen los objetivos trazados en la normativa constitucional.

La administración, como lo señala Sánchez Morón, no sólo puede alcanzar los fines del interés público mediante decisiones unilaterales e imperativas, también lo puede hacer mediante acuerdos, pactos, convenios o contratos, es decir, a través del acuerdo de voluntades; cuestión por la cual -señala el jurista- la administración ha necesitado desde siempre contratar con particulares o empresas para la realización de algunos de sus fines. Sólo por medio de actos de autoridad estatales no resulta eficaz y oportuna la gestión pública (Sánchez, 2010, p. 577).

Lo anterior es comprensible desde la perspectiva de un Estado cumplidor de la ley y respetuoso de los derechos individuales en una sociedad contemporánea (entre otros, el desarrollo efectivo de la propiedad privada, CPC, artículo 58). En Colombia los principios del Estado están elevados a nivel constitucional (CPC Título I), delineando el *telos* del accionar administrativo y político de cada agente social. Esto quiere decir que cada acción de los sujetos en sociedad, debe estar implicada en la búsqueda del desarrollo de los fines del Estado. No obstante, la consecución de los fines estatales no puede, en estricto sentido, manejarse a luz del derecho privado (que busca ser garante de los derechos particulares de cada sujeto en sociedad), ni con la igualdad que en tal convención se edifica según el acuerdo de voluntades,

donde es el interés individual quien define las cargas. Por lo tanto, integrando en un extremo a la administración y en el otro al provecho privado, se delinea una asimetría contractual dada la teleología señalada del interés público<sup>39</sup>. De allí, que en esta relación contractual (privado-público) la ley consigne prerrogativas a la administración, entre las que pueden enunciarse: 1. La dirección y control que se ejerce para el cumplimiento del contrato; 2. la modificación unilateral o potestad *variante*; 3. La potestad sancionatoria; 4. La ejecución directa del contrato. Estas prerrogativas deben en todo caso, surgir del ordenamiento como de las cláusulas contractuales, todas ellas con el fin de tener el control sobre la ejecución contractual (Cassane, 2002, p. 22).

De no permitirse una intervención estatal y consagrarse un derecho exclusivamente garantista de los intereses privados, no se podrían realizar los fines públicos perfilados por el modelo de gobierno propuesto por la sociedad colombiana. Cuestión que invita a reconocer la necesidad de una intervención estatal, concebida bajo una serie de criterios, que limite las intenciones privadas amparadas en una economía capitalista (el lucro individual). Aquello implica que el Estado haga las veces de conjunto organizacional que tiene la necesidad de encontrar moderación, entre los fines de la sociedad y las ambiciones particulares mediante movimientos de control.

Parejo (2011) señala que el control es una función que aparece revestida de las siguientes características: 1. Actividad de confrontación o comprobación, con emisión de un juicio con arreglo a un criterio; 2. Que un ente u órgano realiza respecto de la actividad de otro; 3. Que conlleva sobre la base del juicio emitido, la adopción de una medida de contenido y alcance diverso; 4. Con producción de los consecuentes efectos positivos o negativos en aquella actividad, efectos también diversos, dependiendo del carácter de la medida adoptada, siendo *interno* cuando

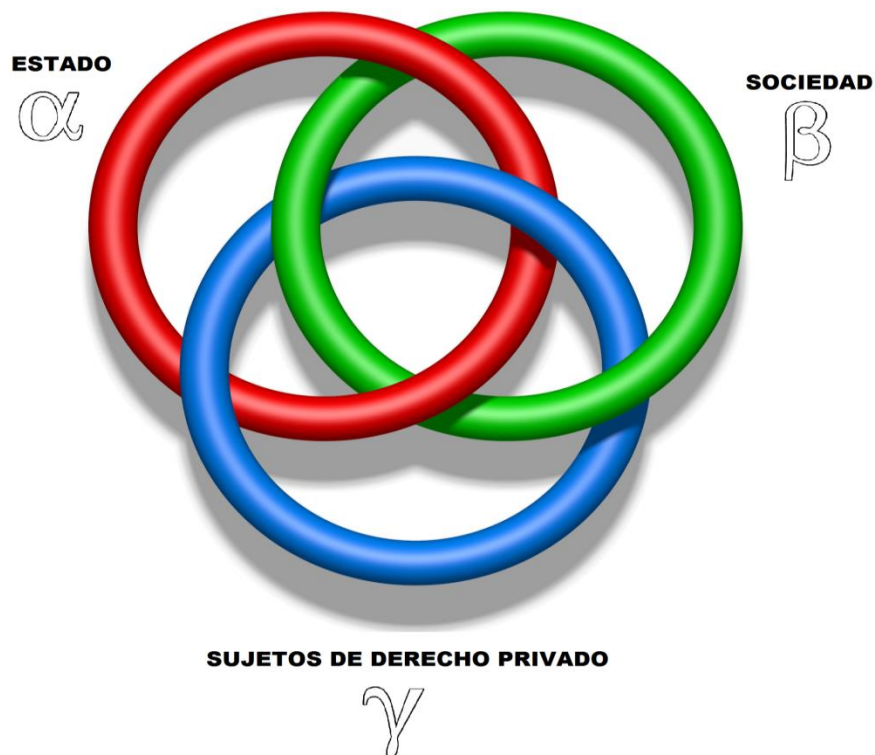
---

<sup>39</sup> Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades deben buscar el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (Cfr. Artículo 3, Ley 80 de 1993).

se realiza la misma entidad y *externo* cuando el control jurisdiccional está implicado (pp. 556-557).

De acuerdo con ese criterio, la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato de las entidades estatales (Cfr. Ley 80 de 1993, artículo 14), corresponde al *control interno*; mientras que la intervención y participación de: 1. Ministerio Público; 2. De la Fiscalía General de la Nación; 3. De las Autoridades que ejercen Control Fiscal; 4. De la comunidad y; 5. La de los Cuerpos Consultivos del Gobierno (Cfr. Ley 80 de 1993, arts. 62 a 67), integran el control *externo*.

### **Antecedentes de los contratos estatales y del control gubernamental en la ejecución de obras del Estado**



**Figura 2**

Señala Ramírez (1990, p, 79) que en materia de contratación administrativa la legislación colombiana solo registra sus primeros antecedentes normativos al comenzar el presente siglo, caracterizado por un implícito reconocimiento de la cláusula exorbitante, como elemento diferenciador del contrato administrativo, precisando que la consagración legislativa de caducidad para los contratos de obra pública se halla en la Ley 153 de 1909, “pues sin duda constituye la primera disposición legal que adopta un precepto distintivo de la relación Estado - particular contratista” (Ramírez, 1990, p, 80). Es de resaltar que la Ley 53 de 1909, estableció que:

En todo contrato que el Gobierno celebre sobre construcción de obras, ejecución de hechos, u otros análogos, se estipulará precisamente una cláusula penal pecuniaria, para el caso en que el contratista faltare al cumplimiento del contrato, por su culpa.

Es importante comprender que este mandato legal ya estipula concretamente un ejercicio de gobierno, tendiente al manejo de las obras de carácter público y denota como una técnica de cumplimiento el castigo a aquel sujeto que no cumpliera con su deber contractual. Este incipiente articulado pone en escena el campo de intervención estatal y su coordinación con los *sujetos de derecho privado*, frente al desarrollo de los objetivos concretos del Estado.

Sobre el origen y desarrollo de la contratación pública, Castro, García y Martínez (2010), afirman que en Colombia, como en el resto del mundo, “el reconocimiento en la contratación estatal tuvo una evolución paralela a la jurisdicción contenciosa administrativa” (p, 66); y desde el punto de vista sustancial, como sucedió en España, la configuración de los contratos administrativos se presentó inicialmente a través del Código Fiscal (1912) y otras formas posteriores (Ley 61 de 1921 y Ley 106 de 1931) que establecieron la exigencia de licitación en determinados contratos” (García citado en Castro, García & Martínez , 2010, p, 67).

Los referidos autores, apoyados en Naranjo Flórez, señalan que “desde mediados de siglo se expidieron en Colombia, diversas leyes que regulaban algunos contratos

de la administración pública como el Estatuto Nacional de Compras (Decreto 351 de 1955), Estatuto de Empréstito o de Operación de Crédito (Decreto 1055 de 1955), el Estatuto de los Contratos Interadministrativos (Decreto Legislativo 550 de 1960), el Estatuto Sobre Obras Públicas (Ley 4 de 1954, modificada por la Ley 136 de 1966), y el Decreto Reglamentario 518 de 1965” (Castro, García y Martínez, 2010, p, 67). Sin embargo, la regulación del régimen contractual de la administración pública, era dispersa e insuficiente “con numerosos vacíos, incongruencias y antinomias, que revelaba en la mayoría de los casos carencia de unidad y de estructura armónica” (Ramírez, 1990, p, 83). Por lo que “es sólo a partir de 1975-1976, cuando se puede hablar de un estatuto de contratación pública en Colombia” (Expósito, 2003, p,171), con la expedición del Decreto 150 de 1976, al unificar la normativa aplicable a los contratos que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), establecimientos públicos, junto con una normativa para los procedimientos como la *licitación pública*, la *licitación privada* y la *contratación directa*” (Castro & Martínez, 2010, p, 67).

El Decreto 156 de 1976 estableció la siguiente clasificación de contratos: 1. Obras públicas; 2. Suministro; 3. compraventa de bienes muebles; 4. Empréstito; 5. compraventa o permuta de inmuebles; 6. de arrendamiento; 7. de prestación de servicios; 8. de venta de bienes muebles; 9. de donación y para la recuperación de bienes ocultos (art. 76). A su vez el contrato de obra se clasificaba en tres grupos: 1. Para ejecución de estudios, planos, anteproyectos, proyectos localización de obras, asesoría, coordinación o dirección técnica y programación; 2. Para construcción, montaje e instalación, mejoras, adiciones, conservación y restauración; y 3. Para el ejercicio de la interventoría (art. 78).

Así, se incorpora por primera vez en la legislación la figura del *interventor* para la vigilancia del contrato estatal, a quien se le encomienda la verificación y cumplimiento de los trabajos y *actividades de los contratistas*. La interventoría podía ser realizada por un funcionario o ser contratada con personas naturales o jurídicas, siempre que: 1. Tengan experiencia en el tema y 2. Se encuentren registradas, clasificadas y calificadas. En cualquiera de los dos casos, se exigía la calidad de

*ingeniero o arquitecto matriculado* y con una experiencia no menor a tres años en obras de naturaleza y especificaciones comparables (art. 96).

La forma de contratación podía ser directa si era inferior a los quinientos mil pesos (\$ 500.000 m/c), y el Consejo de Ministros lo consideraba conveniente, cuando se igualaba tal cuantía, procedía el concurso de méritos, adjudicándose al proponente inscrito mejor calificado ponderando *su capacidad técnica, experiencia y organización* (art. 71).

En torno a las atribuciones a cargo del interventor, se estableció que se señalarían en el contrato, estando facultado para: 1. Revisar los libros de contabilidad; 2. Exigir al constructor la información que considerara necesaria (art. 97); 3. Estar presente en la liquidación del contrato – principal, siempre que el contratista se negara a participar en ella.

Se pueden observar los primeros intentos por fijar reglas para el control de la obra por parte de la administración, donde establecieron impedimentos y responsabilidades a ciertos niveles. El primero lo desarrolló el artículo 98 del Decreto Ley 150 de 1976, al advertir que no podía contratarse la interventoría con: 1. El autor del proyecto o diseño correspondientes, salvo por la complejidad técnica de la obra, siempre que tal precisión se consignará por escrito; 2. Con las personas cuyo proyecto o diseño “no se hubieren aceptado”. En segunda instancia, se consignó que quien ejerza dicha interventoría y ocasione perjuicios por el mal desempeño, responderá penal y civilmente. De esta forma se postulan una serie de límites más severos al actuar contractual en el campo de la interventoría, cuestión que cualifica indudablemente al interventor.

Teniendo en cuenta lo anterior, se infiere que el ejercicio de interventoría se postula como una edificación del operar técnico de la administración, para poder consolidar una actividad *eficaz y justa*, conforme a la destinación de los esfuerzos estatales para brindar una vida digna a sus asociados. Así, la articulación del Estado con

profesionales en áreas del conocimiento que implementen un ejercicio de control es, en efecto, una iniciativa que ahonda sus raíces en la búsqueda de un armonioso actuar administrativo apoyado en los *sujetos de derecho privado*.

Entre 1978 y 1979 se produjeron una serie de estudios tendientes a modificar la norma existente, pero el cambio de gobierno impidió que las experiencias de estos dos años de análisis se tuviesen en cuenta. Luego, en 1982 el Congreso otorgó nuevas facultades extraordinarias al ejecutivo, mediante la Ley 19 de ese año. Con base en tales facultades extraordinarias se produjo el Decreto 222 de 1983 (Torres, 1992, pp. 80-81).

Esa normativa “por primera vez definió el criterio legal en el tema de los contratos” (Expósito 2003, p. 173) y dentro de sus modificaciones sustanciales están: 1. Definir el contrato de obra. La importancia de tal novedad radica “la ruptura de la libre interpretación que existía bajo el régimen anterior”, precisando factores para “identificar que contratos son de obra pública”. 2. Excluir de ese tipo contractual los que tienen por objeto la realización de estudios y el ejercicio de la interventoría, actividades que agrupo en el artículo 115, dándole por primer a vez una entidad propia: el contrato de consultoría” (Bautista, 1988, pp10,11).

En efecto bajo tal régimen, los contratos de obra pública son los que se celebran “para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público” (art. 81). Y de consultoría, los que “se refieren a estudios requeridos previamente para la ejecución de un proyecto de inversión, a estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos especificados así como a las asesorías técnicas y de coordinación. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, la asesoría misma en el desarrollo de los contratos de consultoría y la ejecución de estudio, diseños, planos, anteproyectos, proyectos, localización, asesorías, coordinación o dirección técnica y programación de obras públicas”(art. 115).

Pese al cambio en la tipología contractual, la interventoría mantuvo la función de verificar y exigir el debido cumplimiento del contrato de obra pública y de concesión (artículo 104), y se modificó el proceso de selección –concurso de méritos- al permitirse la contratación directa, en tres casos: 1. Frente al desarrollo de la cuantía. Esta vez, a un valor inferior al de quinientos mil pesos (\$500.000 m/c); 2. Cuando exista una consideración del Consejo de Ministros; 3., cuando el concurso, se declare desierto (artículo 116).

En cuanto a las calidades del interventor establecidas en la Ley 50 de 1976, el Decreto 222 de 1983, agregó que debían estar “registradas, calificadas y clasificadas”. En esencia, las funciones del interventor, son las mismas establecidas en el Decreto 150 de 1976, sin embargo, en torno a las incompatibilidades, consignó que no se podía contratar con quien hubiere quedado “en segundo lugar en la licitación pública o privada que precedió a la obra” (artículo 122).

Señala Expósito, que el decreto 222 de 1983 partió de una presunción de mala fe en las actuaciones de los particulares, con lo que se estableció una serie de controles, reglamentando la contratación en todas sus facetas de manera excesiva (Expósito, 2003, p. 177), por lo que casi desde la misma fecha de vigencia del Decreto 222 de 1983 se iniciaron movimientos encaminados a lograr modificaciones (Torres, 1992, p. 2).

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, afirma Lamprea (2007, p. 7) se han dado las bases para una teoría del contrato estatal, “al definir qué cosas implica el poder público y cuáles sus fines esenciales. Los principios y reglas constitucionales definen el campo del quehacer administrativo y de los colaboradores de los órganos públicos para la ejecución contractual del presupuesto. Así el principio de legalidad y, en particular el de buena fe, gobiernan las relaciones Estado-particular” (C.P.C Art.83), a la vez que la competencia a diferencia de las normas que preceden, para expedir el Estatuto General de la

Contratación de la Administración Pública quedó en el Congreso de la República (Cfr. C.P.C., artículo 150, No. 25).

Para Benavides, desde la exposición de motivos del proyecto de ley, el Gobierno insistía en la intención de modernizar la reglamentación de los contratos de la administración para adaptarla al proceso de apertura económica en curso desde finales de los años 80, puesto que:

La antigua legislación sobre contratos de la administración fue calificada de camisa de fuerza opuesta tanto a las necesidades del servicio público como del privado pues se trata de una regulación reglamentaria que impide la flexibilidad necesaria que debe estar presente en el actual contractual (Benavides, 2005, p. 19).

Es aquí donde se demarca nuevamente el choque de tendencias que permiten, inequívocamente, ubicar el servicio público del Estado en confrontación con las tendencias de la economía mundial, cuestión que apunta al eje de intersección entre los *sujetos de derecho privado* ( $\gamma$ ) y la *sociedad* ( $\beta$ ) (Cfr. Figura 1). De tal forma, que en el contexto material de la apertura económica el Estado colombiano debió obedecer al mandato constituyente (1990-1991), procurando velar porque los actos de la administración fuesen respetuosos de los derechos de la sociedad y, además, tuviesen en cuenta la realidad económica del país. Consecuencia de esta tensión se postula una intervención de entes privados dentro del espectro de la función pública, en este caso específico: la interventoría.

La Ley 80 de 1993, -considerada el Estatuto General de la Contratación Pública- estableció en su segundo artículo que, son fines del Estado, la continúa y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; a la vez que precisó, en su artículo 4 que las entidades para dar cumplimiento a tales principios podrán: 1. Exigir del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado; 2. Adelantar revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; 3. Exigir que

la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajusten a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias.

La norma refiere no sólo las enunciadas prerrogativas, sino que además es clara en indicar los medios que pueden ser usados para el cumplimiento del objeto contractual, resaltando que tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato (artículo 14); comienza entonces, un régimen de control fundado en la *auto tutela* de las entidades del Estado, debido a que “la administración puede tutelarse a sí misma sin requerir de tribunales” (Mora, 2011, p 76).

Bajo tal premisa, y de cara al control interno de la administración, señala Lamprea (2007) que “la entidad contratante no podrá desprenderse de la vigilancia permanente de la ejecución del contrato, que ejerza: 1. Autorizando los soportes y las cuentas de cobro para el pago regular de la obra contractual; 2. Los ajustes al precio según las previsiones del pliego de condiciones y del contrato; 3. Modificando el contenido del contrato cuando las circunstancias lo hacen necesario, por ampliación del objeto, prórroga del plazo, aumento del precio, para ajustarlo de manera permanente a la realidad de la ejecución; 4. Aplicación rigurosa de las estipulaciones exorbitantes de la administración” (p. 572). Agrega además, que el control sobre el contratista y la forma como se adelanta la ejecución del contrato se orienta a verificar el cumplimiento de las obligaciones en la oportunidad prevista por el cronograma o programa de trabajo en el plazo previsto en el contrato. (Lamprea, 2007, p. 573).

En cuanto a los contratos, la referida ley, los define como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”. Además de enunciar los siguientes: 1. Contrato de Obra; 2. Contrato de Consultoría; 3. Contrato de Prestación de

Servicios; 4. Concesión; y 5. Encargos Fiduciarios (art. 32), los que habremos de comprender como contratos típicos.

En cuanto al contrato de obra, señaló que son aquellos que:

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

“En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación [...] 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.

Respecto de la Consultoría señaló que son:

Los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

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

Y en cuando a los de prestación de servicios, consignó que son:

Los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento 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.

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

La nueva normativa conserva la distinción que hiciera el Decreto 222 de 1993, en torno al contrato de obra y de consultoría, de modo que no aporta nada nuevo a excepción de lo referido para el contrato de obra, al dejar abierta la posibilidad de que cualquier actividad se entienda dentro de esta tipología, siempre que “se relacione con inmuebles”, mientras que la interventoría, conserva de manera intacta la redacción como contrato de consultoría, al ocuparse el legislador únicamente de otras actividades que la comprenden sin que anunciara algún elemento o característica.

Se advierte el deseo del legislador de la obligatoriedad de la vigilancia a través del interventor, a quien lo habilita acorde con la facultad para la dirección del contrato de impartir órdenes, las que se presumen han de ser para la correcta ejecución de la obra. Luego de 14 años de la reforma a la contratación estatal, se expide la Ley 1150 de 2007, con la que se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, sin embargo, en cuanto al contrato de obra como al de interventoría, no establece nada diferente, luego las disposiciones quedan indemnes salvo la derogatoria de *concurso* en el contrato de obra (art. 32 Ley 80 de 1993). La preocupación del legislador se concentra en los procesos de selección del contratista, sin que respecto del control en la ejecución se definan políticas tendientes a la vigilancia y control.

Más adelante, con el objeto de fortalecer los mecanismos de prevención, investigación, sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública (es decir el manejo de la *eficacia* normativa), se expide la Ley 1474 de 2011, con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual. Las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor (descripción legal que surge por primera vez en el ordenamiento jurídico) o un interventor, según corresponda (artículo 83). En la exposición de motivos del referido Estatuto Anticorrupción, se

llamó la atención sobre los casos de corrupción pública, razón por la que se plantean las reformas puntuales, para así aumentar la transparencia y garantizar la sanción a la corrupción y el fraude en esta actividad estatal:

En primer lugar, hay un gran vacío en la normatividad para la vigilancia contractual, razón por la cual a través de este proyecto se fortalece el sistema de interventoría. Se carece de un referente legal en materia de supervisión e interventoría de la actividad contractual, que se ha traducido en debilidades en el control y seguimiento del Estado sobre la ejecución contractual.

En ese sentido y con el propósito de contar con un sistema efectivo de control de la administración sobre la ejecución de los contratos estatales, el proyecto dispone: - Que es mandatorio que los contratos estatales cuenten con supervisión o interventoría, de suerte que siempre se vigile su ejecución. - Todo contrato de obra pública de mayor cuantía deberá contar con interventoría, y se obliga a que en los demás que superen este valor, los estudios previos se pronuncien sobre la pertinencia de contar con la misma - Se aclara el alcance de los deberes de supervisores e interventores, y se les hace responsables de poner en conocimiento de la entidad contratante los posibles actos de corrupción, así como de alertar oportunamente sobre posibles incumplimientos. - La falta de información oportuna a la entidad por parte de supervisores e interventores los hará solidariamente responsables con el contratista por los perjuicios causados, amén de las responsabilidades personales que se generen en materia disciplinaria para los servidores y de inhabilitación para los interventores. - La interventoría debe ser continua. Si la obra se alarga, la interventoría también. No tiene sentido que a la mitad de la obra, se la deba detener mientras se contrata una nueva interventoría.

Del repaso realizado desde 1909 hasta la actualidad, se advierte a partir de 1976, una preocupación por la vigilancia del contrato estatal (aunque incipiente ha sido la construcción de políticas para realizar un verdadera vigilancia), a partir de la figura del interventor, de tal modo que ya en nuestros días, se adviertan como formas de control interno, dos formas través de las cuales las Entidades controlan la debida ejecución del contrato: 1. La Supervisión y 2. Contrato de interventoría; señalando por primera vez, dentro del marco del Estado democrático, las funciones a cargo del interventor y del supervisor.

## 1.2 El contrato de Interventoría

Se ha visto el origen de la figura de la interventoría en los contratos del Estado a través de un barrido histórico, denotando el control interno que lleva a cabo la entidad para la ejecución contractual. Sin embargo, dentro del marco de la Constitución Política de 1991, como de las normas que rigen la figura, no se advierten elementos determinantes en su configuración. El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, señaló de manera enunciativa a la interventoría sin definir sus objetivos ni las características (Jiménez, 2007, p. 80), como si se había precisado en normas precedentes (Cfr. Decreto Ley 150 de 1970 y Decreto 222 de 1983). Tal proceder, según Rincón Salcedo, se debe a la decisión de dar autonomía a las partes para la elaboración del contrato absteniéndose de fijar cualquier tipo de funciones por parte del interventor. Así, el control del contrato, quedó gobernado por las obligaciones fundadas en cada acto en particular; y cuando se contrata la interventoría, en las directrices plasmadas en los manuales, aprobados por las entidades (Rincón, 2011, pp. 36-37), situación que no se altera con la Ley 1474 de 2011, que si bien realizó la definición del contrato y una descripción de funciones, persiste en vacíos normativos que no solucionan las problemáticas expresadas.

Una vez hechas estas precisiones, en este capítulo se pretende adelantar un análisis sobre: 1. Definición y Naturaleza Jurídica; 2. Diferencia con la Supervisión y el Contrato de Prestación de Servicios; 3. Características del Contrato; 4. Las funciones del Interventor, a partir de la doctrina, la ley y los organismos de control.

### 1.2.1 *Definición y Naturaleza Jurídica*

Hasta hace poco se podía afirmar la *indefinición legal del contrato de interventoría* (Rincón, 2011. p. 36), pues como ya se vio, contrario a la manera en cómo era tratado el tema en el Decreto 150 de 1976 y el Decreto 222, en los que “la definición del contrato de interventoría podía inferirse de una simple lectura de los artículos referidos a la interventoría y al interventor” la Ley 80 de 1993, “se limita a catalogar

a la interventoría como una especie de consultoría sin siquiera mencionar como si se hacía en los anteriores decretos cuales eran las facultades del interventor” (Rincón, 2011, pp. 36-37).

Luego fue la doctrina la que intentó definir el contrato, para la comprensión integral de esta figura se torna necesario revisar algunas definiciones construidas en el marco de la doctrina, entre las que resaltan: 1. Parra (2002) para quien la interventoría busca “controlar, vigilar, inspeccionar la celebración, ejecución de un contrato primigenio instrumentando conocimientos científicos, técnicos y tecnológicos que son equivalentes o similares a quien presta obligaciones en el contrato principal” (p.37); 2. Jiménez (2007) quien señala que es “la actividad de control y vigilancia de un contrato estatal que tiene como objeto verificar el cumplimiento integral de su objeto y de las obligaciones en el pactadas, coadyuvando a las partes contratantes para lograr una terminación exitosa del contrato vigilado (p. 82).

Esto cambió con la expedición de la Ley 1474 de 2011, en la que se precisa que la interventoría comprende “el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría. (Art. 83)

De manera que de una interpretación de las dos leyes (80 y 1474), permite comprender que la interventoría es una especie de consultoría a través de la cual las entidades del Estado, realizan el seguimiento especializado y técnico que sobre el cumplimiento de un contrato, siendo obligatoria en el caso del contrato de obra

cuando se haya adjudicado a través de licitación, contando con la facultad de impartir órdenes, siempre que las entregue por escrito.

### 1.2.2 *Diferencias entre la Interventoría y la Supervisión.*

La redacción del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011<sup>40</sup>, norma que define por primera vez a la supervisión<sup>41</sup> y a la interventoría, podría llevar a confusión pues para el legislador ambas figuras pueden comprender el seguimiento: 1. Técnico; 2. Administrativo; 3. Financiero; 4. Contable; y 5. jurídico, sobre el cumplimiento del objeto del contrato.

Luego cabe preguntarnos ¿quién lleva a cabo la interventoría y quién la supervisión? Para aclarar la duda al respecto, conviene citar la respuesta dada sobre tal asunto por el Programa de Renovación de la Administración Pública del Departamento Nacional de Planeación (Consulta relacionada con las inhabilidades establecidas en la Ley 1474 de 2011 y el alcance de la supervisión e interventoría de contratos), en la que se advierte:

---

<sup>40</sup> Refiere el enunciado artículo que con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda. La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos. La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría. Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor. El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal”.

<sup>41</sup>Cfr. Memorando del Departamento Nacional de Planeación Prap a Secretaría General donde se realiza una consulta relacionada con las inhabilidades establecidas en la Ley 1474 de 2011 y el alcance la supervisión e interventoría de contratos.

La supervisión la realizará directamente la entidad estatal a través de sus funcionarios cuando no requiera conocimientos especializados. No obstante, cuando lo amerite el respectivo caso, podrá contratar personal de apoyo para que le brinde el soporte requerido al Supervisor del contrato a través de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con el objeto de realizar adecuadamente su labor de supervisión que en todo caso estará a cargo del Supervisor respectivo.

Por el contrario, la interventoría será realizada por un contratista externo de la entidad, el cual será contratado bajo las modalidades de concurso de méritos o mínima cuantía según su monto, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen en el respectivo estudio previo de la contratación.

Con lo anterior queda despejada la duda en torno a quién desarrolla la supervisión y la interventoría; sin embargo, tal distinción había sido objeto de claridad por Lamprea (2007, p. 573), quien señaló que la vigilancia sobre el Estado y el avance de la ejecución contractual se ejerce principalmente por el interventor o por el supervisor, especialmente designado por la entidad contratante. De acuerdo a lo previsto en la Ley 80 de 1993, el interventor no debe pertenecer a la entidad contratante, sino ser un tercero, advirtiendo que en la práctica “se designa a un supervisor representante *ad hoc* de la entidad contratante para los fines del contrato”. Así, se evidencia el adelanto de la perspectiva del contrapeso que la actividad administrativa implementa en el campo jurídico-práctico respecto de sus actuaciones donde incursiona por motivos de carácter técnico y económico un agente privado. De suerte tal que la interventoría se desenvuelve como un andamiaje de control que se soporta en la necesidad técnica del obrar estatal.

No obstante, al verse aclarado quién asume tanto la supervisión, como la interventoría, surgen varios interrogantes, entre ellos, ¿qué comprende el “seguimiento técnico”?, máxime cuando el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* lo define, como: 1. Perteneciente o relativo a las aplicaciones de las ciencias y las artes; 2. Dicho de una palabra o de una expresión empleada exclusivamente, y con sentido distinto del vulgar, en el lenguaje propio de un arte, ciencia, oficio, etc. Lo que lleva a pensar que el *seguimiento técnico* ya sea en la supervisión o en la interventoría se haría necesario para cualquier clase de contrato, como en el caso

de suministro de equipos especializados de laboratorio. Maquinaria de alto rendimiento que dado el alto contenido técnico, exige para su revisión una naturaleza de interventoría y de supervisión que cualifique al interventor. De tal manera que este debe cumplir con unas exigencias de experticia para llevar a cabo, de manera feliz, el desarrollo de su labor.

Para definir este punto, es de gran importancia el estudio realizado por el profesor Rincón (2011, p. 50), quien intenta construir una definición de la interventoría a partir de la diferenciación entre el contrato de consultoría y del de prestación de servicios, apoyado en los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Así advierte el autor que la Corte Constitucional, acude a una “fácil diferenciación”, consignada en la Sentencia C-326 de 1997, al señalar dos criterios diferenciadores entre la consultoría y el contrato de prestación de servicios:

1. 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.
2. El objeto de los contratos de consultoría no está relacionado directamente con las actividades de la entidad que los requiere. De lo que concluye Rincón, que el papel que ha jugado esa alta corporación en la construcción de una definición o por lo menos una identificación de los elementos distintivos del contrato de consultoría es poco relevante y de hecho puede llevar a importantes confusiones que deben evitarse.

A juicio de Rincón (2011, p. 55), el Consejo de Estado, adopta una posición más concreta para establecer un criterio residual de identificación de los contratos de prestación de servicios<sup>42</sup> que permite a su vez identificar de manera clara a los

---

<sup>42</sup> El Consejo de Estado en su Sección Tercera en la Sentencia de 3 de marzo de 2006 (Consejero Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez), señaló: “[...] el criterio de distinción entre un contrato de consultoría y uno de prestación de servicios, cuando se presentan conflictos sobre el tipo de los mismos, parte de un criterio residual, que se formula de la siguiente manera: Todos los contratos que se encuadren en la descripción legal sobre lo que es una consultoría corresponderá a dicho tipo legal; los demás serán contratos de prestación de servicios. La razón de ese criterio reside en la especialidad de la definición, ya que la noción de contrato de consultoría es de menor alcance y más concreta que la de prestación de servicios. Además, la distinción entre estos dos contratos también se expresa en otros aspectos, como por ejemplo: i) en los contratos de consultoría no se pueden pactar cláusulas exorbitantes, porque la ley no lo autoriza; mientras que en los contratos de prestación de servicios es posible que las partes las pacten-art. 14, num. 2, inc. 2-,ii) para celebrar

contratos de consultoría (p. 57), advirtiendo que su posición se edifica en el salvamento de voto del Magistrado Mauricio Fajardo<sup>43</sup>, para referir que:

En efecto si el criterio para diferenciar un contrato de interventoría de un contrato de prestación de servicios profesionales de supervisión, es que uno tiene un carácter altamente técnico y el otro un carácter ligado a la administración y funcionamiento de la entidad estatal contratante, deberíamos afirmar que mientras la actividad de supervisión se encuentra referida a los proyectos (de infraestructura, técnicos, tecnológicos), diseños, obras de infraestructura o eminentemente técnicos, estaríamos frente a una interventoría o por lo menos frente a una consultoría (asesoría en la supervisión de proyectos) pero si la actividad de supervisión se refiere a la que le corresponde a la entidad dentro de la verificación normal de la actividad contractual estaríamos de frente a un contrato de prestación de servicios de supervisión, entendiendo claro de esta manera que entre la supervisión consultoría y la supervisión prestación de servicios la única diferencia es que la primera se desarrolla para contribuir al funcionamiento y administración de la entidad de un análisis que en principio resulta bastante claro.

Agrega Rincón, que la diferenciación se complica con la lectura del párrafo del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008. Argumento que cobra importancia, como quiera que el Decreto 734 de 2012, lo tomara de manera idéntica a la norma derogada, consignándola en el párrafo del artículo 3.3.1, el cual señalaba:

Por labores de asesoría, y de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 entiéndase las llevadas a cabo con ocasión de la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos, carreteras,

---

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 -artículo 50, ley 789 de 2003-, iv) el contrato de consultoría exige, cuando el valor supera la menor cuantía, que sea celebrado por el proceso de concurso público, mientras que el de prestación de servicios se puede celebrar en forma directa, en las condiciones previstas en el art. 24.1, lit. d), entre otras diferencias, como las de tipo fiscal, contenidas en el Estatuto Tributario”.

<sup>43</sup> Quien respecto del contrato de consultoría y el de prestación de servicios señaló: “La diferencia entre uno y otro contrato radica no en que el segundo se caracterice porque se trate de actividades de naturaleza marcadamente intelectual, mientras que el segundo se refiere a actividades propias de la administración y funcionamiento de la entidad, sino que dicha diferencia radica realmente es en el objeto de la actividad. De tal manera que mientras en la consultoría estamos frente a actividades relacionadas con proyectos de infraestructura [...] en la prestación de servicios nos referimos al funcionamiento de la entidad, sin que en nada influya la naturaleza intelectual.”

vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riegos, drenajes y pavimentos; oleoductos, gasoductos, poliductos, líneas de conducción y transporte de hidrocarburos; líneas de transmisión eléctrica, y en general todas aquellas actividades relacionadas con la ingeniería a que se refiere el artículo 2 de la Ley 842 de 2003. Lo anterior, sin perjuicio de que la entidad pueda realizar contratos de prestación de servicios profesionales para apoyar la labor de supervisión de los contratos que le es propia, siempre que las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Ahora, sí bien las referidas normas han desaparecido del orden jurídico, la primera con la expedición del Decreto 734 de 2012, y este a su vez con el Decreto 1510 de 2013, tal análisis no pierde su importancia, pues contribuye a solucionar la confusión en la redacción del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, al señalar que entre los contratos de apoyo a la supervisión de la actividad contractual de las entidades estatales y los contratos de consultoría -interventoría existen diferencias sustanciales que desde una perspectiva teórico-práctica pueden concretarse en:

1. Los primeros suplen una falencia específica referente a una actividad inherente a la entidad estatal directamente relacionada con el funcionamiento o administración de la misma; 2. La contratación de un interventor, dada la amplitud del objeto de la interventoría no se encuentra supeditada por lo menos en principio por la existencia o no de personal de planta que la pueden realizar -advirtiendo- que si no hay norma expresa que lo prohíba, se debe entender que con base en los principios de la contratación administrativa – constitucionales y legales – que el celebrar un contrato de interventoría en situaciones diferentes a la consagrada en el inciso 1 del numeral 1 del artículo 32 de la ley 80 frente a los contratos de obra cuyo contratista ha sido seleccionado por Licitación – con un tercero existiendo la posibilidad de realizar esa función con personal de planta sería ilegal en la medida que el instrumento iría en contra, entre otros de la eficiencia y eficacia en la actividad de la administración pública; 3. La diferencia entre los contratos de prestación de servicios de apoyo a la supervisión y los contratos de interventoría se concreta en el hecho que el primero es un contrato cuyo objeto se limita al apoyo a la supervisión como actividad inherente a las funciones de toda entidad estatal, mientras que el segundo comprende no solo la vigilancia de un contrato sino a su vez el control y la verificación del cumplimiento de las obligaciones en él consagradas (Rincón, 2011, pp. 67-68).

La Ley 1474 de 2011, fue expedida hace dos años, sin que se haya reglamentado<sup>44</sup> lo relativo a la supervisión y a la interventoría, en el sentido de cuándo procede la una y cuándo la otra. Así, la única interpretación posible apoyándonos en Rincón, sería que atendiendo a lo previsto en el numeral primero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la interventoría opera únicamente en los contratos de obra, atendiendo lo establecido en la Ley 842 de 2003<sup>45</sup>.

A mi juicio, la interventoría como figura de seguimiento del contrato corresponde únicamente a la labor técnica en el área de la ingeniería y obras civiles, quedando rezagado otro tipo de contratos, y si bien se permite que pueda obrar de manera integral como lo señala el legislador, la restricción de su aplicación se limita al contrato de obra.

Finalmente, dentro de la redacción de la consultoría dada por el legislador de 1993, se advierte que el legislador señaló dos figuras similares, la una más conocida que la otra, a saber el artículo 32, indicó que harían parte de tal tipología: 1. las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión; 2. La interventoría.

Partimos de la base que la interventoría es obligatoria en el contrato de obra, como ya se explicó, de cara la exigencia de la licitación al igual que tiene la facultad de impartir órdenes. Luego estas dos serían las diferencias entre las figuras, ya que el proceso de selección al ser de la misma tipología se adelantan a través del concurso de méritos. No obstante, este es un tema inexplorado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Sin embargo, de una lectura teleológica es válido afirmar, que la interventoría es exclusiva para el área de obra, mientras que para otros escenarios como por ejemplo el tecnológico, el seguimiento del contrato sea posible a través de la

---

<sup>44</sup> En el párrafo 2 del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, señaló que el Gobierno Reglamentará la materia.

<sup>45</sup> Por la cual se modifica la reglamentación del ejercicio de la Ingeniería, de sus profesiones afines y de sus profesiones auxiliares, se adopta el Código de Ética Profesional y se dictan otras disposiciones.

consultoría *en asesoría técnica de coordinación, control y supervisión*. Con lo que se superaría la confusión que trajo el legislador en la definición de la interventoría y la supervisión.

### *1.2.3. Clases de Interventoría y Clases según el contrato de Obra*

Como se vio la redacción del artículo 83 de la Ley 1474 de 2013, establece la posibilidad que la interventoría sea: 1. Técnica; 2. Administrativa; 3. Financiera; 4. Contable; y 5. jurídica, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, siendo materia no regulada a la fecha, de allí que se acuda a la doctrina (por cierto escasa) para determinar sus clases y forma de cara a celebración del contrato de obra.

Para Sánchez, la interventoría es interna y externa (2010, pp. 73-81) la primera se comprende como lo hoy regulado como supervisión, mientras que la externa se identifica como la que se contrata a un tercero ya sea persona natural jurídica para el seguimiento del contrato.

Ante el vacío de la determinación, conviene señalar lo establecido por Vargas (2010 p. 25) para quien la interventoría se concreta en *administrativa, técnica, Contable – Financiera y Legal*.

#### *Interventoría Administrativa*

Para el autor, esta modalidad comprende “el seguimiento y evaluación de las condiciones, procesos y procedimientos administrativos que deban cumplirse durante la marcha y realización del compromiso contractual suscrito para la construcción de una obra, a partir de la adjudicación del contrato (extensible a la etapa de formación del contrato es decir desde el diseño del mismo, incluso desde la formulación del proyecto) hasta la terminación y liquidación del contrato” precisando que debe contemplarse la *ejecutividad, eficiencia y eficacia* de todas las situaciones (Vargas, 2010 pp. 26)

Es decir que en este escenario, se encuentra lo precontractual, posición compartida por Jiménez (2007, p. 145) quien refiere que “es conveniente contar en este proceso con el apoyo opinión del equipo interventor” aunque a su juicio no debe tener ninguna *intervención*, sin que la evaluación de las propuestas y adjudicación del contrato, pero que es fundamental la participación para el estudio de documentos y evitar gastos innecesarios.

### *Interventoría Técnica*

Apoyado en Vargas, la misma abarca el control, seguimiento y evaluación de condiciones, procesos, procedimientos que deban ser aplicados dentro de la ejecución de la obra (2010, p. 26); agrega que el control técnico “hace referencia al cumplimiento de la calidad y cantidad para los materiales y su aplicación, a la calidad y cantidad de los ítems de construcción ejecutados y el seguimiento correspondiente a los procesos y procedimientos correspondientes al sistema constructivo que se aplica en obra y para lo cual debe tener en cuenta los materiales a utilizar, las especificaciones técnicas y normas de calidad, las técnicas de construcción, los ensayos las pruebas técnicas y de laboratorio a materiales y su aplicación, instalaciones técnicas y su instalación (2010, p. 27)

Considero que esta definición dada por Vargas Cantor, es fundamental a la hora de diferenciar la supervisión de la interventoría, ante la confusión planteada.

### *Interventoría Contable – Financiera*

En lo referente a esta clase Sánchez señala que “las funciones de orden contable pueden hacer parte de la interventoría administrativa” considera que es necesario tratarlas de manera separada. (2010, p.98). Para Vargas, acá se contempla el seguimiento y evaluación de las condiciones, procesos y procedimientos contables y financieros que deban ser aplicados dentro de la ejecución de la obra, con el fin de controlar el buen manejo e inversión de los recursos” (2010, p. 27)

Para Sánchez, las funciones en esta clase, comprenden el seguimiento en lo relativo a: La disponibilidad presupuestal, la ejecución del registro presupuestal, evaluación del anticipo, las actas de recibo de las obras del contrato, la revisión y evaluación de facturas de pago establecimiento dentro del contrato, los valores pagados y amortizaciones del anticipo, buen manejo de recursos del contrato” (2010, p. 99)

Estando limitado el tema de estudio a la interventoría del contrato de obra, conviene precisar de acuerdo a los tipos de contratos las clases de interventoría, de cara a la negociación que se haga respecto del pago del contratista en los casos de administración delegada, precio global fijo

#### *Interventoría en el contrato de obra por administración delegada*

Advierte Sánchez que en esta modalidad de contratación el constructor actúa por cuenta y riesgo del propietario de la obra o contratante, por cuanto este último delega la administración y se hace cargo de todos los costos que asume una obra (Sánchez, 2010, p, 60).

En relación con esta forma de contratación el Consejo de Estado (Sección Tercera Sentencia 17253 del 6 de junio de 2007. M.P. Ruth Stella Correa Palacio) advierte que bajo este sistema la administración “paga el costo real de la obra, más determinado porcentaje como retribución al contratista por concepto de honorarios de administración (en los que se incluyen costos de personal, oficinas, vehículos, desplazamientos etc.) y la utilidad<sup>46</sup>”.

Para el caso del contrato de obra en esta modalidad, la interventoría explica Sánchez, debe ser muy exigente por cuanto debe vigilar no sólo los aspectos

---

<sup>46</sup>Marienhoff lo denomina este sistema de construcción de la obra como "coste y costas", donde "coste" comprende todos los gastos de construcción (materiales, mano de obra, etc.) y "costas" comprende la utilidad del co contratante (MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-B, Abeledeo Perrot, Buenos Aires, Tercera edición, págs. 544 y 545.

técnicos, sino también todos aquellos costos y gastos en que incurre el contratista administrador por cuenta del contratante y también, controlar el presupuesto y la programación, (Sánchez, 2010, p. 60); con lo que se advierte un control integral respecto de la ejecución que involucre, la parte técnica, administrativa y financiera, siendo uno de los objetivos primordiales del control de la programación solicitando al contratista- constructor el cumplimiento de los plazos, identificando “con rapidez y facilidad los cambios que pueden presentar en el programa, para entrar a tomar las medidas (preventivas y correctivas) evitando que esta se altere (Sánchez, 1997)

Para el arquitecto Sánchez, la labor del interventor, en caso de correcciones debe ser de tres tipos: 1. “Administrativas: En el proceso de contratación, plazos de los contratos, oportunidad en la celebración de los mismo”; 2. “Económicas: En donde se puede verificar si hay flujo mayor o menor de caja”; y 3. De construcción: Se da principalmente en función de los recursos humanos y técnicos” (Sánchez, 2010. P. 61)

Sin duda, la interventoría cuando el contrato de obra ha sido bajo tal norte, adquiere una relevancia, lo que a la luz del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, comprendería el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, luego, en este caso, deberá dada no sólo la complejidad de la delegación que el interventor realice con mayor compromiso y exigencia la labor de inspección del actuar del constructor.

#### *Interventoría en el contrato de obra por precio global fijo*

A diferencia del seguimiento que comprende en el caso del contrato de obra por administración delegada, en el de precio global, corresponde realizarla en la forma inicial que describe el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, esto es, se restringe al factor *técnico*, pues como lo precisa Sánchez, la interventoría se limita “a los controles técnicos que deben ser especialmente cuidadosos e intensivos” (Sánchez, 2010, p.62), de cara a la programación de la obra, junto con la revisión de planos,

calidad de materiales, de allí que el interventor, advierta el cambio de las especificaciones, como la aprobación de obras extras sin que se afecte por ello el equilibrio del contrato (Sánchez, 2010, p. 64), realizando todo lo necesario para el debido cumplimiento en lo que es resorte exclusivo de los factores técnicos, omitiendo una revisión en torno al factor económico, administrativo y jurídico.

### *Interventoría en el contrato por precios unitarios*

Cuando se adelanta la interventoría en el contrato de obra acordado el pago por precios unitarios, en el seguimiento cobra mayor importancia “las funciones técnicas y las actas de obra”, según Sánchez (2010) “es vital la capacidad de negociación con el contratista general; debe poseer una adecuada solvencia técnica y el control y la vigilancia se centran en el recurso humano, profesional y de mano de obra, así como de los equipos, procedimientos y sistemas constructivos, y en la calidad de materiales y producto final” (p.62).

## *1.2.4 Características del Contrato*

### *1.2.4.1. Contrato Bilateral*

Coinciden los juristas Parra (2002) y Rincón (2011), en señalar que el contrato de interventoría es de naturaleza bilateral, en esencia por el acuerdo de voluntades que surge de la labor de vigilancia del interventor, por la que la entidad paga su servicio. Agrega, el segundo, que la parte contratante, se obliga a poner a disposición del interventor todos los instrumentos necesarios para que el contratado pueda desarrollar su actividad de control en las condiciones más idóneas (Rincón, 2011. p, 70).

Por otro lado, el Consejo de Estado en Sentencia del 13 de febrero de 2013, advirtió que la interventoría, es un contrato bilateral que:

Por generar obligaciones mutuas o recíprocas entre la entidad estatal contratante y el contratista particular -persona natural o jurídica, singular o plural- que cumplirá atribuciones de consultor experto para coordinar, supervisar, controlar y en veces hasta dirigir la ejecución de uno o varios contratos por parte de un tercero.

Así las cosas, se identifican dos partes que al poseer un pliego de intenciones llegan a un acuerdo con un acumulado de expectativas que buscan resolver obligándose mutuamente.

#### 1.2.4.2. *Contrato Principal o Accesorio*

La doctrina considera que el contrato de interventoría es principal. Rincón (2011 p. 73), apoyado en Ospina Fernández, considera que el contrato es principal-autónomo (Cfr. Parra 2002, p. 40), resaltando que:

El contrato de interventoría es Principal por cuanto este subsiste por sí mismo dentro de las condiciones legales. Así la obligación del interventor de vigilar, controlar y verificar el cumplimiento de ciertas obligaciones se origina es en el contrato de interventoría, el cual subsiste, a pesar de la extinción de la obligación principal y aun del contrato al que le debe su existencia<sup>47</sup>.

En ese orden, lo que podemos afirmar es que el contrato de interventoría no depende de otro para existir ni para subsistir sino que se trata de un contrato autónomo en la medida en que su nacimiento surge de un acuerdo independiente de voluntades el cual inclusive es el resultado de un proceso particular y especial diferente del realizado para escoger al contratista en el contrato cuyas obligaciones se pretende controlar.

Para Parra (2002, p. 37), el contrato tiene por objeto controlar, vigilar, inspeccionar la celebración, ejecución, desarrollo y finalización de un contrato primigenio, y lo considera como principal. Cuestión que nuevamente pone en relieve la potestad estatal en el ejercicio organizativo de funcionalización de las fuerzas tendientes a realizar los derechos de la sociedad. Pero, por otra parte, el Consejo de Estado señala que el contrato de interventoría es principal y autónomo, indicando que:

---

<sup>47</sup> Para el autor, la construcción de esta afirmación surge de adaptar el análisis realizado sobre el contrato de prenda por Ospina (2005, p. 65).

Si bien es cierto que el objeto del contrato de interventoría supone y exige, [...] la coordinación, la supervisión, el control y en veces hasta la dirección misma de otro contrato diferente, lo cierto es que la interventoría subsiste a pesar de la extinción de la obligación principal o de la finalización del contrato que aparece como principal, al cual debe su existencia. Adicionalmente, la interventoría no se encuentra circunscrita a aspectos técnicos del contrato que se pretende controlar, sino que puede abarcar la vigilancia y control de las condiciones financieras y económicas del mismo, tal y como lo resaltó la Corte Constitucional:

La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos (Sentencia 13 de febrero 2013).

Haciendo una lectura de estas perspectivas se puede indicar que la definición consignada en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, donde se advierte la posibilidad de que la interventoría se contrate

[...] Acorde a la naturaleza del contrato principal; y sí el artículo 1499 del Código Civil, establece que el contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.

Esquemmatizando la interpretación de estas dos normas, se puede afirmar que el contrato de interventoría es accesorio del que realiza la vigilancia y control. De modo que no existiendo qué vigilar, no tendría objeto que aquél continuara existiendo, pues su objeto está ligado al contrato sobre el que recae el seguimiento; es más, no nacería a la vida jurídica cuando su objeto, como lo señala el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, es el seguimiento que sobre el cumplimiento del contrato realiza un tercero. Luego en nada influye, el proceso de selección del contrato principal -licitación-, del concurso de méritos para la interventoría, cuando el fin de éste es vigilar al primero, razón por la cual, es accesorio; haciendo abstracción de lo anterior, su existencia, regulación y *eficacia* solo pueden concebirse dentro del contrato estatal, pues allí está su razón de ser.

Lo anterior enuncia que la contratación en el campo de la interventoría, no sólo es de importancia a nivel de la identificación teórica principal-accesorio, sino que ahonda su razón de ser esencial en el conglomerado de metas postuladas por la administración para cumplir con su cometido social. Esto quiere decir que solo en la medida que existe un contrato estatal, que busca cumplir con los fines del Estado, puede existir un ejercicio subsidiario de interventoría que plantee la necesidad de realizar un seguimiento para llevar a un cumplimiento eficaz de los cometidos administrativos. Además, dicho contrato por su naturaleza implica un grado de solemnidad específico que se caracteriza, por ejemplo, por ser escrito.

#### 1.2.4.3. *Contrato Solemne*

El artículo 1500 del Código Civil, establece que el contrato es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil, de allí que se concluya que los contratos estatales, son solemnes ante las exigencias que la normativa contractual establece, pues no se perfeccionan por el solo consentimiento, sino que requieren como lo señala el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

El Consejo de Estado, señala que dado el régimen jurídico de derecho público al que están sometidos los contratos, requieren que se eleve a escrito la manifestación de voluntad, de manera que la ausencia de este conlleva la inexistencia del negocio jurídico e impide el nacimiento de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, toda vez que éstas no tienen libertad de forma, "[...] pues la solemnidad escrituraria hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en razón a que se trata de una normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas" (Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencias de 29 de enero de 1998 Exp. 11099 y 4 de mayo de 1998, C.P. Daniel Suárez Hernández).

El contrato de Interventoría, debe observar los actos preparatorios –proceso de selección-, y el acuerdo en tanto a derechos como obligaciones habrá de consignarse por escrito, so pena de considerarse no celebrado. Sobre la solemnidad del contrato de interventoría el Consejo de Estado (Sentencia del 28 de febrero de 2013. Exp. 24266. C.P Danilo Rojas Betancourth) al resolver la pretensión de quien actuó como interventor de un contrato de obra y realizó actividades sin que se consignara por escrito, señaló:

En materia contractual, los diversos estatutos que han regulado las relaciones negóciales de los particulares con el Estado, han consagrado presupuestos que deben cumplirse tanto para la celebración del contrato, como para su perfeccionamiento y, así mismo, han determinado la forma de probar los contratos, siendo una constante para todas estas etapas, la necesidad de instrumentar el negocio mediante escrito. Para el perfeccionamiento del negocio, la normatividad contractual se ha inclinado por la necesidad del escrito como presupuesto para tal efecto, según la forma y condiciones señaladas, tanto en los anteriores decretos ley 150 de 1976 y 222 de 1983, que daban por perfeccionado el contrato con eventos específicos.

Actualmente, en la ley 80 de 1993, el legislador exceptuó la solemnidad escrita para los negocios jurídicos que pueden celebrarse sin formalidades plenas, pero, exige la orden previa y escrita de las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato expedida por el jefe o representante legal de la entidad o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto (art. 39). (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de noviembre de 2006, exp n.º 16855, C.P. Fredy Ibarra Martínez).

En tal virtud, concluyó la Sala en la jurisprudencia transcrita in extenso y que ahora se reitera, que, la regla general es que las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, dado que éste constituye requisito ad substantiamactus y ad solemnitatem, en la forma y condiciones señaladas en los artículos 18 del Decreto ley 150 de 1976, 26 del Decreto ley 222 de 1983, 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal, toda vez que el contrato, el escrito y su prueba son inseparables.

Apoyada la Corporación en lo anterior, precisó que “no existe contrato entre la demandante y la entidad para desarrollar las actividades correspondientes a la elaboración de presupuesto, cantidades de obra, especificaciones y de otro sí al

contrato de obra, en tanto que no se cumplió con la solemnidad consistente en la forma escrita”.

#### 1.2.4.4 *Contrato Oneroso*

El particular como colaborador de la entidad para el seguimiento de la ejecución contractual, lleva a cabo su función de manera voluntaria por lo tanto como compensación por el esfuerzo desplegado, la ley impone a la entidad contratante el deber legal de retribuir la actividad ejecutada a justa compensación económica Lamprea (2007, p. 189). Tal circunstancia encaja en lo consignado en el artículo 1498 del Código Civil, al señalar que el contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro, luego la entidad recibe el seguimiento y control del contratista- constructor del interventor, y este a su vez recibe el pago en la forma prevista en el contrato.

#### 1.2.4.5. *Tracto Sucesivo*

El contrato de interventoría en lo relativo al contrato de obra es de tracto sucesivo, dado que se extiende en el tiempo, y en especial en el que dure el contrato que se vigila, así lo establece el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011, al advertir que Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de vigilancia. En tal caso el valor podrá ajustarse en atención a las obligaciones del objeto de interventoría, sin que resulte aplicable lo dispuesto en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

#### 1.2.4.6. *Calidades para realizar la Interventoría*

La Ley 80 de 1993, a diferencia de la normativa anterior<sup>48</sup>, no precisa las calidades que debe tener quien lleve a cabo la labor de control y vigilancia de la obra. Tal

---

<sup>48</sup> En el Decreto 222 de 1983, se establecía que la interventoría podía contratarse con personas naturales o jurídicas especializadas que posean experiencia en la materia y que estén registradas, calificadas y clasificadas como tales. En los contratos de obras el funcionario público que ejerza la

determinación le corresponde realizarla a cada entidad, atendiendo las características de la misma. Así entonces, normativamente no aparece directriz que limite la participación<sup>49</sup>. Puede hacerlo una persona jurídica, una natural, un consorcio o una unión temporal<sup>50</sup>. De cara a tal circunstancia será la entidad contratante la que establezca las calidades profesionales y la experiencia que requiere para que se adelante la interventoría (Ordoñez, 2012).

Tal vacío normativo deja en libertad a las entidades para que, advirtiendo la necesidad que se le presente, puedan ser satisfechas mediante el contrato de obra. De igual manera, se postula que se realice en la interventoría siguiendo el mismo norte respecto de la calidad de quién va a vigilar al contratista. Ante tal situación lo más acertado es que se establezcan o definan parámetros claros y objetivos de la forma para adelantarla, atendiendo al hecho de que la estructura administrativa de la entidad está definida de antemano, lo que permite anticipar las posibles características de quién vigila; aspectos que deben hacer parte del manual de interventoría adoptado por la entidad.

En torno a las calidades de interventor la Procuraduría General de la Nación advierte, que en materia de contratación estatal, la interventoría nace con la finalidad de vigilar que los contratos se desarrollen conforme a lo pactado:

De manera acorde con los cronogramas y sin desmedro de las especificaciones técnicas o científicas previstas. Para cumplir su tarea el interventor debe tener una serie de conocimientos especializados y de experiencia, en razón de los cuales la administración celebra con él el contrato de interventoría. De la idoneidad del interventor y del profesionalismo con el cual ejerza su oficio depende el buen suceso de un contrato, o su fracaso (Ordoñez, 2012.).

---

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.

<sup>49</sup> Debe entenderse en la que consigna normas de contratación estatal. Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, el derogado Decreto 734, y el Decreto 1510 de 2013.

<sup>50</sup>Ello se entiende por lo establecido en el párrafo 4 del artículo 84 de la Ley 14774 de 2011.

No obstante en la legislación que regula el ejercicio de la ingeniería se han establecido ciertas calidades. La Ley 400 de 1997 señalaba que el interventor debía ser ingeniero civil o arquitecto; al ser modificada por la Ley 1229 de 2008, se estableció que es el profesional, ingeniero civil, arquitecto o constructor en arquitectura e ingeniería, al señalar que:

[...] Que representa al propietario durante la construcción de la edificación, bajo cuya responsabilidad se verifica que ésta se adelante de acuerdo con todas las reglamentaciones correspondientes, siguiendo los planos, diseños y especificaciones realizados por los diseñadores.

Conviene en este punto hacer referencia a las normas que regulan el ejercicio de la ingeniería y la arquitectura, como personas que son profesionales, que han de estar presentes necesariamente en el ejercicio del seguimiento al contrato de obra de acuerdo con la legislación de la materia.

*El arquitecto y el Ingeniero: profesionales que pueden ejercer como interventores de proyectos y construcciones, fundamento legal*

Las leyes 435 de 1998 y 842 de 2003, constituyen normativas que referencian el tema de la interventoría como parte del ejercicio de la profesión de arquitectos e ingenieros, respectivamente<sup>51</sup>. La Ley 435 de 1998, regula los siguientes aspectos: El ejercicio de la profesión de la arquitectura y sus profesiones auxiliares; crea el Consejo Profesional Nacional de Arquitectura y sus profesiones auxiliares; dicta el Código Ética Profesional; establece el Régimen Disciplinario para estas profesiones; reestructura el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y

---

<sup>51</sup> Otra norma que referencia al arquitecto y al ingeniero como interventor dentro del ejercicio de sus profesiones es la ley 400 de 1997, por la cual se adoptan normas sobre Construcciones Sismo Resistentes, en su título II artículo 24, numeral 4° (modificado por la ley 1229 de 2008), define al interventor como el profesional, ingeniero civil o arquitecto que representa al propietario durante la construcción de la edificación, bajo cuya responsabilidad se verifica que ésta se adelante de acuerdo con todas las reglamentaciones correspondientes, siguiendo los planos, diseños y especificaciones realizados por los diseñadores.

Arquitectura en Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y sus profesiones auxiliares; y señala otras disposiciones<sup>52</sup>.

Es necesario tener en cuenta que desde la expedición de la mencionada ley esta ha sido modificada en algunas de sus disposiciones por las Leyes 1325 de 2009 (que asigna funciones al Consejo Profesional Nacional de Ingeniería); 962 de 2005 (que establece disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos); y 842 de 2003 (que modifica y reglamenta el ejercicio de la ingeniería), pese a las cuales se mantiene vigente casi en su totalidad<sup>53</sup>.

La ley define la arquitectura en su artículo primero, al señalar que para efectos legales se entiende por arquitectura la profesión a nivel universitario, cuya formación consiste en el arte de diseñar y crear espacios, de construir obras materiales para el uso y comodidad de los seres humanos, cuyo campo de acción se desarrolla

---

<sup>52</sup> La ley consta de 29 artículos y se estructura de la siguiente manera: Título I. La profesión de Arquitectura y sus profesiones auxiliares. Título II. Ejercicio de la profesión de arquitectura y sus profesiones auxiliares. Título III. Los profesionales extranjeros. Título IV. Consejo Profesional Nacional de Arquitectura y sus profesiones auxiliares. Título V. Ejercicio ilegal de la profesión de arquitectura y sus profesiones auxiliares. Título VI. Código de ética para el ejercicio de la arquitectura y sus profesiones auxiliares. Este título se divide a su vez en los siguientes capítulos: Capítulo I. Disposiciones generales. Capítulo II. Deberes que impone la ética a los profesionales para con la sociedad. Capítulo III. Deberes de los profesionales para con la dignidad de sus profesiones. Capítulo IV. Deberes de los profesionales para con los demás profesionales de esas áreas. Capítulo V. Deberes de los profesionales para con sus clientes y el público en general. Capítulo VI. Deberes de los profesionales que se desempeñen en funciones públicas o privadas. Capítulo VII. Los deberes profesionales en los concursos. Capítulo VIII. Las Inhabilidades e incompatibilidades en el ejercicio de la profesión. Capítulo IX. Otras faltas contra la ética profesional. Título VII. Procedimiento disciplinario. Título VIII. Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y sus profesiones auxiliares. Título IX. Disposiciones finales.

<sup>53</sup> Las disposiciones que han sido modificadas son las siguientes: Artículo 9° relativo al Consejo Profesional Nacional de Arquitectura, literal b, suprimido por el artículo 64 de la ley 962 de 2005 (señalaba como parte del Consejo al Ministro de Educación Nacional o su delegado que debía ser arquitecto); parágrafo del artículo 24, relativo al procedimiento disciplinario declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-340 de 2006, que permitía regular al Consejo Profesional Nacional de Arquitectura y sus Profesiones Auxiliares reglamentar el procedimiento disciplinario que se debía seguir en las investigaciones por ser contrario a la Constitución y la ley, al ser competencia exclusiva del legislador establecerlo; artículo 25 derogado por el artículo 78 de la ley 842 de 2003, que reestructuro el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Arquitectura en Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y su sigla será Copnia; artículo 26 derogado por el artículo 78 de la ley 842 de 2003, relativo a la integración del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería, la Corte Constitucional lo declara executable condicionalmente en la sentencia C-570 de 2004; y finalmente, el artículo 27 derogado también por el artículo 78 de la ley 842 de 2003, relativo a los Consejos Seccionales de Ingeniería.

fundamentalmente con un conjunto de principios técnicos y artísticos que regulan dicho arte. El ejercicio profesional de la arquitectura es la actividad desarrollada por los arquitectos en materia de diseño, construcción, ampliación, conservación, alteración o restauración de un edificio o de un grupo de edificios. Este ejercicio profesional incluye la planificación estratégica y del uso de la tierra, el urbanismo y el diseño urbano. En desarrollo de las anteriores, el arquitecto puede realizar estudios preliminares, diseños, modelos, dibujos, especificaciones y documentación técnica, coordinación de documentación técnica y actividades de otros profesionales especializados, planificación, economía, coordinación, administración y vigilancia del proyecto de la construcción.

Con base en la definición dada en la ley, el título segundo de la misma en su artículo 2° literal d, señala que dentro del ejercicio de la profesión de la arquitectura, el arquitecto puede desarrollar entre muchas de sus actividades la labor de interventoría de proyectos y construcciones.

De una revisión genérica del texto de la Ley se infiere que en ningún otro título, ni artículo, ni numeral regula el tema del arquitecto en su función de interventor, tanto de proyectos como de construcciones. De igual manera no señala cuáles son sus obligaciones y responsabilidades, únicamente se limita a señalar que el arquitecto puede llevar a cabo labores de interventoría.

En efecto, y aunque la Ley 435 de 1998 no efectúa mayor profundidad sobre el tema, es importante hacer mención a ella, puesto que permite a los arquitectos desempeñarse como interventores, siendo por tanto, reguladora de la profesión de la arquitectura y auxiliares de la misma. No obstante, es posible advertir, de manera tangencial, que algunas de sus disposiciones en relación con la interventoría, son las siguientes, pese a que la ley no las referencia de manera expresa:

El artículo 2° se relaciona directamente con el artículo 3° relativo a los requisitos para el ejercicio de la profesión de arquitecto, en la medida en que el interventor de

proyectos y construcciones ha de ser un arquitecto, es decir, la persona que acredite su formación académica e idoneidad profesional, mediante la presentación del título respectivo conforme a la ley y obtener la Tarjeta de Matricula Profesional expedida por el Consejo Profesional Nacional de arquitectura y sus profesiones auxiliares.

El ejercicio de la profesión y con ello, de la función de interventor en cabeza del arquitecto aun cuando la ley no lo señale expresamente puede ser vigilado por el Consejo Profesional Nacional de arquitectura y sus profesiones auxiliares, al ser el ente administrativo encargado del fomento, promoción, control y vigilancia del ejercicio de la profesión de arquitectura y profesiones auxiliares.

Conforme al artículo 8 de la ley también podrán participar en las Interventorías profesionales extranjeros relacionados con la profesión de la arquitectura y sus profesiones auxiliares, tanto en el campo laboral estatal como en el privado, con sujeción a la legislación laboral colombiana vigente.

Quienes no ostenten la calidad de arquitectos y no estén autorizados para desempeñarse como tales, incurrirán en ejercicio ilegal de la profesión de arquitectura, al igual que el arquitecto que autorice, facilite, patrocine, encubra el ejercicio ilegal de la arquitectura y profesiones auxiliares incurrirá en sanciones disciplinarias, éticas, civiles y administrativas a que haya lugar, conforme a los artículos 12 y 13 de la ley.

Los arquitectos en ejercicio de las labores de interventoría, están sujetos a las disposiciones contempladas por el código de ética consignado en el título IV de la ley, entre ellos, interesarse por el bien público, con el objeto de contribuir con sus conocimientos, capacidad y experiencia para servir a la comunidad, aspecto de importancia capital porque está relacionado con el tema de conflictos de intereses como lo será visto más adelante.

Finalmente, conforme al artículo 24 de la ley y pese a que no hay consagración legal que así lo señale es posible considerar que el arquitecto que ejerce funciones de interventoría de proyectos y construcciones, puede ser sancionado por el Consejo Profesional Nacional de Arquitectura (previa aplicación del procedimiento administrativo aplicable en el C.C.A<sup>54</sup>), tanto con amonestación escrita, suspensión del ejercicio de la profesión hasta por cinco años y cancelación de la matrícula o certificado de inscripción profesional, con relación a la violaciones de las normas sobre el ejercicio legal y ético de la profesión, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que se le indilga al interventor como particular que ejerce funciones públicas por la ley 734 de 2002; más aún, cuando el Consejo es el encargado de ejercer el control y vigilancia de dicha profesión, tal como se vio en la sentencia de la Corte Constitucional C-340 de 2006, al tener a su cargo el ejercicio de funciones de policía administrativa al tenor del artículo 26 de la Constitución Nacional.

A su turno, la Ley 842 de 2003, regula los siguientes aspectos: Modifica la reglamentación del ejercicio de la ingeniería, de sus profesiones afines y de sus profesiones auxiliares; adopta el código de ética profesional; y dicta otras disposiciones<sup>55</sup>; y modifica parcialmente la Ley 435 de 1998, pero únicamente en lo

---

<sup>54</sup> De acuerdo con la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, observa que, en el presente caso, la inexecutable de la facultad reglamentaria entregada al Consejo Profesional de Arquitectura no tiene el efecto de recobrar la vigencia del procedimiento disciplinario anterior, es decir, el decreto reglamentario 2500 de 1987, pues este reglamento tampoco ostenta el rango legal que exige la Constitución y la sentencia C- 340 de 2006. Ante la imposibilidad para el Consejo de utilizar en los procesos disciplinarios las disposiciones del Acuerdo 04 de 2005, ni las del decreto reglamentario 2500 de 1987, se concluye que no existe norma especial aplicable a ellos. En consecuencia, se debe acudir a la normatividad contenida en la Parte Primera del Código Contencioso Administrativo, en la cual se regulan los procedimientos administrativos, las actuaciones administrativas, la formación de expedientes, las pruebas, las decisiones, las comunicaciones, notificaciones, recursos y demás reglas procedimentales que utiliza la administración pública. Véase, Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 7 de septiembre de 2006, Consejero Ponente, Gustavo Enrique Arboleda Santos. Expediente, 1772.

<sup>55</sup> La ley tiene por estructura la siguiente: Título I. Generalidades, capítulo I. Definición y alcances. Título II. Ejercicio de la ingeniería, de sus profesiones afines y sus profesiones auxiliares, capítulo I. Requisitos para ejercer la ingeniería, sus profesiones afines y sus profesiones auxiliares; capítulo II. Del ejercicio ilegal de la ingeniería y sus profesiones afines y auxiliares; capítulo III. De los profesionales extranjeros. Título III. El Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y sus correspondientes Regionales o Seccionales, capítulo I. denominación, naturaleza jurídica, integración y funciones, capítulo II. De los Consejos Regionales y Seccionales. Título IV. Código de ética para el ejercicio de la ingeniería en general y sus profesiones afines y auxiliares, capítulo I. Disposiciones generales, capítulo II. De los deberes y obligaciones de los profesionales, capítulo III.

atinente a la profesión de ingeniería, denominando al Consejo Profesional Nacional de Ingeniería<sup>56</sup>.

Asimismo se define a la ingeniería en su artículo primero como toda aplicación de las ciencias físicas, químicas, matemáticas; de la técnica industrial y en general, del ingenio humano, a la utilización e invención sobre la materia. Dentro de las actividades propias del ejercicio profesional de la ingeniería se encuentra la interventoría, al señalar en su artículo 2°, lo siguiente:

Para los efectos de la presente ley, se entiende como ejercicio de la ingeniería, el desempeño de actividades tales como: a) Los estudios, la planeación, el diseño, el cálculo, la programación, la asesoría, la consultoría, **la interventoría**, la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos, carreteras, vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riesgos, drenajes y pavimentos; oleoductos, gasoductos, poliductos y en general líneas de conducción y transporte de hidrocarburos; líneas de transmisión eléctrica y en general todas aquellas obras de infraestructura para el servicio de la comunidad

Así mismo, y con relación a la interventoría, el artículo 20 de la ley señala dentro del tema de propuestas y contratos que las propuestas que se formulen en las licitaciones y concursos abiertos por entidades públicas del orden nacional, seccional o local, para la adjudicación de contratos cuyo objeto implique el desarrollo de las actividades catalogadas como ejercicio de la ingeniería, deberán estar avalados, en todo caso, cuando menos, por un ingeniero inscrito y con tarjeta de matrícula profesional en la respectiva rama de la ingeniería. En los contratos que se celebren como resultado de la licitación o del concurso, los contratistas tendrán la obligación de encomendar los estudios, la dirección técnica, la ejecución de los trabajos o la interventoría, a profesionales inscritos en el registro profesional de ingeniería, acreditados con la tarjeta de matrícula profesional o, excepcionalmente, con la constancia o certificado de su vigencia.

---

De las inhabilidades e incompatibilidades de los profesionales en el ejercicio de la profesión. Título V. Régimen disciplinario, capítulo I. Definición, principios y sanciones, capítulo II. Procedimiento disciplinario. Título VI. Disposiciones finales.

<sup>56</sup> SANCHEZ HENAO JULIO CESAR. Interventoría de Proyectos y Obras. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Arquitectura, Medellín. 2010.

Esta norma fue objeto de demanda ante la Corte Constitucional, quien en Sentencia C-191 de 2005 la declaró inexecutable en el aparte “de ingeniería”, al considerar, que se limita de manera injustificada el libre ejercicio de las profesiones, que no siendo ingenieros son idóneos para conducir ciertas labores<sup>57</sup>. Pese a ello esta tesis se presenta injustificada en cuanto establece un privilegio en favor de un grupo determinado como los ingenieros.

Si bien existió una preocupación fundada en el principio de igualdad, en lo que respecta a la figura del interventor, no hubo un análisis por la Corte Constitucional, quien paso por alto la discusión de si aquél tiene a su cargo la función pública de control. Esta cuestión merece un particular tratamiento y debe distar del contratista de la obra, por lo tanto, desde cierta perspectiva, se ha debido hacer dicha claridad y declarar la norma executable de manera condicionada. Por último, el artículo 22 de la ley permite que en las interventorías participen profesionales extranjeros.

---

<sup>57</sup> El argumento de la Corte para declarar la inexecutable de la norma, se concretó en señalar: “Se trata de una situación diferente a la del primer inciso del artículo, pues mientras que en aquel se exige tan sólo el aval de un ingeniero para aquellos asuntos propios de su experticia, en el segundo inciso se exige al contratista que ha ganado una licitación encomendar a un ingeniero debidamente registrado, prácticamente la totalidad de las labores a realizar al cumplir el contrato (los estudios, la dirección técnica, la ejecución de los trabajos o la interventoría). [...] Para la Corte, el legislador limita injustificadamente el libre ejercicio de los profesionales que no siendo ingenieros, son idóneos para conducir ciertas labores que se llevan a cabo en el desarrollo de los proyectos contratados por entidades públicas, del orden nacional, seccional o local, que supongan actividades ‘catalogadas como ejercicio de la ingeniería’. No sólo excluye a los arquitectos, sino a muchos otros profesionales que en el marco de estos proyectos pueden realizar labores útiles o indispensables, de planeación y administración, por ejemplo, que no suponen específicamente una preparación como ingeniero. Como se indicó, en la sentencia - en que se estudió la norma según la cual en toda obra debía existir un Técnico Constructor (C-964 de 1999; MP Alejandro Martínez Caballero) - la Corte decidió que se torna ‘irrazonable’ y ‘discriminatorio’ exigir en forma absoluta que se contrate a un tipo de técnico cuando existen otros profesionales que pueden ejercer idóneamente la labor –en aquel caso, la vigilancia concreta de una construcción–. Para la Corte un mandato “[...] que obliga a que en toda obra se contrate a un técnico constructor resulta discriminatorio, pues establece un privilegio a favor [...]”. Como se dijo en la sentencia C-226 de 1994 (MP Alejandro Martínez Caballero), “el objetivo de la reglamentación de las profesiones no es consagrar privilegios en favor de determinados grupos sociales sino controlar los riesgos sociales derivados de determinadas prácticas profesionales”, por lo cual, no puede el legislador excluir de adelantar una labor, a quien resulta idóneo para hacerla.<sup>57</sup> Excluirlo, conlleva desconocer el principio de igualdad, pues no existe razón alguna para justificar por qué a dos personas que están capacitadas para realizar la misma labor se les trata diferente, permitiéndole a uno llevarla a cabo y al otro no”.

Sin embargo, y de acuerdo con Sánchez Henao esta ley a pesar de que incluye al ingeniero en la interventoría no establece en qué rama de la ingeniería puede desempeñarse como interventor, por lo que deja un margen amplio de posibilidades para que cualquier ingeniero no solo civil, pueda tener la interventoría en proyectos y construcciones como su campo de acción en el desarrollo de su ejercicio profesional<sup>58</sup>.

Finalmente, es necesario traer a colación la ley 962 de 2005 en lo que hace referencia a las disposiciones que han modificado o derogado disposiciones tanto de la ley 435 de 1998 como de la 842 de 2003, en respuesta a la racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

Al respecto, el artículo 64 de la ley suprimió la participación del Ministro de Educación o su representante o delegado, el Consejo Profesional Nacional de Arquitectura y Profesiones Auxiliares y en el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Profesiones Auxiliares. Dentro del campo de acción de la ley se aplica a los particulares que ejercen funciones administrativas, entre ellos, a los interventores, con el fin de que se faciliten las relaciones de los particulares con la Administración Pública. De tal forma que las actuaciones que deban surtirse ante ella para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones, se desarrolle de conformidad con los principios de buena fe, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La ley 962 de 2005 constituye una clara muestra del cambio de modelo de Estado visto en la parte inicial de este texto, como quiera que busca simplificar y racionalizar trámites dentro del contexto del modelo Estado competitivo previsto por la Constitución de 1991, más aun dentro del tema de la contratación estatal, eliminando trámites innecesarios, desproporcionados y dispendiosos, promoviendo

---

<sup>58</sup> SANCHEZ HENAO JULIO CESAR. Interventoría de Proyectos y Obras. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Arquitectura, Medellín. 2010, p. 38.

la información y la publicidad de la gestión pública en las materias que regula, impulsando el desarrollo y fortalecimiento tecnológico de la administración y de los particulares encargados de prestar servicios públicos o cumplir funciones públicas, en aras de garantizar la igualdad de tratamiento en el proceso de competencia entre el Estado y los particulares, bajo los principios previstos por el artículo 209, evitando restricciones que impliquen una posición dominante en el mercado por parte del Estado, a partir de la expedición de leyes que dinamicen los procesos contractuales.

Muestra de ello, es que la ley intenta promover el uso de medios tecnológicos y documentos electrónicos que faciliten y agilicen la realización de trámites y gestiones públicas tal como lo enseña la Corte Constitucional en la sentencia C-832 de 2006. Para el efecto, autoriza a las distintas entidades para implementar las condiciones y requisitos de seguridad que para cada caso sean procedentes, sin perjuicio de las competencias que en esta materia tengan algunas entidades especializadas<sup>59</sup>.

Dentro de los procesos de contratación la ley reduce en tiempo y número los trámites y procedimientos que se adelantan ante la administración o ante particulares que cumplen funciones públicas o que prestan servicios públicos, de manera que los procedimientos se lleven a cabo de forma más ágil y menos compleja, por lo tanto resultará relacionada con la materia de la Ley toda norma que persiga promover la eficacia y eficiencia de la administración y su sometimiento a

---

<sup>59</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-832 del 11 de octubre de 2006, Magistrado Ponente, Jaime Córdoba Triviño, Expediente. D-6221. Señala la Corte con relación a la ley 962 de 2005 lo siguiente: En particular, la ley racionaliza trámites y procedimientos para el ejercicio de actividades por los particulares (art. 26-28); regulaciones, trámites y procedimientos de las entidades territoriales (art.29-30); regulaciones, procedimientos y trámites del sector del interior y de justicia (art.31-37); regulaciones, procedimientos y trámites del sector de relaciones exteriores (art.38-42); regulaciones, procedimientos y trámites del sector de hacienda y crédito público (art.43-49); regulaciones, procedimientos y trámites del sector de protección social (art.50-58); regulaciones, procedimientos y trámites del sector de comercio, industria y turismo (art.59-60); regulaciones, procedimientos y trámites del sector de transporte (art.65-68); trámites y procedimientos relacionados con el ministerio de ambiente, vivienda y desarrollo territorial (art.69-71); regulaciones, procedimientos y trámites del sector cultura (art.72 – 74); regulaciones, procedimientos y trámites del sector minas y energía. (art.75-76); trámites y procedimientos relacionados con la Registraduría Nacional del Estado civil (art. 77); y con el sector de telecomunicaciones (art. 78).

los principios de la función pública, o racionalizar un trámite, procedimiento o requisito necesario para adelantar gestiones ante las autoridades o ante particulares que presten servicios públicos o cumplan funciones públicas<sup>60</sup>.

#### 1.2.4.7 *Inhabilidades e Incompatibilidades*

La Ley 80 de 1993 establece las inhabilidades e incompatibilidades<sup>61</sup> para quienes pretendan contratar con entidades estatales. La Ley 1474 de 2011 las amplió<sup>62</sup> y, en lo referente a la interventoría, estableció una prohibición que es en esencia una inhabilidad para contratar, consignada en el artículo 5 que impide a quien suscriba un contrato de obra o de suministro, ser interventor en la misma entidad. Prohibición similar se advierte en la legislación española, en la que se establecen, condiciones especiales de compatibilidad<sup>63</sup>.

Esta inhabilidad al ser debatida en el Congreso, presentó varias posibilidades. En el Senado (Cfr. Ley 140 de 2010, Gaceta 1002 de 2011), tenía un rango más amplio,

---

<sup>60</sup> *Ibídem*.

<sup>61</sup> El artículo 8 de la ley, señala las siguientes: 1. Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes. 2. Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados. 3. Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad. 4. Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución. 5. Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado. 6. Los servidores públicos. 7. Quienes sean cónyuges o (compañeros permanentes) y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación. 8. Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma. 9. Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

<sup>62</sup> Señala en los artículos primero a cuarto de la ley, las siguientes: 1. Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción; 2. Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas; 3. Prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados. 4. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado.

<sup>63</sup> En la Ley de contratación establece que: "Los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión y control de la ejecución de obras e instalaciones no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos de obra, ni a las empresas a éstas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de comercio".

pues se consignó que “los interventores mientras esté vigente el contrato de interventoría no podrán celebrar otro tipo de contratos con la misma entidad”, mientras que la Cámara de Representantes, propuso un texto distinto, y aprobó el siguiente:

Quien haya celebrado un contrato estatal o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente en el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con cualquier entidad del mismo sector administrativo de la respectiva entidad territorial.

Finalmente, el Senado modificó su contenido y en el texto aprobado en plenaria por la Cámara de Representantes (Gaceta 258 del 12 de mayo de 2011), el artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, fue aprobado así:

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

Esta prohibición fue objeto de demanda, sin embargo, la Corte Constitucional la declaró exequible en Sentencia C-618 de 2012, de la que no se conoce oficialmente su contenido, salvo el comunicado de prensa<sup>64</sup> en el que se afirma: "la inhabilidad

---

<sup>64</sup>El problema jurídico que en esta oportunidad resolvió la Corte consistió en establecer si la inhabilidad prevista en la disposición acusada, por la manera en la que está concebida, resulta contraria a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y, por consiguiente, violatoria del derecho al trabajo, de la libertad de escoger profesión u oficio, de la libertad económica y de la libre empresa. Para la Corte el actor se equivocó al ubicar la inhabilidad cuya constitucionalidad se cuestiona en el campo de la libertad económica, puesto que es claro que, el legislador no pretende mediante la disposición acusada, introducir límites a la actividad económica y a la iniciativa privada. Dicha norma hace parte de la Ley 1474 de 2011, cuyas previsiones se encuentran orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y a promover la efectividad del control de la gestión pública. Así, como lo señaló la Corte en otra oportunidad, regular la función pública, en particular la contratación estatal, resulta enteramente diferente de intervenir en la actividad económica y en la libre competencia. Con similar argumentación a la que se acaba de exponer, cabría excluir la afectación a la libertad de escoger profesión, puesto que la inhabilidad acusada no se ha previsto dentro de una regulación orientada a

se ajusta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de cara al interés público, con lo que se pretende impedir que quien sea contratista, luego sea interventor".

El artículo 5 de la Ley 1474 de 2011, se torna inaplicable cuando se integran consorcios y uniones temporales (que no son personas jurídicas, ni se inscriben en el registro mercantil), respecto de las que no se puede realizar un seguimiento, al ser el nombre del consorcio o el de la unión temporal el que se registra en el acuerdo contractual, además de no tener previsto el sistema electrónico de contratación pública (SECOP), un campo que discrimine sus integrantes.

El referido artículo 5 ha debido establecer una prohibición más amplia tal y como se propuso en la Cámara de Representantes y en el Senado en primer debate, involucrando cualquier contrato celebrado y no limitándolo al grupo restrictivo de concesión de obra y de suministro. Por lo que el legislador, debió adicionar a la prohibición los convenios con particulares y convenios interadministrativos. En este último, a modo de ejemplo: El suscrito entre una entidad territorial y el gobierno

---

establecer restricciones, condiciones o prohibiciones, en general, para el acceso a determinadas profesiones o el desarrollo de ciertos oficios, sino que, se reitera, está prevista como parte del régimen de la función pública, en particular en cuanto se orienta a asegurar la transparencia y la probidad en la contratación pública. De otra parte, al analizar si la inhabilidad contenida en la disposición acusada, se aviene a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para la Corte es claro que las inhabilidades comportan una restricción para quienes son destinatarios de las mismas, pero que ellas encuentran justificación en el objetivo del interés público que las inspira, en este caso, el de preservar la transparencia en la contratación pública y prevenir la interferencia de intereses privados en el ejercicio de una actividad que, por colaboración, los particulares pueden prestar a la Administración para la vigilancia de la adecuada ejecución de los contratos públicos.

La Corte reiteró que el Congreso de la República tiene libertad de configuración legislativa para establecer las inhabilidades. Según la jurisprudencia de esta Corporación, el ejercicio de dicha facultad no puede entenderse, en el presente caso, como una limitación del derecho al trabajo, habida cuenta que no restringe la posibilidad de que quien celebre contratos de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y alimentos o su cónyuge, compañero (a) permanente, parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil, o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a las que se refiere el artículo segundo de la Ley 80 de 1993, durante el trámite de ejecución y hasta la liquidación del mismo, puedan celebrar contratos de interventoría con otras entidades. Por el contrario, se aclara, lo que observó esta Corte fue que la limitación se introdujo con el propósito de impedir que, quien funge como contratista actúe luego como interventor para la misma entidad, lo cual no obsta que lo haga en otra distinta de las muchas que hacen parte de la estructura de la administración pública en sus distintos niveles y sectores, o una vez se produzca la liquidación de dichos contratos.

nacional, donde el segundo contrata la obra, pero el aporte del municipio o del departamento es la interventoría.

De manera tal, que el seguimiento en la ejecución contractual no quede condicionado a la ejecución de otro contrato que tenga incidencia indebida en el primero, impidiendo o bien dadas, o presiones que en uno u otro caso que lleven a la configuración de prácticas de corrupción y a que la interventoría no cumpla con su cometido.

#### 1.2.4.8 *Exigencia legal de contratarse*

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 impone el deber de contratar la interventoría con un tercero ajeno a la entidad, siempre que el contrato que se pretende vigilar haya sido objeto de un proceso de adjudicación a través de la licitación pública. Tal exigencia, sin duda, tiene por finalidad garantizar el debido control en la ejecución contractual. No obstante, existe un vacío en el caso que el contrato no se adjudique a través de la licitación, como cuando se declare desierto; caso en el que se debe proceder a realizar lo previsto en la selección abreviada<sup>65</sup>. Ahora, el parágrafo 1 del artículo 83 de la Ley 1174 de 2011, establece:

En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.

Tal disposición es confusa y plantea en esencia un retroceso. Nótese que hace particular referencia al artículo 32 de la Ley 80 de 1993, señalando la capacidad de

---

<sup>65</sup> El Decreto 1510 de 2013, establece en el artículo 61: “La Entidad Estatal que haya declarado desierta una licitación puede adelantar el Proceso de Contratación correspondiente aplicando las normas del proceso de selección abreviada de menor cuantía, para lo cual debe prescindir de: (a) recibir manifestaciones de interés; y (b) realizar el sorteo de oferentes. En este caso, la Entidad Estatal debe expedir el acto de apertura del Proceso de Contratación dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la declaratoria de desierta”.

la entidad para la supervisión; la norma es clara en precisar que siempre que se adjudique a través de licitación, se ha de contratar la interventoría, luego, es posible que en procesos adjudicados a través de licitación, si la parte contratante tiene la capacidad de vigilancia, se sustraiga de contratar la interventoría. Agrega, que en los contratos que *el valor supere la menor cuantía*, cuando el proceso que le sigue a ésta, es precisamente la licitación, de manera que en tal sentido la norma no ofrece nada novedoso.

El legislador ha debido reglamentar los vacíos referidos, a saber: que la interventoría, en adición a lo previsto en el artículo 32 de dicha norma, debe contratarse, aun cuando el proceso de licitación sea declarado desierto, pues no existe obligación alguna para que el *interviniente-interventor*, sea contratado, en el proceso de selección abreviada. Tampoco, en proyectos de alto impacto cuando el valor es muy cercano a la licitación, en otras palabras, cuando se esté por debajo de la licitación por un valor minúsculo, o en determinados proyectos, señalando un límite, como quiera que no todas las entidades cuentan con presupuestos similares, siendo superiores las del orden nacional.

Tanto los enunciados vacíos, como la confusión insertada por la norma conllevan a concluir que en los posibles eventos, de requerirse contratar la interventoría, se acuda a la prestación de servicios como apoyo a la supervisión que realice la entidad, cuando es insuficiente para la debida vigilancia y control del contrato. Ninguna claridad se hizo por parte del Ejecutivo en el Decreto 1510 de 2013, por lo que la reglamentación en tal sentido tardará más de lo esperado.

#### 1.2.4.9 *Proceso de Selección–Concurso de Méritos*

Como lo señala Benavides (2004) la Ley 80 no establece de manera directa criterios de adjudicación por cuanto, según el autor, no existen pliegos generales, aunque “la ley obliga a las entidades a auto limitar su voluntad en los procedimientos de licitación y concursos públicos” (p. 304).

Así, y de acuerdo con Exposito el concurso de méritos, “no sólo es el precio el que determina la selección del contratista, sino que se hacen presentes otros factores establecidos de antemano en el pliego de condiciones para escoger al contratista de la Administración” (2004, p. 473).

En los decretos reglamentarios seguidos de la Ley 80, y normas contractuales se fueron estableciendo criterios de selección, de los que resalto lo definido en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 734 de 2012, compartiendo lo expresado con Gómez, al afirmar que los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007<sup>66</sup> (modificado Decreto 019 de 2012) y 3.3.1.1 a 3.3.1.6., del Decreto 734 de 2012 le dan plena identidad y configuración al procedimiento del concurso de méritos, “como modalidad de selección independiente y que cambian sustancialmente su regulación” (2012 p. 138)<sup>67</sup>.

El derogado Decreto 734 de 2012 establecía en el artículo 3.3.1.1., el concurso de méritos, para contratar los servicios de consultoría a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y los proyectos de arquitectura; y fijaba como modalidades de selección: 1. El concurso abierto; 2. El concurso con precalificación, resaltando que en ningún caso será factor de escogencia el precio contenido en la

---

<sup>66</sup>Corresponde a la modalidad 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 mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado.

<sup>67</sup> El Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 3 de octubre de 2007, Exp. 1057 C.P. Mauricio Fajardo Gómez) indica que: “sobre este evento, la Sala pone de presente que con la modificación introducida en la Ley 80 de 1993 operó una verdadera diferenciación entre el concurso de méritos y otras modalidades de selección de los contratistas, sobre todo de la licitación. El desarrollo separado del concurso, entonces, busca ‘[...] la selección más idónea a través de condiciones técnico – subjetivas”.

oferta. Además trasladaba el contenido del artículo 32 al artículo 2 de la Ley 842 de 2003, que refiere al ejercicio de la ingeniería<sup>68</sup>.

Siguiendo a Gómez (2013) con la expedición del Decreto 1510 de 2013, en términos generales, la modalidad del concurso de méritos tuvo un cambio fundamental, “en la medida que suprime la existencia de los dos tipos de lista (corta y multiusos), los tipos de propuesta (propuesta técnica simplificada, PTS y propuesta técnica detallada, PTD)” (p. 65).

Señala el artículo 66 del decreto 1510 de 2013, que: “Las entidades estatales deben seleccionar sus contratistas a través del concurso de méritos para la prestación de servicios de consultoría de que trata el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y para los proyectos de arquitectura. El procedimiento para la selección de proyectos de arquitectura es el establecido en el Decreto número 2326 de 1995, o la norma que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan”.

Sin embargo, no hace referencia alguna a la forma en que debe contratarse la interventoría cuando no se esté de cara a la exigencia prevista, cuando la obra se adjudica a través de la licitación. A diferencia del decreto 734 de 2012, en el que se permitía realizar a través de la selección de menor cuantía la selección del

---

<sup>68</sup> Señala que comprende asuntos de ingeniería los siguientes: “a) Los estudios, la planeación, el diseño, el cálculo, la programación, la asesoría, la consultoría, la interventoría, la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos, carreteras, vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riesgos, drenajes y pavimentos; oleoductos, gasoductos, poliductos y en general líneas de conducción y transporte de hidrocarburos; líneas de transmisión eléctrica y en general todas aquellas obras de infraestructura para el servicio de la comunidad; b) Los estudios, proyectos, diseños y procesos industriales, textiles, electromecánicos, termoeléctricos, energéticos, mecánicos, eléctricos, electrónicos, de computación, de sistemas, teleinformáticos, agroindustriales, agronómicos, agrícolas, agrológicos, de alimentos, agrometeorológicos, ambientales, geofísicos, forestales, químicos, metalúrgicos, mineros, de petróleos, geológicos, geodésicos, geográficos, topográficos e hidrológicos; c) La planeación del transporte aéreo, terrestre y náutico y en general, todo asunto relacionado con la ejecución o desarrollo de las tareas o actividades de las profesiones especificadas en los subgrupos 02 y 03 de la Clasificación Nacional de Ocupaciones o normas que la sustituyan o complementen, en cuanto a la ingeniería, sus profesiones afines y auxiliares se refiere. También se entiende por ejercicio de la profesión para los efectos de esta ley, el presentarse o anunciarse como ingeniero o acceder a un cargo de nivel profesional utilizando dicho título”.

interventor. Tal reglamentación, ha de interpretarse con lo expuesto y lo que debe entenderse como aplicable, la interventoría únicamente en los contratos de obra por licitación o fracasada. Siendo procedente, el seguimiento en su ejecución, en obra en los casos de mínima cuantía a través de la supervisión.

#### 1.2.4.10. *Regulación del Conflicto de Interés en el Contrato de Interventoría*

Comprendiendo que el conflicto se presenta cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña, de modo que existe una confrontación entre el deber público y los intereses privados del funcionario, donde sus intereses personales podrían influenciar de manera negativa el desempeño de sus deberes y obligaciones, es necesario la existencia de un régimen que regule tal circunstancia, con el objeto de preservar la independencia de criterio y el principio de equidad de quien ejerce una función pública, evitando que su interés particular afecte la realización del fin al que debe estar destinada la actividad del Estado<sup>69</sup>.

Según A. Izquierdo, en el devenir de la administración pública es posible que se presenten diversos conflictos donde entra en cuestión el interés general, por lo que el conflicto de interés se da cuando entran en colisión los deberes derivados de la función pública con los intereses personales, donde es necesario poner en el lugar de razones legítimas que tiendan hacia lo público, intensiones dirigidas hacia el interés de carácter personal y privado<sup>70</sup>.

A su turno, el Consejo de Estado señaló que la jurisprudencia coincide en interpretar el conflicto de interés como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo cual puede afectarse la transparencia de las

---

<sup>69</sup> Oficina de Anticorrupción República de Argentina. Herramientas para la Transparencia en la Gestión. Conflicto de intereses, pp.1-6.

<sup>70</sup> Citado en el fallo de la Procuraduría General de la Nación, proceso disciplinario No. 001-096195, contra Fernando Londoño Hoyos.

decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público<sup>71</sup>.

Para la Corporación Transparencia por Colombia, el tema de conflicto de intereses está sujeto a diversas interpretaciones y dificultades en su aplicación, puesto que son pocos los casos en que está regulado por disposiciones especiales, *verbi gratia*, el régimen de Congresistas y Concejales. En materia disciplinaria, para los servidores públicos y, enunciado junto con las inhabilidades, las incompatibilidades y los impedimentos de los particulares que ejercen funciones públicas<sup>72</sup>.

Siendo por tanto, un tema tan amplio y complejo y como quiera que no ha sido posible establecer dentro de nuestro ordenamiento jurídico un verdadero régimen aplicable dado que las normas que existen únicamente se limitan a dar a conocer los intereses y algunos procedimientos, sin que haya lugar a una regulación clara y completa, más aun para el caso de los interventores donde está en juego el ejercicio de la función pública y la concreción de la realización de los intereses colectivos que garantice la transparencia e imparcialidad de su escogencia, como óbice de eficacia y eficiencia de la actividad pública dentro de la ejecución del contrato y con ello la satisfacción del interés colectivo.

Apoyado en el Consejo de Estado<sup>73</sup>, considero necesaria la consagración del régimen de conflicto de intereses (para el caso del interventor) de manera expresa con interpretación estricta, puesto que en la práctica las situaciones de conflicto suelen expresarse en prohibiciones, ajustándose a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 23 de marzo de 2011, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo. Expediente, 11001-03-06-000-2011-00001-00 (2045).

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> Según la Corporación Transparencia por Colombia, las situaciones donde se presentan conflicto de intereses con frecuencia, aunque no siempre, son tan subjetivas que cualquier intento de elaborar un listado o catálogo pormenorizado de situaciones en las que se presenten impedimentos por

Así las cosas, y dentro de este contexto ¿cómo prohibir a un contratista que sea interventor cuando tiene o haya tenido algún vínculo asociativo, afectivo, económico con el contratista del contrato vigilado?, cuando el Estatuto de Contratación Estatal actualmente no contempla disposiciones que lo enmarquen en un posible conflicto de interés donde claramente existe una confrontación entre sus intereses particulares y los de la entidad pública que atentan contra el interés general?

Para dar respuesta a tal interrogante, resulta necesario, advertir que, si bien el conflicto de interés constituye un instrumento importante dentro del proceso de selección del interventor en los contratos estatales y ante la inexistencia de un régimen aplicable en la materia ¿cuál es la fundamentación legal para aplicarlo en esta clase de contratos, teniendo en cuenta que como institución el decreto 1510 de 2013 no señaló nada al respecto?

Para resolver este problema jurídico es necesario efectuar un análisis del marco constitucional legal existente sobre el tema a partir de la expedición de la Ley 80 de 1993 junto con sus decretos reglamentarios y el estado actual en que se encuentra.

De una lectura realizada a la Constitución de 1991, al Estatuto de Contratación Estatal, la Ley 80 de 1993, sus decretos reglamentarios (Decreto 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 de 2004, 3740 de 2004, 959 de 2006, 2434 de 2006 y 4375 de 2006, entre otros) y a la Ley 1150 de 2007, se deduce que no establecen ni regulan el tema del conflicto de intereses en los contratos estatales.

Sin embargo, solo hasta el año 2008 fue consagrado dentro de la figura de la prevalencia de los intereses de la entidad contratante.

---

violación a este régimen parece iluso o incluso inconveniente, esto en la medida en que se podría limitar la acción judicial al dejar sancionar situaciones de esta índole simplemente por no estar mencionado en el listado. Véase, Corporación Transparencia por Colombia, Conflicto de Intereses, documento guía 2011.

Así las cosas, el decreto 066 de 16 de enero de 2008 en su artículo 57, señalaba lo siguiente:

Los consultores están obligados a dar asesoramiento competente, objetivo, e imparcial, y en todo momento otorgarán la máxima importancia a los intereses de la entidad, sin consideración alguna respecto de cualquier trabajo futuro y asegurarse de que la prestación de sus servicios estén libres de conflictos de interés. En consecuencia, los proponentes evitarán dar lugar a situaciones en que se pongan en conflicto con sus obligaciones previas o vigentes con respecto a otros contratantes, o con su futura o actual participación en procesos de selección, o en la ejecución de otros contratos, o que puedan ponerlos en situación de no poder prestar sus servicios en la forma que mejor convenga a los intereses de la entidad.

En consecuencia, al momento de presentar su expresión de interés en precalificar para ser incluido en la lista corta y al presentar su propuesta, el proponente deberá declarar que él, sus directivos y el equipo de trabajo con que se ejecutarán los servicios contratados, no se encuentran incurso en conflicto de interés, y en el evento en que se pretende cualquier circunstancia de este tipo, solicitar al jefe de la entidad o su delegado, que se decida si puede continuar en el proceso de selección. Al decidir sobre la ocurrencia o no del conflicto, el jefe de la entidad o su delegado tendrá en cuenta no sólo las circunstancias del conflicto, sino la percepción que sobre la imparcialidad de la entidad estatal debe tenerse en cuenta entre el público en general.

Ese año en el mes de julio, dicho decreto fue derogado por el 2474, que también trato el conflicto de interés en su artículo 59, al señalar:

Los consultores están obligados a dar asesoramiento competente, objetivo e imparcial, otorgando en todo momento la máxima importancia a los intereses de la entidad, asegurándose de no incurrir en conflictos de interés. En consecuencia, los proponentes evitarán dar lugar a situaciones en que se pongan en conflicto con sus obligaciones previas o vigentes con respecto a otros contratistas, o con su futura o actual participación en procesos de selección, o en la ejecución de otros contratos.

En consecuencia, al momento de presentar su expresión de interés en precalificar para ser incluido en la lista corta y al presentar su propuesta, el proponente deberá declarar que él, sus directivos y el equipo de trabajo con que se ejecutarán los servicios contratados, no se encuentran incurso en conflicto de interés.

Luego de casi cuatro años después se expidió el decreto 734 de 2012 que derogó tanto el decreto 066 como el 2474 de 2008, manteniendo dentro del tema de prevalencia de los intereses de la entidad contratante la figura del conflicto de interés, al señalar en su artículo 3.3.1.6 lo siguiente:

Los consultores están obligados a dar asesoramiento competente, objetivo, e imparcial, otorgando en todo momento la máxima importancia a los intereses de la entidad, asegurándose de no incurrir en conflictos de interés. En consecuencia, los proponentes evitarán dar lugar a situaciones en que se pongan en conflicto con sus obligaciones previas o vigentes con respecto a otros contratantes, o con su futura o actual participación en procesos de selección, o en la ejecución de otros contratos.

En consecuencia, al momento de presentar su expresión de interés en precalificar para ser incluido en la lista corta y al presentar su propuesta, el proponente deberá declarar que él, sus directivos y el equipo de trabajo con que se ejecutarán los servicios contratados, no se encuentran incurso en conflictos de interés.

Sin embargo, y pese a la lacónica regulación existente para ese año, al año siguiente se expidió el decreto 1510 de 2013 que derogó en su artículo 163 el decreto 734 de 2012, por lo que la figura como tal quedó desprovista de señalamiento dentro del ordenamiento jurídico contractual estatal y con ello, al parecer la posibilidad de su aplicación dentro de la praxis jurídica.

De lo anterior se colige lo siguiente:

- 1) Actualmente la Constitución Política de 1991, el Estatuto de Contratación Estatal ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios no definen lo que debe entenderse por conflicto de interés.
- 2) Tampoco señalan ni establecen los elementos y las causales que lo configuran.
- 3) La figura como tal mientras estuvo vigente entre los años 2008 al 2013 con los derechos 066, 2474 y 734, se reguló a título de prohibición dentro del ejercicio de las funciones y como forma de prevención en la actuación del proponente dentro del proceso de selección señalando un procedimiento en caso de incurrir en conflicto.
- 4) Lo anterior, evidencia el vacío legal que existe en materia contractual a partir de la expedición del decreto 1510 de 2013 por lo que se requiere una regulación legal sobre el tema en aras de que la función pública y los fines de la contratación no se vean menguados.

Al respecto, el Consejo de Estado<sup>75</sup> señaló que el estatuto de contratación de la administración pública no menciona el conflicto de interés, respecto de la ley 80 de 1993 como tampoco la ley 1150 de 2007 y de acuerdo con la sentencia C-1076 de 2002 de la Corte Constitucional<sup>76</sup>, es claro que el legislador es quien está habilitado constitucionalmente para fijar el régimen de conflicto de interés a los particulares, lo

---

<sup>75</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 23 de marzo de 2011, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo. Expediente, 11001-03-06-000-2011-00001-00 (2045).

<sup>76</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C- 1076 del 05 de Diciembre de 2002, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández. Expediente acumulado D-3954-3955.

cual incluye a los decretos con fuerza de ley como quiera que está de por medio el acceso a una función pública.

En razón a ello, entra a jugar un papel importante los señalamientos del Consejo de Estado quien por vía jurisprudencial (vale decir que hasta el momento han sido pocos pero que han servido de base para dar una idea general sobre este tema) se ha encargado de regular este aspecto definiéndolo<sup>77</sup> y señalando los criterios que lo configuran los cuales han de ser evaluados por el juez en cada caso específico, al no existir causales previamente definidas por el legislador (para el caso de interventor) como se dijo ut supra, por lo que es posible incluir en los contratos estatales las cláusulas que regulen el conflicto de interés de los contratistas<sup>78</sup>.

Así mismo, también se abre la posibilidad de que disposiciones especiales regulen el conflicto de interés para el caso del interventor aplicándose en tal sentido las normas previstas por la ley 734 de 2002 (Código Disciplinario), como veremos más adelante.

En ese orden de ideas, y en lo que hace referencia al aspecto jurisprudencial el Consejo de Estado señaló en el concepto del 10 de agosto de 2006, lo siguiente<sup>79</sup>:

La Sala destaca que el señalamiento contractual de la existencia de conflicto de intereses a partir de la identificación de actividades incompatibles con las tareas que le han sido contractualmente asignadas al consultor, comporta una evaluación estrictamente objetiva.

---

<sup>77</sup> Ut supra.

<sup>78</sup> La Sala en concepto de 10 de agosto de 2006 destacó que el señalamiento contractual de la existencia de conflicto de intereses a partir de la identificación de actividades incompatibles con las tareas que le han sido contractualmente asignadas al consultor, comporta una evaluación estrictamente objetiva. El postulado ético ínsito en las cláusulas sobre conflictos, lleva a significar que el propósito de las partes contratantes es el de amparar en grado extremo los principios de transparencia, igualdad y moralidad administrativas, prohibiendo determinadas conductas, sin consideración de los resultados dañinos o inocuos de las mismas en relación con el proceso de licitación. Citada en Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 23 de marzo de 2011, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo. Expediente, 11001-03-06-000-2011-00001-00 (2045).

<sup>79</sup> Citado en Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 23 de marzo de 2011, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo. Expediente, 11001-03-06-000-2011-00001-00 (2045).

El postulado ético ínsito en las cláusulas sobre conflictos, lleva a significar que el propósito de las partes contratantes es el de amparar en grado extremo los principios de transparencia, igualdad y moralidad administrativas, prohibiendo determinadas conductas, sin consideración de los resultados dañinos o inocuos de las mismas en relación con el proceso de licitación.

De lo anterior se desprende la existencia de dos criterios de regulación del conflicto de intereses, por un lado, la tipicidad, y por otro, la objetividad que debe predicarse de las causales que se establezcan en cada caso particular, con el fin de preservar y hacer eficaz la selección objetiva del contratista.

La tipicidad según el alto Tribunal, hace referencia a la identificación de las actividades que son incompatibles con las obligaciones del contratista cuya naturaleza ha de ser restrictiva, prohibitiva o sancionadora; mientras que la objetividad exige la determinación estrictamente objetiva de las causales que se definan en un proceso contractual<sup>80</sup>.

Al respecto señala la Corporación, lo siguiente<sup>81</sup>:

Las cláusulas o reglas que se incorporen en los pliegos de condiciones y en los contratos para regular el conflicto de intereses deben tipificar las acciones u omisiones que lo generen, en forma tal que los hechos o situaciones que se invoquen como causales del conflicto puedan ser evaluados en sí mismos, esto es, objetivamente, y no queden sujetos al criterio, opinión o juicio de las personas que, por distintas razones, pueden o deben intervenir en el proceso de que se trate...

Aplicando los anteriores criterios a la regulación del conflicto de intereses en los pliegos que rijan un determinado proceso de selección, resulta evidente la necesidad de señalar, de manera clara y precisa, las acciones u omisiones a las que se dé como efecto prohibir la participación de una persona en el proceso de que se trate. Es en razón de este efecto que el conflicto de intereses no puede cimentarse en definiciones ambiguas abstractas o que permitan un margen de subjetividad en su examen.

Así las cosas, queda claro que por vía jurisprudencial es posible aplicar reglas o cláusulas configurativas de conflictos de intereses en los pliegos que rijan un determinado proceso de selección, donde podría situarse la escogencia del interventor, siempre y cuando sean debidamente tipificadas y objetivamente

---

<sup>80</sup>Ibídem.

<sup>81</sup>Ibídem.

evaluadas, en razón a que el estudio de un conflicto debe analizarse a partir de los elementos objetivos y subjetivos de cada situación particular<sup>82</sup>.

De otro lado, es necesario entrar a determinar si a la par con el criterio jurisprudencial anterior, es posible aplicar el conflicto de interés de que trata la ley 734 de 2002, como ley especial existente, en la medida en que el interventor es un particular que cumple funciones públicas.

Para tal efecto es necesario revisar las normas constitucionales y legales que dan lugar a sustentar esta posición:

Los incisos 2° y 3° del artículo 123 de la Constitución Política de 1991, señalan que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

De igual forma, en tratándose de particulares que intervienen en la gestión contractual de la administración, el artículo 53 de la ley 734 de 2002 (modificado por el artículo 44 de la ley 1474), les hace extensivo el régimen disciplinario de los servidores públicos expresamente a los interventores y en general, señala que son sujetos disciplinables a la luz de dicha ley, los particulares que cumplan funciones públicas en los que tiene que ver con éstas.

Disposición ésta que se reitera en el artículo 82 de la ley 1474 de 2011 (que modificó el artículo 53 de la ley 80 de 1993), al señalar que los interventores son responsables disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les

---

<sup>82</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 17 de mayo de 2007, Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos. Expediente, 11001-03-06-000-2007-00035-00 (1822).

sean imputables y que causen daño o respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan funciones de interventoría.

Por lo tanto, el interventor como particular que ejerce funciones públicas, tal como dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 13 de marzo de 2006 (Radicación 24833), adquiere la calidad de servidor público cuando el objeto del contrato administrativo tiene como finalidad transferir funciones públicas al contratista, en razón a que la Constitución y la ley prevén que es posible delegar dicha función<sup>83</sup>.

Por lo que es aplicable el artículo 22 de la ley 734 de 2002, que señala dentro de las garantías de la función pública someterse al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes, toda vez que de acuerdo con el inciso primero del artículo 209 de la Constitución Nacional, el interventor como garante de la función administrativa debe velar por que se desarrolle con fundamento, entre otros principios, en el imparcialidad que se según el Consejo de Estado<sup>84</sup> se proyecta en disposiciones que prevén la consagración del conflicto de interés.

Por lo anterior, es posible aplicar las disposiciones especiales previstas en la ley 734 de 2002, en lo que se refiere al conflicto de intereses del interventor, a partir del artículo 40 que prohíbe la actuación de los servidores públicos y de determinados particulares cuando se encuentren incurso en conflicto de intereses, esto es, a la existencia de un interés particular y directo de estas personas como factor determinante para la configuración de situaciones generadoras de conflictos de interés.

---

<sup>83</sup>Sobre este tema puede profundizarse en el capítulo 2 de este texto relativo a la responsabilidad del interventor.

<sup>84</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 17 de mayo de 2007, Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos. Expediente, 11001-03-06-000-2007-00035-00 (1822).

Señala la norma en comentario lo siguiente:

Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

El Consejo de Estado con base en el mencionado artículo 40, vía jurisprudencial desarrolla los elementos constitutivos del conflicto de interés (concepto del 17 de mayo de 2007, Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos), que podrían aplicarse desde mi punto de vista al caso del interventor<sup>85</sup>:

1. **Destinatarios del conflicto de interés:** Esto es, todas aquellas personas que ostentan la calidad de servidores públicos, entre ellos el particular que ejerce funciones públicas.
2. **Supuesto objetivo del conflicto:** Constituido por el carácter irreconciliable entre el interés particular con el interés general que afecta los principios de imparcialidad, transparencia e igualdad de trato de la administración frente a los administrados, donde situaciones particulares impiden al servidor público actuar conforme al interés público.
3. **Que exista un interés:** Particular y directo del servidor público o indirecto respecto las personas allegadas.
4. **Que se trate de un asunto específico:** Donde el conflicto ocurra frente a una situación o actuación particular o concreta que permita identificar los elementos objetivos y subjetivos de las situaciones que entran en conflicto.
5. **Que la actuación que concreta el conflicto se produzca en el ejercicio de funciones relacionadas con la regulación, gestión o control en su asunto específico:** De modo que el interés del servidor o sus allegados se produzca en relación con cualquiera de las funciones referidas.
6. **El conflicto debe ser actual y cierto:** Puesto que no hay lugar a conflictos de interés futuro o eventual.
7. **Por último es de carácter preventivo:** Con lo cual podría verse la posibilidad de que el interventor se declare impedido y se abstenga de continuar con el ejercicio de su función ver comprometido sus intereses.

Teniendo en cuenta estos elementos desarrollados por el Consejo de Estado ¿es posible aplicar el conflicto de interés que hace parte de las inhabilidades,

---

<sup>85</sup>Es de advertir que el concepto aludido del Consejo de Estado, trata en si sobre el conflicto de intereses de los congresistas, pero que por efectos ilustrativos retomo los elementos allí descritos como propuesta de aplicación frente al caso de los interventores que van a desarrollar o estén desarrollando sus funciones frente a un contrato de interventoría.

incompatibilidades previsto en el artículo 54 de la ley 734 de 2002, con fundamento en que el interventor es un particular que ejerce funciones públicas?

Veamos a continuación la norma en comento y las disposiciones a las que se remite:

Constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, las siguientes:

- 1) Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión. Las contempladas en los artículos 8º de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998<sup>86</sup>, o en las normas que los modifiquen o complementen.
- 2) Las contempladas en los artículos 37<sup>87</sup> y 38<sup>88</sup> de esta ley.

---

<sup>86</sup> Señala la norma lo siguiente: Inhabilidades e incompatibilidades: Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida. Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado.

<sup>87</sup> Señala la norma lo siguiente: Inhabilidades sobrevinientes. Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias.

<sup>88</sup> Señala la norma lo siguiente: Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes: 1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político. 2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción. 3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma. 4. Haber sido declarado responsable fiscalmente. Parágrafo 1º. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales. Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales

- 3) Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir.

A la pregunta considero que no es posible aplicarlas, toda vez que de una lectura analítica del artículo en comento se desprende un abanico de situaciones jurídicas configurativas de inhabilidades e incompatibilidades como las previstas en el artículo 8° de la ley 80 de 1993 (relativo a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar), 113 de la ley 489 de 1998 (que habla de las inhabilidades e incompatibilidades de los representantes legales de entidades privadas, entre otros) y los artículos 37 (referido a las inhabilidades sobrevinientes) y 38 de la ley 734 de 2002 (que habla de otras inhabilidades), donde es muy difícil entrar a determinar cuál de ellas da lugar a un posible conflicto de intereses, por lo cual y a pesar de que se puede aplicar la ley disciplinaria al particular que ejerce funciones públicas como se dijo ut supra (artículo 40), se presenta la dificultad consistente en que el legislador no señaló las causales específicas y configurativas del conflicto de interés (conforme a la sentencia C-1076 de 2002), por ende, se requiere de un análisis particular en cada caso concreto donde el juez debe determinar si las cláusulas señaladas en el contrato estatal de que se trate cumplen con los parámetros y elementos definidos por el Consejo de Estado y que den lugar al conflicto, se requiere por ende una interpretación del operador judicial en torno a establecer en qué casos las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones denotan situaciones generadoras del conflicto de intereses.

De modo que no existe un vacío total y absoluto en la materia, por cuanto, para el caso del interventor es plausible aplicar la definición del conflicto de interés de que

---

mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Parágrafo 2°. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público. Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

trata el artículo 40 del código disciplinario, donde éste podría declararse impedido para actuar cuando tenga un interés particular y directo en el ejercicio de sus funciones al igual que de alguno de sus parientes, o socio o socios de hecho o de derecho, que colisione contra el interés general, propio de la función pública. Las cláusulas que definan las situaciones que dan lugar a conflicto de interés en el respectivo pliego que rige el proceso de selección del interventor deben cumplir con los criterios de regulación señalados por vía jurisprudencial, esto es, que cumplan con las exigencias de tipicidad y objetividad, y que sean claras y precisas las acciones u omisiones a las que se dé como efecto prohibir la participación de la persona en el proceso de que se trate, al igual que cumplan a cabalidad con los elementos del conflicto que se desprenden del referido artículo 40.

#### *1.2.4.11. Potestades Excepcionales ¿Es posible su inclusión en el contrato estatal de interventoría?*

Este punto reviste gran importancia por cuanto al ser parte de mi objeto de estudio y de investigación genera polémica y discusión en el sector académico, por cuanto, parto de la base de que la ley 80 de 1993 en su artículo 14, no contempla la posibilidad de que las potestades excepcionales puedan ser incluidas en el contrato de interventoría, por lo que es necesario hacer unas reflexiones sobre el particular partiendo de una apreciación general de la concepción que de ellas tiene según el modelo de Estado, para luego llevarla al desarrollo de nuestro interrogante inicial desde la postura que tiene nuestro máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y al final dejar por sentada mi posición al respecto<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Tomo como punto de referencia el trabajo realizado por María Teresa Palacio Jaramillo titulado cláusulas excepcionales, para contextualizar el interrogante que quiero desatar. Verlo en PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Clausulas Excepcionales. Revista de Derecho Público-Universidad de los Andes, 2004. No. 17, pp.101-110.

## *Las potestades excepcionales y su visión desde el modelo de Estado*

Como vimos *ab initio* de este trabajo investigativo y siguiendo la línea conceptual trazada, la concepción y orientación que se les otorga a las potestades excepcionales está íntimamente ligada al tipo de Estado en que se apliquen.

Por lo que bajo el modelo de Estado monopólico público, las llamadas cláusulas exorbitantes (denominadas así en la normativa anterior), tenían en esencia un alcance diferente al que tienen hoy por hoy bajo el modelo de Estado competitivo previsto por la Constitución de 1991. Apreciación esta que es necesaria formular en la medida en que incide en la redacción que el legislador imprimó en el artículo 14 vigente en la actualidad.

De modo que las cláusulas exorbitantes en el modelo de Estado anterior, constituyen una expresión de como éste aseguraba la preservación del monopolio público siendo un privilegio estatal que estaba por encima de las reglas ordinarias civiles y comerciales y que trajo serias contracciones en la dinámica de la contratación estatal frente a una marcada regulación administrativa formal y rigurosa donde la subordinación es total en el contratista<sup>90</sup>.

El paso de modelo de monopólico a competitivo, desregularizado, globalizado y desmonopolizado gracias a la Constitución de 1991 y el cambio de dinámica dada por la Ley 80 de 1993, las ahora potestades excepcionales mutaron en su concepción y orientación dejando de ser una expresión de poder de imperio del Estado y a su vez la regla de aplicación general dentro de la contratación estatal, para convertirse en una excepción en su empleo.

Como corolario de lo anterior según Palacio Jaramillo el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 señala que el régimen aplicable a los contratos estatales basado en el principio

---

<sup>90</sup> *Ibíd*em, p. 102.

de autonomía de la voluntad, establece directamente como normas aplicables a su contratación el código civil y el código de comercio, dentro del contexto del derecho de la competencia entre Estado-particular, conduce a que el Estado en su tarea de satisfacer el interés colectivo aplique en casos excepcionales el empleo de ciertas potestades que no son contempladas en el derecho común<sup>91</sup>.

En otras palabras puede señalarse que las potestades excepcionales, son cláusulas excepcionales al derecho común que se aplican a la contratación estatal en aquellos contratos dispuestos en la ley, y que por ser taxativas y de manera excepcional no hay cabida a la autonomía de la voluntad, por cuanto, las partes no pueden desconocer su existencia así medie acuerdo entre ellas, siendo de aplicación restrictiva de acuerdo a los principios generales del derecho, de allí que, independientemente de que se establezcan o no en los contratos que taxativamente la ley señala se presumen incluidas por virtud del principio de legalidad; ello en razón a que la exorbitancia proviene de la ley y no de la voluntad de las partes<sup>92</sup>.

La existencia de las potestades excepcionales se justifica dentro del modelo de Estado competitivo como una garantía que se tiene para afianzar la finalidad que se persigue con el contrato que va más allá del simple objeto contractual, que es el interés colectivo y no como una forma de sancionar al contratista como nota característica del modelo monopólico.

---

<sup>91</sup> Según Benavides, la identificación de la cláusula exorbitante lleva al delicado problema de su definición. Las formulas jurisprudenciales varían entre la cláusula exorbitante del derecho común, la cláusula derogatoria del derecho común, o aquella que atribuye a la entidad pública prerrogativas exorbitantes del derecho común. Calificada con frecuencia de noción poco satisfactoria, la cláusula exorbitante es objeto de una jurisprudencia difícil de interpretar... La cláusula exorbitante es imposible en derecho privado, o bien posible pero ilícita, o simplemente inhabitual. Verlo en BENAVIDES, José Luís. El Contrato Estatal, entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2º edición, 2002-2004. p.323.

<sup>92</sup> En ese sentido da por sentada su posición Palacio Jaramillo la cual comparto, a la que se suma otra donde según ella, tanto las multas como la cláusula penal pecuniaria, no son potestades excepcionales al no estar incluidas en el catálogo del artículo 14 de la ley 80 de 1993, no obstante a que pueden ser pactadas en el contrato estatal en desarrollo de la autonomía de la voluntad y por acuerdo de las partes. Véase en PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Clausulas Excepcionales. Revista de Derecho Público-Universidad de los Andes, 2004. No. 17, pp.103-104.

Visto lo anterior y dejando por sentado el contexto de las potestades excepcionales dentro del marco del Estado competitivo y cómo operan éstas de manera excepcional, es preciso entrar a profundizar en primer medida la problemática interpretativa que emerge del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 con relación a aquellos contratos no incluidos, entre ellos, la interventoría y la posibilidad de pactar exorbitancias en ellos.

### *La problemática interpretativa y de aplicación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993*

Samuel Yong Serrano<sup>93</sup>, señala que las cláusulas excepcionales son una especie de potestad pública conferidas por el estatuto contractual a las entidades estatales para aplicarlas en algunos contratos con el fin de alcanzar el cumplimiento del objeto contractual.

Las cláusulas excepcionales utilizadas por las entidades estatales en los contratos en que se pacten, son las siguientes: las que atañen a la interpretación, modificación y terminación del contrato, al sometimiento a las leyes nacionales y a la caducidad del negocio jurídico y la de reversión referida exclusivamente a los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado<sup>94</sup>.

Por su parte, la Ley 80 en su artículo 14 señala lo siguiente<sup>95</sup>:

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:

...

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

---

<sup>93</sup> YONG SERRANO, Samuel. El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación. Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.pp, 209-226.

<sup>94</sup> Ibídem, p. 212.

<sup>95</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 80 de 1993.

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

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

Parágrafo.

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

De acuerdo con la norma y según la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>96</sup>, los contratos estatales se clasifican en cuatro grupos para ejercer facultades excepcionales:

En primer lugar, los contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias: Contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya un monopolio estatal; la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado; y en los contratos de obra.

En estos contratos según Yong Serrano, las cláusulas excepcionales adquieren la categoría de ser virtuales (término utilizado por DROMI para diferenciar las cláusulas exorbitantes implícitas de las expresas<sup>97</sup>), por cuanto, la ley las entiende pactadas, es decir, incluidas aun así las partes no lo señalen expresamente<sup>98</sup>.

En segundo lugar, los contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas: Contratos de suministro y de prestación de servicios.

---

<sup>96</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de febrero de 2013, Consejero Ponente, Mauricio Fajardo Gómez, Expediente 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996).

<sup>97</sup> *Ibíd*em, p, 209.

<sup>98</sup> YONG SERRANO, Samuel. *El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación*. Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.p, 209.

Sobre este grupo, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 30832, señaló que en esta clase de contratos la ley autoriza a las partes a negociar la inclusión de exorbitancias de manera que su existencia no deviene en forma inmediata de la ley, sino de manera mediata, porque si las partes no llegan a un acuerdo sobre la inclusión de dichos poderes, la ley no suple el vacío, y por consiguiente, los mismos no existirán en el caso concreto, lo que da lugar a que opere el principio de la autonomía de la voluntad, donde las partes del contrato previamente habilitadas por la ley pueden disponer su inclusión en el mismo<sup>99</sup>.

En tercer lugar, los contratos estatales en los que se encuentra prohibido incluir y por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales, so pena de nulidad<sup>100</sup>: Contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; los contratos interadministrativos; en los de donación, arrendamiento, empréstito, y en los que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las indicadas en el numeral segundo de la ley 80 de 1993 o que tengan por objeto el directo desarrollo de actividades tecnológicas o científicas, así como en los contratos de seguros tomados por la entidad estatal.

Y en cuarto lugar, todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados.

Al respecto, de acuerdo con Palacio Jaramillo, de la norma señalada surge un problema de interpretación y de aplicación respecto del cuarto grupo de contratos que no están incluidos en alguna de las tres primeras posibilidades, tanto como obligatorios, potestativos o prohibidos.

---

<sup>99</sup> Citada en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 30 de noviembre de 2011 en, Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio Civil, concepto 2074 del 30 de noviembre de 2011, Consejero Ponente Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Expediente 11001-03-06-000-2011-00064-00.

<sup>100</sup> YONG SERRANO, Samuel. El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación. Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.p, 209.

Por lo que los contratos que no fueron incluidos en el catálogo de pacto obligatorio y potestativo previsto en el artículo 14, no pueden incluir en su texto cláusulas exorbitantes, ya que las potestades excepcionales no pueden en sede interpretativa ser la regla general en los contratos estatales, por cuanto ello conllevaría a desnaturalizar el modelo de Estado previsto por la Carta de 1991.

Al respecto, muchos de los contratos que celebra el Estado no se encuentran contenidos en el artículo 14 de la ley para efectos de señalar si es viable o no el pacto de ellas en el texto, como acaece *verbi gratia*, en el contrato de interventoría, por lo que según Yong Serrano, podría admitirse su inclusión en este contrato y como a continuación se verá siempre y cuando una ley haya autorizado su inclusión<sup>101</sup>.

En ese sentido en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 007 de 2003 de la Cámara se planteó redefinir la posición del Estado en relación con los poderes de dirección y control del contrato, representados en la existencia de estas cláusulas, de tal manera que se autorice legislativamente la inclusión de ellas en todo tipo de contrato estatal salvo en los prohibidos actualmente por la Ley 80 de 1993 y que se hallan relacionados en el parágrafo del artículo 14<sup>102</sup>. Frente a ello, señala Palacio Jaramillo que el texto de la reforma contradice la excepcionalidad de dichas cláusulas, convirtiéndolas en regla general y desconociendo la preferente aplicación del derecho común<sup>103</sup>.

En ese orden de ideas, es necesario en mi sentir que la inclusión de las cláusulas excepcionales se analice según el tipo de contrato y la finalidad que persigue puesto

---

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>102</sup> Dicha iniciativa legislativa, no se convirtió en ley de la República, por lo que el artículo 14 de la ley 80 de 1993 sigue vigente.

<sup>103</sup> PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Cláusulas Excepcionales. Revista de Derecho Público-Universidad de los Andes, 2004. No. 17, p. 107.

que no es posible abrir la posibilidad de que en todos los contratos se pacten exorbitancias por lo que se ha expuesto.

A continuación analizaré si es correcto o no de acuerdo a la costumbre pactar exorbitancias en el contrato de interventoría a la luz de los cometidos constitucionales y la autonomía de la voluntad.

*¿Se pueden pactar las cláusulas excepcionales en el contrato de interventoría?*

Para dilucidar el interrogante veamos la postura del Consejo de Estado sobre el particular:

*Posición de la Sala de Consulta y Sección Tercera<sup>104</sup>:*

Consideran que en los contratos de interventoría como sub especie de la consultoría no existen potestades excepcionales de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, por lo que la administración no puede expedir actos administrativos para hacer efectivas tales potestades.

Al respecto, señala lo siguiente:

En el caso sub-examine, el punto central de discusión consiste en dilucidar si en un contrato de interventoría en el que se han pactado las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilateral y caducidad, entre otras, no obstante que el artículo 14 de la ley 80 de 1993 expresamente no las autoriza para ese tipo de contratos, la administración puede hacer uso de dichas facultades excepcionales.

Al efectuar el análisis de la norma transcrita y en relación con los contratos en los que se pueden pactar las cláusulas excepcionales, la sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 30 de noviembre, expediente 30832, dijo:

“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... Al segundo grupo

---

<sup>104</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio Civil, concepto 2074 del 30 de noviembre de 2011, Consejero Ponente Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Expediente 11001-03-06-000-2011-00064-00.

pertencen los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula... 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... en relación con este último grupo, aunque resulta obvio, que el acuerdo correspondiente solo puede favorecer a las entidades estatales, es decir, que no es posible pactar tales poderes a favor del contratista... 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, comodato, 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 dicho pronunciamiento se tiene que en ejercicio de la autonomía de la voluntad no es posible estipular cláusulas exorbitantes, en los contratos que no han sido autorizados por la ley de manera expresa, en tratándose del contrato de interventoría no existe habilitación legal alguna que permita estipularlas aduciendo la aplicación del principio de autonomía de la voluntad, la cual no puede invadir la esfera reservada para el principio de legalidad, máxime si la discusión gira en torno a una potestad o cláusula de tipo excepcional al derecho común, que permite a la administración contratante ejercer determinaciones que modifican el contrato y pueden llegar a imponer sanciones en cabeza del contratista. El principio de legalidad de la actuación administrativa parte de que toda potestad o facultad pública debe estar previamente habilitada por la ley.

Por lo anterior, las cláusulas excepcionales que se pacten en el contrato de interventoría generan nulidad absoluta de acuerdo con los artículos 44 y 49 de la ley 80 de 1993, al ser estipuladas contra prohibición constitucional y legal, en razón a que la entidad contratante no puede exceder ni abusar de las competencias definidas expresamente por el legislador, desconociendo las disposiciones de

derecho público que regulan de manera imperativa esta materia, máxime cuando el artículo 121 de la Constitución Nacional señala que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley<sup>105</sup>.

#### Posición del Consejo de Estado en Sala Plena<sup>106</sup>

Para la Sala si bien existen algunas disposiciones legales que permiten aplicar por mandato legal la sanción de caducidad a otros tipos de contratos estatales no previstos por el artículo 14 de La ley 80 de 1993 (ley 40 de 1993<sup>107</sup>; ley 610 de 2000<sup>108</sup>; y ley 782 de 2002<sup>109</sup>, entre otras), ello no implica que contengan una

---

<sup>105</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de febrero de 2013, Consejero Ponente, Mauricio Fajardo Gómez, Expediente 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996). Al respecto señala la Corporación: En el Estatuto de Contratación Estatal existe un régimen legal expreso acerca de la nulidad absoluta de los contratos en cuya celebración participan o intervienen las Entidades del Estado, régimen que se encuentra contenido en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 expedida en el año de 1993; es por ello que en esta específica materia no hay lugar a acudir a las previsiones del artículo 13 de misma la Ley 80 para efectos de aplicar (en la contratación estatal), la normatividad que en los Códigos de Comercio o Civil, según fuere el caso, contienen el régimen de las nulidades absolutas de los contratos puesto que bueno es reiterarlo, cuando el propio Estatuto de Contratación Pública se ocupa de regular un determinado asunto sus disposiciones tienen preferencia en su ámbito, cuestión que no obsta para anticipar, como enseguida habrá de señalarse, que las propias normas legales especiales que en la Ley 80 regulan esta materia ordenan la incorporación, a este cuerpo normativo, de las disposiciones legales del Código Civil que contienen las causales de nulidad absoluta de los contratos.

<sup>106</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio Civil, concepto 2074 del 30 de noviembre de 2011, Consejero Ponente Luis Fernando Álvarez Jaramillo, Expediente 11001-03-06-000-2011-00064-00.

<sup>107</sup> La ley 40 de 1993, por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones, señala en su artículo 25, relativo a las sanciones a empresas nacionales o extranjeras lo siguiente: Sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar, cuando algún directivo de una empresa nacional o extranjera, o su delegado oculten o colaboren en el pago de la liberación de un secuestrado de un funcionario o empleado de la misma, o de una de sus filiales, el Gobierno quedará facultado para decretar la caducidad de los contratos que esta misma empresa tenga suscritos con entidades estatales.

<sup>108</sup> La ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, en su artículo 61 relativo a la caducidad del contrato estatal, señala que cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.

<sup>109</sup> La ley 782 de 2002, por la cual se prórroga la vigencia de la ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones, señala en su artículo 31 que el Gobierno podrá declarar la caducidad o declarar la liquidación unilateral de todo contrato celebrado por una entidad pública, cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato y en relación con los grupos armados organizados al margen de la ley, en cualquiera de las siguientes causales: Ceder injustamente antes ante las amenazas proferidas por dichos grupos. Recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar

derogatoria general a la regulación contenida en el estatuto contractual. Por tanto, y de conformidad con el criterio de la Sección Tercera, ante la falta de configuración legal, no es posible admitir que el principio de la autonomía de la voluntad pueda llevar a las partes de un contrato de interventoría a revestir a la administración de una potestad excepcional que supone la asignación de una competencia administrativa que únicamente puede ser otorgada por disposición legal.

Según estas posturas surge el siguiente interrogante:

*¿Cómo debe actuar la administración para asegurar el cumplimiento del contrato cuando en definitiva no es posible que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad pacten cláusulas excepcionales, mientras se acude a la jurisdicción contenciosa para procurar la declaratoria de incumplimiento y la consecuente resolución del contrato?*

Según el Consejo de Estado, la administración al no poder pactar exorbitancias en el contrato de interventoría, los efectos del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista se rigen por el derecho privado, debiendo en consecuencia la administración actuar como cualquier particular en la relación contractual, imponiendo multas o cobrando cláusulas penales para obtener la terminación por mutuo acuerdo o a través de proceso judicial ante el juez contencioso administrativo.

Así mismo y de acuerdo con el alto Tribunal de lo contencioso administrativo, la Ley 1150 de 2007 en su artículo 17<sup>110</sup>, en concordancia con el artículo 86 de la Ley 1474

---

dineros o bienes provenientes de o con destino a tales grupos o colaborar y prestar ayuda a los mismos; constituir, ceder o arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de dichos grupos; incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichos grupos conocidos con ocasión del contrato.

<sup>110</sup> Ley 1150 de 2007, artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los

de 2011<sup>111</sup>, desarrollan un procedimiento para que la administración imponga sanciones (*verbi gratia*, hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato), pese a que no pueda declarar la caducidad del contrato, por no estar legalmente facultada, utilizando el procedimiento consagrado en el artículo 86 para declarar el incumplimiento del contrato mediante resolución motivada en la que consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia tasando en debida forma los perjuicios causados.

Esta postura mayoritaria es crítica por Enrique José Arboleda Perdomo, quien en el salvamento de voto del 30 de noviembre de 2011, concepto 2074, expediente

---

mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva. Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

<sup>111</sup>Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera; b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad; c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia; d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.

11001-03-06-000-2011-00064-00, considera que la misma es absurda por cuanto bajo ese entendido la administración se ve forzada a mantener un contrato incumplido pues carece de toda posibilidad de terminarlo, ya que las cláusulas que en él se pacten son nulas.

Fundamenta su posición partiendo de la base de que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993<sup>112</sup>, señala que la norma regula el derecho sustancial de los contratos estatales, el cual se tiene como un régimen mixto entre el derecho público y el privado, donde el Estatuto General de Contratación Estatal parte del público, y el comercial y el civil del privado. Por lo que las reglas generales que regulan los contratos estatales son las del derecho privado y por excepción las de la Ley 80 de 1993.

Por regla general los contratos estatales carecen de privilegios de poder público para exigir las obligaciones que se pactan a su favor, para hacerlas efectivas acuden a las reglas del derecho común, la excepción se da en aquellos contratos donde las potestades excepcionales se pueden pactar al estar expresamente autorizados para ello, en este caso, es posible emplear el acto administrativo para ejercer los derechos derivados de tales contratos estatales. De manera que las potestades excepcionales por regla general no se pueden pactar, salvo cuando la ley autorice a la administración o las declare presuntas (como acaece con las cláusulas virtuales vistas anteriormente).

Así mismo, considera que por virtud de la autonomía de la voluntad las partes pueden pactar la terminación unilateral<sup>113</sup> y las cláusulas penales de la misma forma en que los hacen los particulares.

---

<sup>112</sup> Artículo 13 ley 80 de 1993: De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

<sup>113</sup> Según Yong Serrano, la terminación unilateral del contrato como potestad excepcional permite a la administración contratante terminar unilateralmente el contrato, cuando los exigencias del servicio público lo requieren o el orden público lo imponga, o por causas concernientes al contratista. De acuerdo con la jurisprudencia, para declarar la terminación unilateral del contrato requiere: 1). Que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo; 2). Que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, estar

Sobre este último aspecto, Arboleda con base en la disposición del artículo 1620 del Código Civil<sup>114</sup>, señala a que la regla anterior debe aplicarse a la caducidad del contrato<sup>115</sup>, a la que pueden dársele dos interpretaciones. Por un lado, es una cláusula nula que no produce efecto entre las partes, porque está prohibida al no haber sido prevista por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en los contratos de interventoría; por otro, la cláusula contiene dos elementos: El primero consistente en el pacto de terminación unilateral del contrato a favor de la administración cuando el contratista particular lo incumpla, siendo esta una estipulación válida en el derecho privado. La segunda, el pacto del procedimiento derivado del empleo de potestades excepcionales, donde la entidad pública expide actos administrativos, interviene y se posesiona del objeto del contrato, e impone sanciones de inhabilidad.

Esta postura desde mi punto vista constituye una interpretación sistemática donde se armoniza y se afianza el concepto de mixtura normativa aplicable en materia de contratación estatal donde queda por sentado que la aplicación de las reglas del derecho común de acuerdo con el artículo 13 referido, tanto de derecho civil como comercial se aplican como regla general, lo cual a mi forma de ver y conforme al estudio realizado es conforme a la excepcionalidad de la aplicación de las exorbitancias dentro del contexto del Estado competitivo, por lo que en casos como el de la caducidad (y no obstante que se trate de una cláusula excepcional prevista para algunos contratos por disposición de la ley), y dado a que es una forma de

---

debidamente motivado; y por último, que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto. YONG SERRANO, Samuel. El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación. Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.p, 219.

<sup>114</sup> Señala la norma que en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

<sup>115</sup> El Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 17 de marzo de 2010, radicado 05001-23-26-000-1992-000117-01, (18394), Consejera Ponente, Ruth Estela Correa, señala que la caducidad es la potestad exorbitante que tiene la administración para terminar unilateralmente un contrato estatal con efectos hacia el futuro, en ciertos eventos contemplados en la ley, dentro de los que se encuentran el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista que repercute seriamente en la ejecución del contrato, con el propósito de desplazarlo o removerlo de manera que pueda asumir aquella directamente la construcción de la obra o la prestación del servicio objeto del mismo o por medio de un tercero que cumpla las exigencias de idoneidad y capacidad necesarias para desarrollarlo.

terminación del contrato, puede haber lugar a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad precisamente porque ella debe entenderse tal como lo señala Arboleda en los casos en que la ley no autorizó a la administración para estipularla, como una estipulación de resolución o terminación unilateral del contrato, ante la existencia de una serie de obligaciones pactadas incumplidas por el contratista y que repercuten seriamente en la ejecución del contrato asegurando por tanto la posibilidad de terminarlo.

De todo lo anterior, se colige que la posición mayoritaria concuerda en que solamente en aquellos contratos que la ley autorice a la entidad contratante es posible estipular exorbitancias, por lo que aquellas que se acuerden por las partes en la interventoría son nulas de manera absoluta así la práctica de la costumbre trate de establecerlas como acaece *verbi gratia* en los contratos del IDU, ANI, e INVIAS<sup>116</sup>.

Para terminar a modo de reflexión y a título personal considero que si bien la contratación estatal dentro del contexto del Estado Competitivo es un instrumento que se tiene para alcanzar los fines y cometidos estatales, y como quiera que la razón de ser de las potestades excepcionales dentro de ese contexto es precisamente buscar el desarrollo de la finalidad perseguida por el contrato que no es más que la satisfacción del interés colectivo y no facultar a quien las tiene para sancionar al contratista, éstas con mayor razón desde mi punto de vista han de ser incluidas en el contrato de interventoría, por lo que es necesario que la ley habilite a la administración para ello para no incurrir en abusos de poder y en excesos de competencia, por cuanto, su inclusión en este contrato se justifica por ser el medio de que dispone la administración para asegurar el cumplimiento del objeto contractual, puesto que el interventor es quien ejerce el control y la vigilancia de la ejecución del contrato; de allí que, conceptos como Estado Competitivo, desmonopolizado y desregularizado, potestades exorbitantes y contrato de

---

<sup>116</sup> Verlos en [www.contratos.gov.co](http://www.contratos.gov.co).

interventoría armonizan entre sí en la finalidad social y de interés colectivo que promulga la Constitución Política de 1991.

Por lo que esta apreciación a mi sentir no busca retroceder en el tiempo volviendo al modelo de Estado monopólico donde la administración ejercía el poder de imperio, por cuanto, lo que se busca con ella, es precisamente analizar el tipo de contrato estatal que no está contemplado en el artículo 14 de la ley 80 y si teleológicamente concuerda con el modelo de Estado y con los cometidos constitucionales previstos en la Carta Política de manera que armonicen entre sí, máxime cuando la Corte Constitucional señala<sup>117</sup> que el fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas.

### **1.2.5 Funciones de la Interventoría**

La doctrina ante el vacío legal previo a la Ley 1474 de 2011 ha intentado no sólo señalar la definición, sino sus funciones. De ese modo Lamprea (2007, p. 174), formula que el deber legal de vigilancia de la entidad pública es determinar cómo cumple el contratista el objeto contractual en los términos en los que se estipuló. También observar la sujeción de las condiciones previstas en el pliego de condiciones, la oportunidad de la ejecución y entregas parciales, según el programa de trabajo (p. 174). Jiménez advierte que es integral, comprendiendo lo técnico, financiero y administrativo. Resaltando del primero, “verificar que el objeto y los recursos y procesos técnicos que conducen a su obtención se realicen de acuerdo

---

<sup>117</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-713 de 7 de octubre de 2009, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, Expediente D-7663.

a los términos establecidos en el contrato” (Jiménez, 2007, pp. 92-93). Urdaneta, precisa que la interventoría técnica tiene las funciones de:

Vigilancia del contrato de construcción, controlar los materiales y sistemas de construcción, colaborar en la solución de todo tipo de problemas que afecte el desarrollo de las obras, controlar el personal que se contrate, proponer cambios de especificaciones, controlar el programa de trabajo aprobado, medir la cantidad de obra, revisar, aprobar y rechazar las actas de trabajo (Urdaneta, 1998, pp. 115-116).

El arquitecto Sánchez Henao (2010), en su texto interventoría de proyectos hace un análisis de las funciones técnicas del interventor, señalando las siguientes:

Tener un conocimiento completo y detallado del proyecto; de su pliego de condiciones, de sus especificaciones, y del cronograma de ejecución de la obra.

Realizar visita previa al sitio de la obra con quienes realizaron los presupuestos y los diseños y, si fuera posible, con el director de la obra, con el objeto de conocer las características del sitio, la ubicación, las vecindades, los accesos, las áreas de trabajo y de almacenamiento, y todas las condiciones de la obra, los servicios domiciliarios y aspectos de ocupación.

Evaluar el funcionamiento, la calidad, la cantidad y el estado del equipo de la obra, verificar su disponibilidad y exigir el cambio en caso de que sea necesario.

Vigilar el cumplimiento de los cronogramas de ejecución de obra y en general del plazo del proyecto.

Exigir y recibir de la empresa, para efectos de revisión y control, una programación gráfica de los trabajos y un flujo mensual de fondos.

Someter previamente a consideración del promotor o empresa constructora las modificaciones a los diseños y especificaciones.

Participar en el inicio de la obra y en forma activa en el control de la ejecución.

Ordenar la suspensión de los trabajos que se estén llevando a cabo en forma incorrecta, hasta tanto se cumplan las especificaciones precisadas.

Inspeccionar los trabajos verificando el cumplimiento de las normas técnicas y las especificaciones exigidas.

Ejercer un permanente control sobre la calidad de los materiales y elementos, vigilando su utilización y almacenamiento, y rechazando en forma oportuna aquellos que no cumplan las normas o las especificaciones.

Verificar el avance de la obra, tanto desde el punto de vista de las metas, como de la inversión acumulada, para que se ajusten a los programas de ejecución.

Efectuar, dentro del transcurso de la ejecución de la obra, mediciones periódicas de actividades ejecutadas, las cuales debe hacer constar en la bitácora o libro de obra, discriminando fechas, especificaciones, ubicación, unidad y cantidad de medida.

Exigir a la empresa constructora o contratista, para la ejecución de la obra, materiales, mano de obra y elementos de primera calidad que estén conforme a las normas y especificaciones establecidas en los planos, cantidades de obra y pliegos de condiciones de la licitación o invitación, si es del caso, y que hayan servido de base para la adjudicación del contrato.

Ordenar todos los análisis y pruebas de laboratorio que sean requeridos para establecer exactamente las condiciones técnicas de las actividades realizadas y con base en los resultados de los mismos, proceder a su aprobación si son satisfactorios y llenan todos los requisitos exigidos.

Exigir la aplicación estricta de todas las normas técnicas y reglamentaciones establecidas en el Código Colombiano de Construcciones sísmo resistentes y en los manuales de construcción de las empresas prestadoras de servicios públicos, en las resoluciones del Ministerio de Obras o su equivalente, y las demás convertidas en normas por las entidades competentes.

Exigir el total cumplimiento de todas y cada una de las especificaciones de construcción para todas las actividades de la obra así como las que aparezcan en los planos constructivos.

Exigir buena calidad de obra para todas y cada una de las actividades de la construcción, considerando que obra la Gerencia del proyecto, modificarla cuando por razones técnicas, o dada la naturaleza de la obra, esto se hace necesario. Cualquier modificación que sea realizada debe acompañarse de la respectiva reprogramación de la obra y el flujo de fondos correspondiente a ésta.

Concertar las acciones necesarias para la recuperación de los atrasos cuando los haya, o para garantizar debidamente la marcha de los trabajos, si se encuentran objeciones a la forma como se estén realizando.

Realizar reuniones periódicas con la administración de la obra para evaluar el desarrollo de la misma, y adelantar así el estudio y solución de los problemas que puedan afectar la marcha.

Vigilar y comprobar que la inversión de los diferentes anticipos a los subcontratistas y demás personal se ajusten al plan de inversiones del proyecto.

Organizar el archivo propio de la interventoría, esencialmente en lo relativo a memorias de diseños, de cálculos, carteras de topografía, actas, etc.

Exigir a la empresa la presencia en el sitio de la obra del residente de la misma, o en su defecto del director, así como de todo el personal administrativo y operativo necesario.

Así mismo, analizar las aptitudes, idoneidad y ética del personal al servicio de la empresa y, si es del caso, exigir su cambio o remoción cuando a juicio de la interventoría perjudique el normal desarrollo de la obra.

Concertar con la dirección de la obra las instrucciones sobre trabajos topográficos, sistemas de construcción, prioridades de las operaciones y demás observaciones que se juzguen pertinentes.

Elaborar los informes específicos que le sean solicitados (pp. 90-91).

Sintetizando las perspectivas dadas por los autores es preciso decir que todas las exigencias de carácter técnico tienden a la consolidación de la obra como un fin efectivo, que mediante la interventoría garantiza, por un lado la eficacia, por el otro la validez y en último término la justicia que está inscrita en el orden de los intereses sociales de la comunidad.

#### 1.2.5.1 *Funciones que señala el Consejo de Estado*

##### *Inspección vigilancia*

Para el Consejo de Estado (Sentencia del 28 de febrero de 2013), la existencia de la interventoría en los contratos estatales obedece al deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el cual se consagran los medios que las entidades pueden utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación. Atendiendo la evolución normativa desde el decreto 222 de 1983 hasta la Ley 1474 de 2011, “el interventor adelanta, básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual”.

### *Realizar funciones no descritas en el contrato -Coligación Negocial-*

Sobre la posibilidad de realizar actos que normativamente no estén definidos o asignados al interventor de manera directa, o no previstos en el contrato, la Corporación (Cfr. Sentencia del 28 de febrero de 2013, Consejo de Estado), advierte que es factible que se configure la *coligación negocial*, con lo cual es posible que sin ser parte en un acuerdo, de este se deriven obligaciones, concretamente en sentencia de 2013 señaló:

Estas obligaciones se atribuyen al interventor aun cuando consten en un contrato del cual no es parte, pues la doctrina (Giuffre, 1998, pp. 454) en casos como el presente, bajo la denominación de coligación negocial ha explicado la interdependencia que entre dos contratos se establece, la cual puede ser voluntaria, cuando específicamente se ha hecho depender un contrato del otro por la común intención expresa de las partes, o funcional, cuando resulta de la unidad de la función perseguida, es decir, cuando las diferentes relaciones contractuales tienden a realizar un fin práctico único, de acuerdo con el significado objetivo de la operación social y económica. Los efectos que la coligación origina no obedecen a prescripciones legales específicas de los tipos contractuales, sino a la interpretación de la común intención de contratantes y de la función práctica del negocio. La interdependencia de las relaciones es, como su nombre lo indica, recíproca, en el sentido que la suerte de cada contrato está condicionada a la del otro; no obstante, existen supuestos de coligación en los cuales sólo la suerte de un contrato depende de la del otro o solo algunos aspectos específicos de un contrato dependen de los del otro, mientras que el otro contrato u otros aspectos de ese contrato permanecen por fuera de tal dependencia.

Ahora bien la posibilidad que se deriven funciones del contrato vigilado para el interventor, no implica que esté facultado para que modifique el contrato, aun cuando a través de éste, la entidad lleve a cabo la vigilancia y control<sup>118</sup>. Por lo que resulta claro que la función del interventor es de intermediación, entre la entidad

---

<sup>118</sup>El Consejo de Estado (Sentencia del 28 de febrero de 2013) al estudiar el caso en el que un interventor acordó la modificación con el contratista de los términos del contrato de obra, señaló Los aspectos relativos a los precios, cantidades, especificaciones técnicas y el plazo son sustanciales al objeto del contrato de obra pública, por tanto cualquier cambio en estos elementos requiere modificación del contrato, que para el caso concreto debí a provenir del mutuo acuerdo entre el alcalde y el contratista o del ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral en cabeza del mandatario local, conforme a las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas en el contrato, no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones; quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, quien adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial (Consejo de Estado, Sentencia del 28 de febrero de 2013).

### *Recibir la obra*

Las partes en el contrato de obra son: La entidad contratante y el contratista. La primera debe verificar que lo realizado por el segundo, corresponda efectivamente a lo contratado. Tal labor, puede ser delegada en alguno de los funcionarios que el representante legal considere para tal fin, no obstante, el Consejo de Estado (Sentencia del 11 de septiembre de 2003) señala que si esta facultad fue entregada al interventor en el contrato suscrito, con el objeto de adelantar la vigilancia y control, estaría habilitado para recibirla sin presentar inconveniente alguno, siendo diferentes la labor de vigilancia de la de recibir, cuando existe acuerdo en tal sentido<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> En Sentencia del 11 de septiembre del 2003, al estudiar un caso en el que el interventor recibió la obra, la Corporación señaló: “Lo anterior es concordante con la cláusula décima octava, en la que se autorizaba al interventor a recibir la obra, mediante acta en la cual se haría constar que la obra contaba con las especificaciones del contrato, como también se evidencia en las actas de recibo de los tres contratos controvertidos. La autorización para que el interventor pudiera recibir la obra, es independiente de la cláusula vigésima quinta, en la que se determinan las funciones de la interventoría; es decir, se trataba de una facultad expresa, diferente de las generales determinadas en ésta última. Es claro que una vez recibidas a satisfacción las obras se podía efectuar el pago de los contratos; así lo entendió la administración municipal, dado que en todos los contratos se expidió la respectiva orden de pago, después de suscrita el acta de entrega por el interventor municipal y el contratista. La refrendación de las actas por el secretario de obras públicas del municipio, prevista en la cláusula décima quinta del contrato, debe entenderse como el momento en que el municipio toma posesión de la obra que le ha sido entregada mediante el acta de recibo, suscrita por el interventor y el contratista, situación respecto de la cual no se previó ninguna consecuencia para efectos del pago, ni en la misma cláusula ni en otras de los mentados contratos”.

### *Solicitar Informes e Impartir órdenes*

Señala el Consejo de Estado (Sentencia del 28 de febrero de 2013) que para la buena marcha el interventor podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuar, a nombre de la administración, las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras estén siendo ejecutadas, además, efectuará las revisiones periódicas indispensables con el fin de visualizar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados, cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas,

Podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal (Consejo de Estado, Sentencia del 28 de febrero de 2013).

Ahora, en torno a los informes se presentan dos situaciones: 1. Cuando el interventor informa a la entidad contratante y 2. cuando el interventor solicita al contratista. En cuanto a la primera no es válido que el interventor recopile información y realice informes sin que se encuentre presente el contratista, pues limita la posibilidad de hacer los descargos respectivos<sup>120</sup>. El segundo, se concreta

---

<sup>120</sup> En Sentencia del 9 de mayo de 1996, la Sección Tercera del Consejo de Estado, señaló: Pues bien, para la sala desde el punto de vista probatorio, los aludidos informes no tienen la suficiente fuerza de convicción para con base en ellos concluir que la mayor permanencia de SAE en la obra obedeció a su propia culpa. No puede pasarse por alto que toda esa información fue recaudada por auxiliares de campo de la Interventoría, sin intervención de SAE, para efectos de que esa Interventoría pudiera verificar las cuentas que para su cancelación aquella firma presentaba. De igual manera que sobre los puntos anotados en cada uno de esos informes, SAE no tuvo oportunidad alguna de controvertirlos, no sólo por la cantidad de los mismos, sino por la finalidad precisa que se tenía en su elaboración, que no era propiamente la de constituir la prueba de los hechos y situaciones ahora debatidos, como en este proceso lo pretende la demandada, sino que, como ya se anotó, sólo se buscaba facilitar la verificación de las cuentas presentadas por SAE.

a las recomendaciones y a la información sobre los procedimientos realizados en la ejecución de la obra.

Las órdenes del interventor, además de estar consignadas por escrito, están facultadas para avalar obras que no habían sido autorizadas por la entidad y sobre las cuales no es posible el pago al contratista-constructor (Consejo de Estado Sentencia 6 de abril de 2011).

#### 1.2.5.2 *Funciones del Interventor según la Procuraduría General de la Nación*

La Procuraduría a través de las delegadas: 1. Sala Disciplinaria, 2. Moralidad Pública y 3. Delegada en contratación, ha realizado diferentes pronunciamientos respecto de las funciones del interventor, que se han agrupado, para determinar las funciones que a juicio del ente control desarrolla la interventoría.

##### *Solicitar Información e Impartir Órdenes*

El interventor como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas. Podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato, adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él. Es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal (Procuraduría Primera Delegada, Sala Disciplinaria, decisión del 26 de abril de 2012, María Eugenia Carreño Gómez).

### *Realizar Verificación Contractual*

Señala la delegada que el Estado acude a la colaboración de particulares para la obtención de sus fines y puede hacerlo a través de la contratación estatal; por tal razón es de suma importancia la vigilancia y control sobre la actividad contratada, de allí la relevancia que adquieren figuras como la interventoría, pues hace parte de las herramientas con que cuenta la administración para asegurar la adecuada ejecución de la labor contratada.

Al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado, debe constatar y supervisar la observancia de las obligaciones contraídas por las partes intervinientes, por tanto, la labor del interventor reviste la mayor importancia en la medida en que de su desempeño necesariamente depende que el Estado logre los fines que se propone y para los cuales acude a la colaboración de los particulares. La función de interventoría reviste tal entidad que incluso la Ley disciplinaria se dirige en contra de particulares contratistas que la desarrollen, pues este control lleva implícito el ejercicio de la función pública (Procuraduría, decisión del 18 de agosto de 2005, José Joaquín Urbano Martínez).

### *Control Fiscalización y Evaluación*

Dada la importancia de la satisfacción del interés general con la contratación estatal, la ejecución de los contratos que celebren las entidades estatales debe vigilarse cuidadosamente, como si se tratara de la gestión de negocios ajenos. Ello se debe, además, al hecho de que los recursos con que se financian la ejecución de dichos contratos son recursos públicos. Por esta razón, la vigilancia de la ejecución de los contratos estatales se entrega a un interventor que es la persona que tiene a su cargo, el control, la fiscalización y la evaluación de acciones de tipo administrativo, encaminadas a optimizar la prestación de un servicio de beneficio común, ejecutadas, a criterio de la administración.

El interventor ejerce la vigilancia de la ejecución contractual, para que ésta ocurra en los términos estipulados por las partes. Adicionalmente en el cumplimiento de esa labor, debe presentar informes de su gestión con el fin de que se presenten irregularidades, las dependencias competentes de la respectiva entidad tomen las medidas pertinentes para exigir el debido cumplimiento de las obligaciones del contratista (Cfr. Decisión del 31 de octubre de 2007, Procuraduría Primera Delegada Contratación Estatal).

### *El Interventor como Representante de la Entidad*

Al respecto la delegada Nora Cecilia Gómez Molina, en decisión del 31 de octubre de 2007 (Procuraduría primera-contratación Estatal), señaló que la ejecución de la tarea de interventoría supone, en términos generales, el control, la fiscalización y la evaluación de acciones de tipo administrativo encaminadas a optimizar la prestación de un servicio de beneficio común, ejecutadas, a criterio de la administración, por un tercero no comprometido en el ordenamiento o ejecución de la acción, con el fin de garantizar el aseguramiento integral de la calidad.

El interventor es un delegado de la entidad contratante, *que concilia intereses entre las partes del contrato*, con el fin de lograr el objetivo buscado de la manera más eficaz y eficiente. La labor del interventor debe desarrollarse teniendo en cuenta que, como representante de la entidad estatal, su función está encaminada a salvaguardar los derechos de la comunidad, entidad contratante y usuarios finales del trabajo contratado.

El interventor debe tener pleno conocimiento tanto de las estrategias como del tema objeto del contrato en cuestión. Entre las estrategias que deben aplicarse para la correcta interventoría de un contrato, se encuentran el control de la actividad del contratista y la orientación de la ejecución del trabajo. En ambas debe darse una vigilancia permanente sobre la forma en la que se ejecuta el objeto contractual y los recursos destinados al mismo, así como su adecuación a los parámetros fijados en

el respectivo contrato. La labor del interventor no debe ser pasiva, de simple confrontación del proyecto existente, ni de simple confrontación de resultados, sino que es una labor, también y especialmente, de carácter preventivo que exige la implementación de una serie de políticas estratégicas, tales como: Efectuar un completo análisis previo del proyecto para poder, así, realizar una revisión del mismo en el momento de la confrontación con la realidad.

### 1.2.5.3 Funciones según la Contraloría General de la República

#### *Funciones Públicas*

Señala el ente de control (Proyecto de Contratación Pública, Programa de Renovación de la Administración Pública, Departamento Nacional de Planeación, Concepto del 16 de septiembre de 2011) que del objeto del contrato de interventoría y conforme a la Sentencia C-037 de 2003, el ejercicio de las potestades del interventor implica el ejercicio de funciones públicas, tal como se desprende de la ley 1474 de 2011 (Cfr. los artículos 44, 82, 83, 84 y 85, en concordancia con el artículo 56 de la ley 80 de 1993), que da claras herramientas para procurar el objeto contractual respectivo, en los términos previstos en el contrato de interventoría celebrado con la administración.

#### *Función de Control*

Para la Contraloría el interventor, antes que funciones y tareas, debe cumplir con una misión, satisfacer unos objetivos y asumir unas responsabilidades, razón por la cual se apodera de compromisos específicos con el proyecto para lo cual debe desarrollar algunas actividades, aportando recursos, principalmente humanos, para el cumplimiento eficaz de su misión. La interventoría, sea cual sea su alcance, es una labor de consultoría. Así es posible considerar como el interventor es considerado un agente social, que amparado bajo el derecho, tiende a exponer su actividad al servicio de los fines sociales.

Además con definición de lo que es la Interventoría, que nace en el Artículo 32 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, su función consiste en controlar que el contratista durante la ejecución de su contrato se ciña a los plazos y términos, y demás condiciones contractuales, garantizando la eficiente y oportuna inversión de los recursos establecidos contractualmente. Colaborando con el contratista en la correcta ejecución de los trabajos con orden y eficiencia, resolviendo con prontitud los requerimientos técnicos del contratista, previniendo con su experiencia y análisis, los posibles inconvenientes técnicos y financieros en el desarrollo del contrato, verificando y supervisando las actividades del contratista encaminadas a cumplir las especificaciones técnicas, actividades administrativas, requerimientos socio-ambientales, legales y presupuestales, establecidos en los Pliegos de Condiciones y en los contratos o Convenios que se celebren, teniendo como referencia los principios establecidos en la Ley 80 de 1993.

#### 1.2.5.4. *Funciones previstas en la normativa contractual*

Como ya se expuso, las funciones del interventor no estaban consignadas de manera taxativa en las normas contractuales (Salvo la prevista en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en torno a la facultad de impartir órdenes, siempre que se hagan por escrito). De allí que la doctrina, el Consejo de Estado y los organismos de control, fueran definiéndolas. Con la Ley 1474 de 2011, los conceptos de *vigilancia y control* son desplazados por el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista, estando facultados para: 1. Solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual. 2. Exigir la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias. 3. Certificar a satisfacción la obra ejecutada a cabalidad. 4. Informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se

presente el incumplimiento. 5. Informar a la entidad contratante el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato (art. 84 y ss).

## CAPITULO 2. RESPONSABILIDAD DEL INTERVENTOR

Como se ha tratado de indicar en el transcurso anterior, el ejercicio investigativo pretende comprender la tríada: *Estado, sociedad, intereses privados*, en el marco de la contratación pública. Para cumplir con este objetivo es necesario, y a su vez pertinente, establecer algunos de los lineamientos de cómo existe una conjunción entre el aparato estatal y el *sujeto privado* en algunos mecanismos que tienen como teleología la consecución de bienestar para la sociedad. En el caso específico, se pretende evidenciar cómo se elabora un espacio nexos en el que la figura de un *sujeto privado* adquiere ciertas responsabilidades frente a la consecución y al correcto funcionamiento de unas labores que benefician el ámbito de lo público. El repaso que se propone pretende entender de qué manera la figura de la interventoría aparece como una figura, legalmente constituida, que vela por la consecución de unos fines que están sobre la base del interés público de la sociedad.

La responsabilidad del interventor no es exclusiva de la normativa contractual de hoy. Esta figura ya aparece legitimada por el Decreto 156 de 1976, donde se precisa que frente a la calidad de interventor éste deberá responder penal y civilmente<sup>121</sup>, posteriormente fue prevista en el Decreto 222 de 1983, finalmente, en el nuevo marco constitucional (evidenciando la articulación *sujeto de derecho privado-fines sociales*); con la Ley 80 de 1993 se extendió dicha responsabilidad a los consultores y asesores, mediante el artículo 53 en el que se señalan las responsabilidades de estas figuras de vigilancia y control. La amplificación en la responsabilidad de estos mecanismos, que va más allá de la derivada estrictamente del contrato estatal, se debe, sin duda, al establecimiento de esta labor como una *función pública*, por función pública la doctrina, suele entender:

---

<sup>121</sup>El artículo 99, señalaba: “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 ejecutor de la obra”.

[...] el ejercicio que de la actividad del Estado hacen las personas, y así, se predica de quienes actúan a nombre del Estado que ejercen funciones públicas. Por extensión el término ha llegado a significar el régimen aplicable al personal que labora para la administración pública, es decir a la relación laboral que existe entre la administración y sus servidores (García Herreros citado en: Fonseca Ramos, 2000, p. 25).

Así el interventor es el encargado del control del contrato estatal. En este capítulo se estudiarán ciertos puntos en la evolución normativa de la figura del interventor, vista en la clave del nexo entre el *espacio*, en el que se conjunta la labor estatal, y la actuación de un *sujeto privado*; para ello será necesario revisar los pronunciamientos realizados por las altas cortes y los órganos de control, donde se hace explícito el trabajo de construcción de esta conjunción, en el que se agrega la infranqueable cuestión del interventor como garante de los intereses públicos licitados en el contrato de obra estatal. Además se realizará un acercamiento a la cuestión de la norma y su eficacia en términos de validez y justicia, desde el ámbito de las responsabilidades, penales, fiscales y civiles que son agregadas al interventor, estas analizadas a la luz del el eje sociedad ( $\gamma$ ). Esto quiere decir que se hará un breve paneo de cómo las responsabilidades que adquiere la figura del interventor, evalúan su proceder desde los intereses de la sociedad, aun cuando este sujeto sea amparado por el Derecho Privado.

En el momento en que la producción del sentido alcanza un punto, en el que se establece de manera generalizada -ya sea por el discurso, por la fuerza, u otros motivos-, se estructura un orden simbólico con valores que tienden a ser fijos (valores que se representan en este caso específico en la creación normativa). El movimiento de representaciones (normas), se concentra en puntos estáticos consagrando normas sociales que conservan un sentido delimitado, generalizado, e institucionalizado. Dicha institucionalización se logra, a través de la codificación de estas normas sociales en un sistema, el cual se ve reflejado en un ordenamiento jurídico, en tanto éste representa un sistema de organización de la vida social.

Estas disertaciones permiten acercar el estudio a interrogantes generados frente a estructuras (en cuanto finalidad, aplicabilidad y axiología social propuesta) como el derecho de carácter sancionatorio en Colombia, así, ¿Cuál es el propósito de éste?; ¿Cuál su finalidad?; ¿Bajo qué presupuestos axiológicos está construido?. Durante mucho tiempo, se ha intentado realizar una suerte de modelo jurídico que obedezca a un ideal ideológico determinado, para que así dé respuesta a una serie de cuestionamientos y problemáticas, generados en torno a la existencia y “necesidad” del Derecho en una sociedad.

Se han construido distintas plataformas teóricas, que pretenden dar una descripción objetiva de su funcionamiento, bajo los presupuestos de determinada “realidad” en una sociedad. Es un intento por describir lo que por sí mismo, no permite una teorización objetiva, a menos que se acepte que dicha teoría, en tanto pretende serlo, está sujeta a la falsación, es decir, se encuentra susceptible de ser refutada por los hechos sociales. Por tanto, dichos modelos, no constituyen un valor absoluto, y en consecuencia se encuentran sujetos a un estado provisional, en la medida en que surja una nueva teoría que revalúe los presupuestos anteriores (Grosso, 2007).

En Colombia, la intencionalidad de intervención pública frente de las necesidades sociales se encuentra ante dilemas en el campo de la aplicación normativa. Por ser la interventoría una figura jurídica que se ampara en la supervisión e intervención en actos complejos de alto nivel técnico, no está exenta de ser inaplicable o de quedarse "corta" ante las dinámicas complejas que requiere el adelanto de una obra tendiente a cumplir los fines del Estado, por ello resulta vital comprender como de modo extensivo esta figura consagra ciertas responsabilidades en varios ordenes disciplinares del derecho.

## 2.1 La responsabilidad en la Ley 80 de 1993

En esta ley el legislador destinó un aparte exclusivo para la responsabilidad contractual<sup>122</sup>, en el que concretó cuál era la responsabilidad tanto de las entidades estatales y de los servidores públicos, como la de los contratistas, los consultores, interventores y asesores externos. En cuanto a estas últimas figuras el artículo 52 del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, señala:

Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7º de esta ley.

A su turno, el artículo 53 advierte:

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.

Sin embargo, lo más novedoso en cuanto a la responsabilidad penal, es la prescripción hecha en el artículo 56, donde se advierte que:

[...] para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que

---

<sup>122</sup>En la exposición de motivos del proyecto que luego se convirtió en la Ley 80 de 1993, se justificó la responsabilidad de los particulares contratistas, así como la de los consultores, interventores y asesores, advirtiendo que “deberán responder civil y penalmente por las conductas dolosas o culposas en que incurran en su actuar contractual, tales como el participar en un proceso de selección a pesar de tener conocimiento de la inexistencia de autorizaciones para su ejecución, cuando suscriban el contrato no obstante conocer las circunstancias de inhabilidad o de incompatibilidad en que se hallan incursos; cuando no adopten las medidas o decisiones necesarias para iniciar el contrato en la época prevista o pactada; por obstaculizar las labores o actividades de vigilancia del contrato, así como cuando entregue bienes o presten servicios de calidad o especificaciones diferentes, o cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, entre otros casos” (Cárdenas, 1994, pp. 241-242).

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.

Es claro cómo la responsabilidad de la función pública está delimitada por la ley y de qué manera un *sujeto privado* adquiere ciertas responsabilidades que son debidamente penalizadas cuando sus acciones son contrarias o por actuar más allá de la ley, es así, que la normativa estructura las responsabilidades que el interventor debe cumplir al adquirir funciones que están atravesadas por los intereses de la sociedad.

Pese a estas novedades de la Ley en las que se demarca, de manera efectiva, cómo un *sujeto privado* puede ejercer funciones públicas de vigilancia, ésta fue objeto de demanda ante la Corte Constitucional, en la que se pone a consideración los artículos 52, 53 y 56. Además, se cuestionó la Constitucionalidad de los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 190 de 1995, quienes modificaron las disposiciones del Código Penal relacionadas con el delito de peculado.

Sin embargo, para el demandante los artículos referidos, quebrantan los artículos 6, 123 y 124 de la Constitución, en tanto que tales disposiciones le asignan al contratista, interventor, consultor y asesor, la condición de servidores públicos y correlativamente les exigen responsabilidad civil y penal. El problema de esta conjunción radica en que, a juicio del demandante, estas figuras no cumplen una función pública al celebrar contratos con el Estado, sino una función social. En esa medida sólo contraen obligaciones para ejecutar de forma idónea y oportuna el objeto contratado, por tal razón sus actividades se desarrollan de forma independiente, sin que se consolide una relación laboral con la entidad estatal contratante. Además el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, quien modifica el artículo 63 del Código Penal, es considerado redundante en la medida que muchas de las figuras de control son consagradas como servidores públicos, sin embargo, queda indeterminado saber si en realidad cumplen esta función debido a su ambigüedad. Para ello, el demandante afirmó:

[...] el precepto en cuestión viola la Constitución al incluir como servidores públicos a los particulares que ejercen funciones públicas, en forma permanente o transitoria, cuando el inciso final del artículo 123 no les da este carácter, porque los particulares que desempeñan funciones públicas tendrán un régimen especial con una reglamentación que guiará su ejercicio, y que a la fecha el gobierno no ha expedido esa ley.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-593 de 1998, desestimó las pretensiones de la demanda y declaró la exequibilidad de los artículos 52, 53 y 56 de la Ley 80, al igual que la de los artículos 18, 19 y 20 de la Ley 190 de 1995 que en su orden, reformaron los artículos 63, 133 y 138 del Código Penal, al considerar que los particulares:

Pueden ejercer funciones públicas, en forma temporal o permanente, como se deduce de los artículos 123, inciso tercero y 210, inciso segundo. No resulta exótico, por lo tanto, que el legislador califique de servidores públicos a los particulares que desarrollan funciones públicas, aun cuando no por ello se les deba encajar necesariamente dentro de las mencionadas especies constitucionales es decir, miembro de corporación pública, empleado o trabajador oficial, porque el legislador puede establecer diferentes categorías de servidores públicos.

Lo que coloca al particular en la situación de servidor público, “no es concretamente el vínculo que surge de la relación, importante o no, con el Estado, sino de la naturaleza de la función que se le atribuye por ministerio de la ley, la cual fija la índole y alcance de la relación jurídica (C-538, 1998).

La anterior sentencia a su vez se apoyó en el argumento expuesto en Sentencia C-286 de 1996, para advertir que:

Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. Sin embargo, en este evento su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son ajenas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza.

Precisó que contrario a lo afirmado por el demandante, es claro que a dichos sujetos no se les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares. Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores

del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos.

En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público.

Indicó que en materia penal “toda persona, sin importar si es servidor público o particular debe responder por infringir la Constitución o la ley (artículo 6º CN). La competencia para establecer el grado de responsabilidad que se deriva de la conducta desplegada por los particulares o los funcionarios públicos, corresponde al legislador y mientras ésta no sea desproporcionada o exagerada en relación con el interés que se pretende proteger, válido a la luz de la Constitución, no puede existir reproche alguno de constitucionalidad.

En los dos anteriores pronunciamientos de la Corte es evidente el modo en el que se confirma la decisión de crear un espacio intermedio, entre la función pública y el sujeto privado, en el que éste no pierda su status de agente externo. Pero a su vez, no sea eximido de la responsabilidad, en tanto que genera un impacto en el marco social. Basta ver que la discusión se amplifica al tratar de comprender si quien cumple funciones contractuales con entidades estatales desempeña una función pública (correspondencia con los fines sociales-estatales) o una función social (correspondencia con fines estatales-*sujetos de derecho privado*), en esa medida, el debate comprende los tres elementos que son puestos en cuestión en el marco metodológico. Entonces es preciso señalar que el demandante, en este caso, intenta apelar a la radical distinción entre *sujeto privado* que cumple funciones para el Estado, mientras que el Estado, en tanto garante de su acción administrativa comprende que esta actividad merece de un tratamiento penal especial en el que el *sujeto privado* pueda ser considerado un sujeto que trabaja para el Estado puesto que su actividad pertenece a ese orden y cruza, de los intereses privados a los públicos mediante el ejercicio de su acción. No obstante, es necesario aclarar que en lo precisado por la Corte, no se adelantó ningún examen en lo referente a la

responsabilidad civil que le atañe al interventor, dejando en evidencia que este traslado de intereses, entre una y otra figura, merece de un tratamiento mucho más complejo y completo.

## **2.2 Configuración de la responsabilidad Penal**

Bajo la propuesta elaborada por el jurista alemán Günther Jakobs se plantea una estructura sistemática frente al contenido del Derecho Penal (que con ciertas reservas puede ser ampliada al sistema jurídico *in extenso*). La labor forjada por él, se deriva a partir de la construcción de ciertas proposiciones que exponen de manera particular y precisa la comprensión de los fundamentos del derecho penal. Existe en Jakobs una clara influencia de la teoría sociológica de Niklas Luhmann, a partir de la cual describe exponiendo la sociedad y el movimiento de ésta desde estructuras de comunicación sistémicas. Las estructuras de comunicación, son vistas como las unidades constituyentes y reproductoras de un sistema social. Jakobs, entiende la sociedad bajo el movimiento, no como algo estático, sino como un sistema en el que convergen -a partir del dinamismo- cambios sociales. La “realidad” desde la que el derecho devela la información necesaria para su existencia y requerida para configurar los presupuestos de la imputación penal, es vista como un aglomerado de componentes inter-dependientes que se relacionan de manera funcional, que a su vez, hacen parte del movimiento del sistema social. En otras palabras, el derecho, como constructo social, se alimenta y es el medio a su vez de los elementos comunicativos de la sociedad. Elementos comunicativos entendidos aquí como la red social que reproduce determinadas tendencias ideológicas; dada su amplitud, este estudio se acerca a algunos, que para efectos de comprensión pueden ser homologados a *los aparatos ideológicos del Estado* postulados por el francés Louis Althusser (Cfr. 1971, pp. 26 ss).

Si bien el Estado, puede ser visto bajo un modelo y características determinadas, que se supone deben conservar una coherencia con las teorías planteadas frente a asuntos que comprendan el ejercicio estatal. También, puede afirmarse que el

Estado a lo mejor no es aquel ente que posee una esencia determinada, es más resultado de la producción de las relaciones funcionales del sistema, de sus desplazamientos. Habrá que observar los diferentes imperativos sociales sobre los cuales está sustentada la sociedad, lo cual permitirá una comprensión más cercana a las disposiciones normativas que se encuentran en el sistema social. Es decir, el analizar los imperativos ideológicos que postule mayoritariamente una sociedad tienden a materializarse en los modelos normativos (por ejemplo la función pública de intervención es transparente a la tendencia ideológica del Estado intervencionista y garante de los derechos de la sociedad). Así, para conseguir acercarse al funcionamiento de estos procesos en la sociedad occidental, se recurrirá al conjunto de representaciones que comprenden los principios básicos que rigen el orden social, político y económico. Estos principios están articulados con un andamiaje argumentativo que se vuelca sobre las libertades del sujeto. Cuestión que se asume en Colombia desde una perspectiva ideológica de corte democrático, donde el sujeto, en cuanto ser libre, no debe ser limitado en sus actividades, en tanto, no afecte a sus pares. Presupuesto teórico-ideológico, que hace las veces de técnica de justificación y articulación de la prácticas de control e intervención.

Siguiendo dicho hilo argumentativo se puede deducir que, tanto la función interventora y la función de la pena frente a quien vulnere los intereses del obrar estatal no están (más allá del discurso) necesariamente comprometidas a un modelo ideológico particular, cualquiera que sea el modelo político (sistema liberal, colectivo o totalitario) que puede articularse con estas funciones. De esta manera, tal como menciona Jakobs, la finalidad de la pena (y habría que agregar: La función interventora) algunas veces, es la confirmación del sistema (Cfr. Roxin, 2000, p. 68). Sí el sistema social funciona a través de unos componentes limitadores proporcionados por los principios de la democracia, la función de la acción y contratación estatal, además de la pena, debería ser acorde a estos preceptos, de lo contrario no habría correspondencia entre el derecho -como subsistema- y el sistema al cual está articulado: La sociedad. No obstante son los principios

democráticos los que se ajustan al funcionamiento social, no como se ha solido pensar, a saber, que el derecho es el fundamento del orden social.

La democracia en un sentido muy amplio es una manera de coexistencia social que se plantea a partir de ideas como libertad e igualdad. La libertad, es un concepto que desde ciertas corrientes mayoritarias, se representa dentro del marco jurídico como la posibilidad del hombre de obrar por sí mismo, esto conlleva el reconocimiento de otro concepto: La voluntad. El acto de obrar por sí mismo tiene unos límites -conforme a esta visión jurídica- dado por el orden social. Bajo estos cánones teóricos, la tarea de la intervención estatal en su obrar, contratar y sancionar, presupone que éstas se articulen de acuerdo a determinado “orden preexistente”. Sin embargo, hay que advertir que la sociedad democrática, teniendo como principio la libertad es parte de una fabricación del sistema, un segmento del proceso sistémico, un cumulo de funciones que tienden a conservar un modelo social determinado. En este orden de ideas, el derecho articulado al modelo democrático está configurado bajo una relación de carácter funcional con el sistema social. Aspecto que deja en evidencia un agenciamiento entre la norma y el sistema de comunicación (Grosso, 2007).

El derecho se desarrolla bajo sistemas de comunicación, puesto que el contacto social se desenvuelve a través de códigos de actos, gestos, signos, etc., los cuales tienen un significado y contienen un aparente sentido determinado, que permite la correspondencia con un código comunicativo. De esta manera la sociedad existe y funciona, se compone de comunicaciones (Cfr. García, 2006, p. 157). El objeto de protección en las diferentes normas se origina desde el sistema de comunicación. Es la comunicación la que posibilita la existencia de expectativas (García, 2006, p 158), que se traducen en el sentido frente a alguna acción, gesto, hecho, etc., ya que el sentido “generalizado” proporciona el establecimiento de símbolos sociales y conductas previsibles. Las normas, por tanto, no son imperativos de conducta, en el entendido de un “deber ser de las cosas”, sino una expresión simbólica que institucionaliza una forma de sentido que tiende a hacerse universal (Cfr. García,

2006, p. 163). Lo que implica que, los lineamientos de acción del sujeto de *derecho privado* o del Estado, se ven insertos en un sistema comunicativo que establece modelos o condiciones de posibilidad para que la sociedad se comporte según los valores de máxima respeto social.

De tal suerte que cuando el sujeto de derecho privado se ajusta a los mandatos sociales interviniendo en un proceso complejo de intervención pública debe atender a los elementos comunicativos de un Estado Social de Derecho, permitiendo la realización de los fines sociales. No obstante, si el accionar de dicho sujeto se desvía de las expectativas sociales puestas en él, el Estado tiene méritos y aparatos sancionatorios que recaen sobre el sujeto de derecho privado. La paradoja se pone en evidencia cuando se observa, que en parte, la naturaleza de la figura de la interventoría está incrusta en el sistema social como un re-afirmamiento y reacción frente a otro contrato: El contrato de obra.

Así, la norma aparece dentro de esta lógica como una estructura elemental dentro de los procesos de comunicación:

Con un contenido material y una función social específica: a. La *estructura*: La determinan las reglas del lenguaje, como expresión lógico-simbólica de *valor y sentido* b. *el contenido material*: Es la expectativa social que motiva su consagración y busca ser objeto de protección de la norma y se conforma a partir de los valores fundamentales de existencia y conservación de la sociedad y c. *la función*: determinada por la vigencia contra-fáctica de las expectativas contenidas en la norma<sup>123</sup>. (Grosso, 2007, p.130).

Así, la norma sancionatoria establece una consecuencia contra-fáctica que permite generar la reacción estatal para, en teoría, posibilitar la mejor eficacia del bien jurídicamente tutelado. De tal forma que, la responsabilidad del interventor debe ser clara en el sentido taxativo de la norma. Al comprender la poca claridad y precisión de la responsabilidad penal del interventor (elemento referente al sentido de la norma (a), enunciada por la Ley 80, es posible considerar la compleja ambigüedad

---

<sup>123</sup>Esta última (c) se establece para las normas de carácter sancionatorio.

en la que se pone en terreno la figura de un sujeto privado que, por la naturaleza de su función, cumple responsabilidades el marco público. Por ello, resulta vital para la discusión, estudiar los salvamentos de voto de los Magistrados Antonio Barrera Carbonell y Alejandro Martínez Caballero, expuestos en la Sentencia C-593 de 1998, donde se apartan de la decisión mayoritaria que declaró exequible el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, en cuanto consideran:

(1.) Que acorde con los principios que informan el derecho penal en cuanto a la descripción del tipo penal y el señalamiento de la pena, estimamos que no es posible trasladar en bloque y de modo general la responsabilidad penal de los servidores públicos a los contratistas de la administración; y (2.) donde advierten la necesidad de que el legislador “señale expresamente el régimen jurídico relativo a la responsabilidad penal de los contratistas y la manera de hacerla efectiva, porque racionalmente, no es posible asimilar la responsabilidad penal de éstos a la de los servidores públicos, pues ambas obedecen a criterios y circunstancias diferentes que se deducen de distintos textos de la Constitución, vgr., la situación de sujeción del servidor público, y la autonomía y libertad de que goza el contratista, la naturaleza de las actividades que cumplen unos y otros, los principios que las rigen, etc.

Así mismo, frente a la referida crítica la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (2007), advirtió:

[...] el ingrediente normativo de los tipos penales con sujeto activo calificado, cuando se trata del concepto de servidor público, se encuentra definido en la parte general de Código al considerar también como tales a los particulares que ejerzan funciones públicas de forma permanente o transitoria, por ello, para su interpretación deberá el operador judicial acudir a los artículos 123 de la Constitución Política y 20 del nuevo Código Penal (63 del anterior estatuto punitivo) cuyo alcance se complementa con el aludido artículo 56 de la ley de contratación estatal en aras de establecer cuándo y en qué eventos los particulares desempeñan una función pública para asemejar su responsabilidad a la de los servidores públicos.

El artículo 56 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, que en su orden modificaron el artículo 63 del anterior Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980), se refieren a la responsabilidad penal del particular (contratista, asesor o consultor) que cumple funciones públicas, esta asimilación genera las

consecuencias inherentes del reproche precisamente por la naturaleza de la función cumplida. Para la Corte Suprema,

[...] el contratista, el interventor, el consultor y el asesor que celebran contratos con las entidades estatales, solo adquieren la condición de servidores públicos por extensión; cuando con motivo del vínculo contractual asumen funciones públicas, es decir, cuando el contrato implica la transferencia de una función de esta naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede cuando se circunscribe a una labor simplemente material, casos en los cuales continúan teniendo la condición de particulares (Sentencia 27 de julio de 2006).

Tras la consideración de la Corte se hace explícita la constitución de un *sujeto privado* que presta sus servicios en calidad de extensiva, esto implica que sea necesario demarcar el tipo de función que cumple, para garantizar un efectivo tratamiento penal a la hora de observar un indebido proceder en la celebración del contrato. De este modo se contraponen el *sujeto privado* que goza de unos derechos y el *funcionario público*; el primero adquiere unas responsabilidades, pues su función debe velar por la efectividad de su trabajo en el orden de unos intereses que son superiores a sus intereses privados, así pues, la consideración de esta extensión se justifica en el ámbito de la efectividad de su proceder.

### 2.2.1. *El Interventor -Sujeto Calificado-*

En torno a la responsabilidad del interventor la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, advierte que es necesario que este sea un sujeto calificado, esto quiere decir, que cumpla de manera suficiente y efectiva aquellas responsabilidades que adquiere como agente de una labor que está inscrita en el marco de unos intereses públicos. De esta manera la cualidad del sujeto privado está implícitamente afectada por la eficacia de su proceder, la validación de su función se cumple en el marco de sus responsabilidades como actor extensivo de las funciones públicas. De ese modo, en Sentencia del 1 de abril de 2009, plantea una línea jurisprudencial alrededor de la responsabilidad penal en que incurrir los particulares que ejercen funciones públicas, entre los cuales se plantea el caso del interventor. Así las cosas,

el análisis efectuado por la Corte, en relación con la vigencia del artículo 56 de la ley 80 de 1993 (el cual no fue derogado por el artículo 20 del Código penal Ley 599 de 2000), señaló:

La norma en modo alguno puede comprender el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, pues éste trata de “la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal”, en el sentido de que para efectos penales se considera al contratista, interventor, consultor y asesor como particulares que cumplen funciones públicas, y que, por tanto, sujetos a las consecuencias penales de los servidores públicos.

Sin embargo de la vigencia del artículo 56 de la Ley 80 de 1993, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamientos posteriores, ha condicionado la asimilación de particulares contratistas a la categoría de servidores públicos, siempre que en virtud del objeto del contrato se les traslade una función que por su naturaleza sería exclusiva y excluyente del servidor público.

Como línea jurisprudencial, parte de la Sentencia del 10 de noviembre de 2004, (radicación 18.158) refiere:

[...] los particulares en los casos citados si bien no son evidentemente servidores públicos, dada la índole de la relación que en cada uno de sus distintos roles establece y consiguientemente la vinculación contractual que se genera con las diversas entidades estatales mediante el ejercicio de funciones públicas permanentes o transitorias, deben ser puestos en igualdad de trato y de exigencias en el marco de sus responsabilidades a aquellas predicables de los servidores públicos, sin que ello implique, desde luego, modificar la naturaleza que les es propia.

En efecto, la relación que establecen los contratistas con las entidades estatales -como las denomina la Ley 80- o el ejercicio de funciones públicas por los particulares a título de consultores, interventores o asesores, los sitúa en un orden jurídico distinto al de los demás sujetos no cualificados, como lo ha destacado en copiosas decisiones la Corte Constitucional, lo que justifica plenamente que les sea dado un trato igual al de los servidores públicos en materia de responsabilidad civil y penal.

Dicha equiparación comporta en el ámbito penal que se pueda estar incurso, entre otras conductas punibles, en cualquiera de las infracciones propias de la contratación administrativa, tales como la violación al régimen legal -y constitucional reza el texto actualmente vigente-, de inhabilidades e incompatibilidades, e interés indebido -que el anterior estatuto calificaba de “ilícito”- en la celebración de contratos y contratos sin cumplimiento de requisitos legales (artículos 408, 409 y 410 de la Ley 599 de 2.000, artículos 141,145 y 146 del Decreto 100 de 1.980, con sus modificaciones y adiciones).

De igual manera, en la Sentencia de mayo de 2007 (radicado 22683) tras profundizar la vigencia del artículo 56 de la Ley 80 de 1993, se explicaron las condiciones necesarias para la asimilación de los intervinientes en el contrato a la condición calificada de servidores públicos, al señalar:

Asunto basilar para el estudio de los reproches lo constituye la vigencia y aplicación del artículo 56 de la Ley 80 de 1993 que señala que los contratistas, consultores, interventores y asesores se consideran particulares que cumplen funciones públicas en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales y, por consiguiente, se encuentran sujetos a la responsabilidad penal predicable de los servidores públicos, lo anterior, frente a lo dispuesto en el artículo 474 de la Ley 599 de 2000 que derogó expresamente al precedente Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980) “y demás normas que lo modifican o complementan en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales.

[...] Así, el ingrediente normativo de los tipos penales con sujeto activo calificado, cuando se trata del concepto de servidor público, se encuentra definido en la parte general de Código al considerar también como tales a los particulares que ejerzan funciones públicas de forma permanente o transitoria, por ello, para su interpretación deberá el operador judicial acudir a los artículos 123 de la Constitución Política y 20 del nuevo Código Penal (63 del anterior estatuto punitivo) cuyo alcance se complementa con el aludido artículo 56 de la ley de contratación estatal en aras de establecer cuándo y en qué eventos los particulares desempeñan una función pública para asemejar su responsabilidad a la de los servidores públicos

[...] Se concluye así que el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, que en su orden modificaron el artículo 63 del anterior Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980), se refieren a la responsabilidad penal del particular (contratista, asesor o consultor) que cumple funciones públicas, asimilación que genera las consecuencias inherentes del reproche precisamente por la naturaleza de la función cumplida.

Por último, la sentencia del 13 de marzo de 2006 (Radicación 24833) señala que, en torno a las específicas circunstancias en que el contratista, el interventor, el consultor y asesor, adquieren la condición de sujeto activo calificado:

En efecto, tradicionalmente ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal que a partir de la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor en un proceso de contratación estatal, cumplen funciones públicas en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con entidades estatales, y les atribuyó la responsabilidad que en esa materia le señala la ley a los servidores públicos.

No obstante, también la jurisprudencia ha comenzado a decantar el punto, es decir, si los contratistas, como sujetos particulares, pierden su calidad de tal por razón de su vinculación jurídica contractual con la entidad estatal.

Frente a ello es indispensable destacar que para llegar a dicha conclusión, se hace necesario establecer, en cada evento, si las funciones que debe prestar el particular por razón del acuerdo o de la contratación, consiste en desarrollar funciones públicas o simplemente se limita a realizar un acto material en el cual no se involucra la función pública propia del Estado, pues esa situación define su calidad de servidor público a partir del momento que suscriba el convenio.

Por ello, si el objeto del contrato administrativo no tiene como finalidad transferir funciones públicas al contratista, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, con el fin de realizar materialmente los cometidos propios del contrato, necesario es concluir que la investidura de servidor público no cobija al particular.

En otras palabras, en este evento, se repite, el contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones. Contrario sería cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público.

Ello tiene su razón de ser jurídica, en la medida en que la función pública radica en cabeza del Estado. Sin embargo, como la Constitución y la ley prevén que es posible delegar dicha función, lógico es concluir que el particular, adquirente de la función pública, se convierta en servidor público.

En síntesis, cuando el particular, con motivo de la contratación pública, asume funciones públicas propias del Estado, se encuentra cobijado con la investidura de servidor público. Por el contrario, cuando dicho particular presta sus servicios para ejecutar obras de utilidad pública u objetos similares, no pierde esa calidad, en la medida en que su labor constituye una utilidad pública por razón del servicio contratado y no una función pública.

Sobre este puntual tema, la Jurisprudencia de la Sala ha dicho “el particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y, en virtud de ese convenio, de conformidad con los artículos 123, inciso 3°, y 210, inciso 2°, de la Carta Política, en armonía con el inciso 2° del artículo 20 del Código Penal de 2000, -63 del estatuto represor anterior- puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, siendo la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos

penales; ejemplo de tales eventualidades son las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos” (se subrayó).<sup>124</sup>

En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas adquiridas a través del vínculo contractual público, éste adquiere automáticamente la investidura de servidor público y, por lo mismo, asume las consecuencias que ella conlleva en los aspectos civiles, penales y disciplinarios. Por su parte, cuando la naturaleza del contrato no conlleva el transferimiento de una función pública al contratista, el mismo continúa manteniendo la calidad de particular.

En decisión del 29 de agosto de 2012, la Sala Penal acoge el análisis planteado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-563 de 1998<sup>125</sup>, agregando que es necesario recordar que en no pocas providencias esta Colegiatura se ha acogido el referido criterio, al punto de señalar que, si bien el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 asigna la calidad de servidor público para efectos penales al contratista, interventor, consultor y asesor en todo lo concerniente a la celebración de contratos, tal carácter se adquiere únicamente cuando en razón del contrato estatal, aquellos quienes por regla general fungen como particulares, de manera excepcional asumen funciones públicas, esto es,

[...] cuando el contrato les transfiere una función de tal naturaleza, no cuando, como ocurre en la mayoría de situaciones, se trata de una labor simplemente material, evento este, que no tendrá la calidad de servidor público, por cuanto la naturaleza de la función es la que permite determinar si puede por extensión

---

<sup>124</sup>Cfr.con, Sentencia del 13 de julio de 2005 de Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (radicación 19.695).

<sup>125</sup> En esta decisión la corte señala que “Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública. [...] Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc. [...]En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador”.

asimilarse a un servidor público para efectos penales, en concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos (Sentencia 27 de Abril 2005).

De ese modo, se torna posible considerar cómo el *sujeto privado* adquiere un estatuto de *funcionario público* en la medida que se le transfieran, por medio del contrato, acciones que expliciten en su proceder funciones que intervienen con el buen funcionamiento del Estado. Al adquirir la naturaleza o hacer las veces de funcionario público se hace un delegado que cumple ciertas especificaciones, en las que sus intereses son superados por sus responsabilidades. En el caso de la interventoría es claro comprender el modo en que ese *sujeto privado* sufre de una mutabilidad para responder ante las actividades que le son asignadas, mediante la idónea contratación que ha sido especificada por la Corte Constitucional, como se mencionó con anterioridad.

#### 2.2.2 Responsabilidad prevista por la Ley 1474 de 2011

En el espacio de una sociedad el estatuto normativo está dispuesto a ser modificado en virtud de su *eficacia*, es así que el sistema legislativo responde a sus propias contradicciones en el momento en que las considera inoportunas y poco efectivas, es bajo este tipo de contradicciones que se dan cambios que persiguen un actuar más justo, sobre este marco de referencia el artículo 82 del Estatuto Anticorrupción, modificó el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, al consignar:

Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría.

Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la

celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.

Pese a la intención del Estatuto Anticorrupción, la modificación referida al artículo 53 de la Ley 80 en nada muda lo ya definido por el legislador en materia penal; como quiera que la misma norma modificada, al igual que el artículo 52 y el 56, ya precisaban el alcance de la responsabilidad penal, en la forma definida por la Corte Constitucional y por la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia, sin que se produzca un efecto distinto al ya determinado desde 1993.

### 2.2.3 *Delitos por los que responde el Interventor*

Como ha sido establecido por la Ley 80 de 1993, el interventor debe responder penal, fiscal y civilmente por sus actos, tanto de omisión, como aquellos en los que se pueda acusar de culpabilidad ante un indebido proceso, para ello, es necesario detallar en qué momentos el interventor, en calidad extensiva de las funciones estatales, puede ser acusado y sancionado por su ilegítimo proceder. En tal sentido, la relatoría de la Sala de Penal de la Corte Suprema de Justicia, expuso los siguientes puntos:

#### 2.2.3.1. *Falsedad ideológica en documento público*

Señalan Francisco Bernate y Natalia A. Gil (2011) que los atributos en un documento son tres: la *autenticidad*, la *veracidad* y la *legitimidad*; precisando que la falsedad ideológica en documentos no basta con la simple mentira, sino que lo que constituirá delito de falsedad ideológica será aquella falta de correspondencia entre lo declarado y la realidad (p. 451).

El Código Penal en el artículo 286 señala que incurre en este delito el servidor público que en ejercicio de sus funciones cometa la siguiente acción: “Al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total

o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión [...] e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas”. Para los referidos autores, si bien el código no lo señala de manera expresa, para *estructurar su tipicidad*, no sólo se requiere del servidor público que actúe en ejercicio de sus funciones, sino que cuente con *facultad certificadora*, ostentando la facultad legal de *dar testimonio sobre determinados hechos con relevancia jurídica* (Bernate & Gil, 2011, p. 461).

El interventor, como ya se ha señalado, acorde con los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cumple la función pública de vigilancia y control. Para determinar algunos de los delitos en lo que incurre el interventor es posible observar los siguientes casos en los que se hace explícita la falsedad ideológica en documento público:

1. El Alcalde Municipal de Ocaña, celebró contrato de obra, cuyo objeto era la remodelación de la Escuela urbana La Esperanza<sup>126</sup>; en la ejecución de este contrato se suscribió por parte del Secretario de Obras Públicas Municipales, el contratista y el interventor, las actas de recibo y liquidación de la obra, en donde se incluyeron varios ítems; viga de amarre, construcción en ladrillo de 0.15cms; caja de cuatro circuitos e instalación y suministro de caja para contador, que presuntamente no se ejecutaron por parte del contratista.

El Tribunal Superior de Cúcuta confirmó la decisión de primera instancia, con la modificación consistente en declarar que el interventor es autor en el delito falsedad ideológica en documento público, por lo que la condena es de 57 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual que la sanción restrictiva de la libertad.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al estudiar la demanda de casación presentada por el sentenciado, encontró que los relacionados con el

---

<sup>126</sup>Los hechos ocurrieron en vigencia Decreto 100 de 1980, anterior Código Penal.

contrato para la remodelación de la Escuela Urbana La Esperanza y quienes suscribieron el acta de liquidación, lo hicieron con contenido de datos falsos y que al no encontrarse vulneración de alguna garantía fundamental, no era procedente admitir la demanda, dejando así incólume la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta.

2. En el año 2000, el Fondo Nacional de Caminos Vecinales suscribió el contrato de obra pública para la atención de emergencias camino Santa Rosa-Bellavista, municipio de Popayán. El interventor certificó la obra ejecutada a satisfacción, sin que esto hubiera ocurrido.

El Tribunal Superior de Popayán, confirmó el fallo emitido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito, que condenó al interventor a la pena principal de 3 años de prisión por el delito de falsedad ideológica en documento público<sup>127</sup>. En Sentencia de 27 de julio de 2009 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia inadmitió demanda de casación presentada por el defensor del interventor, señalando que la conducta objeto de imputación y condena lo fue por un atentado a la fe pública, configurándose el delito de falsedad ideológica en documento público.

Agrega, que el interventor en desarrollo del delito consignó en un acta datos “engañadores sobre avances de obra y su valor económico, más aún cuando el interventor está movido para dar certeza y autenticidad del acta que suscribe, y al considerarse un delito de peligro el quebranto al bien jurídico se desprende de su propia naturaleza” (Sentencia 27 de Junio de 2009).

3. La junta de acción comunal de la Vereda Carichana del municipio de Iza contrató con INTERDIN LTDA., la electrificación de dicha región. Finalizada la ejecución de esta etapa, el contratista se hizo asignar del Instituto de Desarrollo de Boyacá una orden de trabajo, para continuar la electrificación

---

<sup>127</sup> Vigencia del Decreto Ley 100 de 1980

de la vereda, agregando ítems para la electrificación de la escuela, el suministro y colocación de postes de madera y concreto. Lo anterior fue obtenido con el concurso del interventor de la presunta obra, y un ingeniero, quienes fingieron la necesidad de la misma, labor que alcanzaron a través de varios actos engañosos, como las actas de iniciación de la obra y entrega de la misma.

El Tribunal Superior de Tunja<sup>128</sup>, confirmó la condena al interventor a la pena principal de 3 años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, así lo conminó a pagar los perjuicios materiales (cuantía: \$4.000.000), como autor responsable del delito de falsedad ideológica en documento público.

La Sala Penal en el presente caso indica que el interventor estaba en la obligación de constatar la necesidad de la obra, situación que no realizó, simplemente “acordó con el contratista el recibió a satisfacción la labor contratada, por ello al falsear la verdad se defrauda el bien jurídico de la fe pública” (Sentencia 28 de Junio de 2000).

### *2.2.3.2 Peculado por Apropiación*

Según Lombana (2011), el peculado “es un delito especial pues requiere que el sujeto activo actúe apartándose de sus deberes especiales de sujeción” (p. 240), por lo que el sujeto activo debe ser un funcionario público, dentro de los que pueden incluirse también los contratistas, “siempre y cuando desarrollen cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público” (Sentencia 7 de septiembre de 2005)<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Vigencia del decreto ley 100 de 1980

<sup>129</sup> “Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público [...]” (Sentencia 7 de septiembre de 2005).

El artículo 397 del Código Penal, establece que se configura el peculado por apropiación cuando: “el servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones”.

Para Lombana (2011), el delito tiene un tipo objetivo y otro subjetivo. Sobre el primero señala, apoyado en Francisco Muñoz, que el objeto material del delito es cualquier objeto o caso inmueble, que tenga un valor económico apreciable (p. 246), y que el carácter de público se determina por la pertinencia de los bienes a la administración, admitiendo el tipo penal, la conducta activa como omisiva. Respecto del segundo, se precisa que es un delito doloso (p. 249), en el que debe existir “un ánimo de apropiación definitiva que debe guiar al funcionario y no simplemente de su uso ajeno a la función pública” (Muñoz citado en Lombana, 2011, p. 246).

Para ejemplificar esto es posible observar la reseña en los siguientes dos casos estudiados por la Corte Suprema de Justicia:

1. En el año 2002, el Alcalde de San Agustín con el objeto de la construcción del Centro Educativo de la Vereda El Pedregal, celebró contrato de obra, en este se presentaron: Sobrecostos en el valor de los materiales, fallas estructurales de la obra, e insuficientes materiales de construcción. Además de ello, se deja por supuesto que no fue llevada a cabo ninguna actividad y que las acciones a realizar no fueron hechas.

La interventoría se contrató a través de prestación de servicios, con el objeto del mantenimiento, mejoramiento de centros educativos y de salud, entre otros. El Tribunal Superior de Neiva con decisión del 30 de octubre de 2009, revocó el fallo absolutorio de primera instancia, para en su lugar, condenar al interventor a las penas principales de 5 años de prisión, multa de

10,3559870SMLV, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad, como cómplice del punible de peculado por apropiación.

Al estudiar la demanda de casación, la Corte Suprema de Justicia (2010), recalcó que para el juzgador fue claro que la cuantía del delito superó los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, razón por la cual consideró que la pena se debía determinar según lo determinado en el artículo 397, inciso 1°, de la Ley 599 de 2000; agregó la falta de claridad y precisión en la demanda, conllevando a su inadmisión.

2. El Tribunal Superior de Antioquia confirmó la sentencia de primera instancia a través de la cual se condenó al interventor a pena de prisión como autor de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, en concurso; además al pago de multa por valor de 5.000.000 de pesos, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término que la pena de prisión.

Las situaciones fácticas, que originaron esta condena fueron: El alcalde del municipio de El Bagre (Antioquia) suscribió el contrato para la construcción de alcantarillado en el barrio Laureles, obra proyectada con anterioridad, sin embargo, se trató de un contrato simulado, que se elaboró con base en documentación falsa relativa a los proponentes, a la iniciación y al recibo de las obras, las cuales nunca se ejecutaron, contrario a lo afirmado por el interventor.

Aunque la demanda de casación interpuesta no prosperó, la Corte Suprema de Justicia (2004) decidió casar de oficio y parcialmente el fallo proferido por el Tribunal, para en su lugar, condenarlo en calidad de cómplice de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, a la pena de 2 años más 6 meses de prisión, a interdicción de derechos y funciones públicas

por el mismo lapso; y al pago de multa por valor de 4.000.000 de pesos, al considerar la falta de competencia en las decisiones tomadas por funcionarios judiciales de segunda instancia, entre ellos los Fiscales, extralimitándose en el caso en particular al darle la calidad de autor cuando la acusación en primera instancia se realizó como cómplice.

### 2.2.3.3 *Celebración indebida de contratos*

*Contrato sin cumplimiento de requisitos legales:* Para Santofimio (2005), el análisis del principio de legalidad que invita la redacción del artículo 410 del C.P., implica un acercamiento “[...] a todas las exigencias normativas del régimen de contratación estatal con el fin de decantar aquellas que ostenten el carácter de esenciales para el trámite del contrato, su celebración y liquidación (p. 128), de allí que como lo señala Castro Cuenca & Moreno (2011) el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales es un *tipo penal en blanco* (p. 308), del que debe estudiarse no sólo lo establecido en el Estatuto de Contratación Estatal, sino en la Constitución Política y otras normas especiales.

El artículo 410 del Código Penal establece que incurre en este delito el “servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos”. Así por ejemplo: La Gobernación de Cundinamarca y la Cooperativa Interregional de Colombia Limitada, celebraron contrato interadministrativo con el objeto de rehabilitar y pavimentar de la vía Guaduas–Guadero. Para la interventoría de este contrato la Gobernación de Cundinamarca suscribió contrato con la Cooperativa para el Desarrollo del Gualiva, representada legalmente por la señora Claudia Edilma Hernández Velásquez.

Para realizar la intervención de la obra Claudia Edilma contrato al ingeniero José Francisco Campos Pachón, expidiendo una orden de servicio; sin embargo, el contrato a vigilar se terminó de manera unilateral por incumplimiento del contratista,

el contrato de interventoría se suspendió sin que las partes llegaran a un acuerdo sobre el monto a liquidar a efectos de establecer el valor a restablecer. Al resolver el recurso de apelación el Tribunal Superior de Bogotá consideró que la subcontratación realizada por la interventora no obedeció a los principios de transparencia y selección objetiva según el Estatuto de Contratación Administrativa, que para la época ostentaba la calidad de servidora pública en forma transitoria, conforme al artículo 56 de la Ley 80 de 1993, en el cual se consagran la responsabilidad de los particulares que intervienen en la contratación estatal; y desarrolló una conducta prohibida, al subcontratar al ingeniero José Francisco Santos Pachón, para que realizará el objeto del contrato de interventoría, quebrantando, de ese modo, una de las cláusulas que consistía en que la contratista debía desarrollar directamente el contrato, así mismo como la cláusula de cesión del contrato en la que se había estipulado que: “ceder la ejecución del presente convenio ni los derechos u obligaciones derivados del mismo, a ninguna persona natural o jurídica sin previo consentimiento del Departamento de Cundinamarca”. Para la colegiatura, la interventora se desprendió de sus obligaciones en tanto que fue posible explicitar que se configuró una verdadera subcontratación y no una asignación de trabajo al ingeniero, quien fue el encargado de realizar la interventoría rindiendo informes en forma directa a la Gobernación del Departamento.

#### 2.2.3.4 *Interés indebido en la celebración de contratos*

En cuanto a este delito Castro Cuenca & Moreno (2011), señalan que es de tipo penal en blanco (p. 294), por lo que se requiere recurrir a legislación administrativa. De esto modo advierten que es de mera conducta, en la medida que “no se requiere que se presente el perjuicio a la administración pública para su consumación” (2011, p. 294); a su vez, lo consideran un *delito especial propio* pues no existe ningún delito común equivalente que pueda ser imputado a quien no cumpla con las condiciones requeridas por el artículo 409 del Código Penal. El artículo referido<sup>130</sup>, establece que incurre en el delito, “el servidor público que se interese en provecho propio o de un

---

<sup>130</sup> En vigencia del Decreto 100 de 1980 como interés ilícito en celebración de contratos.

tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones”. De ese modo, es posible observar esta conducta en el siguiente caso:

- A. El Tribunal Superior de Neiva (Sentencia del 7 de septiembre de 2005) condenó como coautores penalmente responsables de los delitos de: interés ilícito en la celebración de contratos y falsedad en documento privado en concurso homogéneo y heterogéneo, a: Omar Pabón Monroy y Carlos Eugenio Tobar Gutiérrez, por encontrar que la Sociedad Central de Abastos del Sur (empresa de economía mixta con más del 50% de acciones del Estado) tenía como fin de adelantar obras de construcción en sus bodegas, sin embargo, en ese ejercicio suscribieron una serie de contratos celebrados por solicitud del señor Omar Pabón en calidad de interventor. En consideración el demandado no podía contratar, pues sería quien ejecutaría la obra. De otra parte, se constató que nunca se realizaron esas labores, mediante firmas de terceros se generaron actas de liquidación, con el fin de cobrar varios cheques, cuyo dinero fue entregado a los empleadores.

En relación a la alteración de la verdad en los documentos y por ende su falsedad, la Corte Suprema de Justicia indicó:

Deriva probatoriamente no solo de la inconsistencia en las firmas de las actas de entrega y recibo de la ejecución de las obras, por quienes supuestamente habrían realizado esos trabajos, sino por la aceptación del Interventor de su conocimiento sobre el abandono de la ejecución de la obra por algunos de los contratistas”. Más adelante expresó: “el uso y la utilidad de esos documentos asume gran relevancia penal pues con el contenido declarativo de esas actas era el que permitía finalmente el pago de la obra, sin ellas era imposible que se pagaran los contratos.

Las anteriores razones demuestran que se configuró el delito de falsedad en documento privado. En cuanto al delito de interés ilícito en la celebración de contratos, la Corte resalta que el interventor tenía tanto la idea de contratar con

terceros, como el manejo de los contratos. Así, de acuerdo a la valoración del material probatorio, el Tribunal tuvo la certeza para condenar, como lo requería la norma procesal vigente para la fecha de emisión de la sentencia.

Para la Corte, el servidor público debe cumplir con los fines de la contratación estatal, asegurando la realización del interés general, siendo reprochable que el servidor se interese en provecho propio o de un tercero en razón de su cargo o sus funciones, interés que debe ser penalizado porque el servidor abandona sus deberes de imparcialidad y transparencia en la gestión contractual. En concordancia con la función administrativa del artículo 209 de la Constitución Política y los principios de las acciones contractuales de las entidades públicas y según el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, la administración pública es lesionada cuando el servidor no actúa con sujeción absoluta y franca a los principios que se hallan implícitos en todos los tipos penales vinculados con la contratación estatal, generando la sensación o la certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados.

### **2.3 Responsabilidad disciplinaria del Interventor**

La responsabilidad disciplinaria de los particulares, dentro la que cabe la figura del interventor es una creación reciente (Cfr. Ley 734 de 2002), en el artículo 20 de la Ley 200 de 1995 (anterior Código Disciplinario), se consignó que serían destinatarios de la ley disciplinaria “los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitorias”, esta norma fue objeto de demanda ante la Corte Constitucional quien la declaró exequible<sup>131</sup>. En la exposición de motivos del proyecto de ley del Código Único Disciplinario, el Procurador General de la Nación, señaló:

---

<sup>131</sup>La Corte Constitucional en Sentencia C- 286 de 1996(Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, Exp, D-1116) considera: “el precepto acusado no está creando casos de actuación pública permanente a cargo de particulares -supuesto del cual parte el actor- sino reconociendo que, a la luz de la Constitución, ellas pueden darse y señalando como consecuencia la sujeción de quienes asuman su desempeño al régimen disciplinario que la Ley contempla”.

Con frecuencia, los interventores no exigen el cumplimiento de las especificaciones técnicas durante la ejecución del contrato, o permiten que se entreguen obras inconclusas, de mala calidad o diferentes de las pactadas, con el fin de obtener prebendas del contratista o la ampliación de sus contratos por parte de la entidad, aumentando así sus ingresos indebidamente y afectando la calidad de las obras y la correcta prestación de los servicios contratados por la entidad estatal. (Gaceta del Congreso 291, 27 de julio de 2000)

La Ley 734 de 2002 estableció en el artículo 53 que el régimen disciplinario se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales. Para la Corte Constitucional (Sentencia C-373 de 2002) la ley, en materia disciplinaria, debe orientarse para asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran con tales funciones. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas, en tanto que esto implique el quebrantamiento del deber funcional, es decir, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas.

Así mismo la Corte, en otros pronunciamientos, ha resaltado que la órbita de injerencia del derecho disciplinario se circunscribe al comportamiento de los servidores públicos en ejercicio de sus cargos. Por ello señaló que el “derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo” (Sentencia C-341 de 1996); del mismo modo el ponente, M. P. Antonio Barrera Carbonell, señaló que “el Código Disciplinario Único comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales, con las que el legislador pretende asegurar la obediencia, la disciplina, la eficiencia y el adecuado comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos” (Sentencia C-341 de 1996).

De ese modo, las labores de los sujetos privados, que llevan a cabo funciones públicas, deben ser medidas por su eficacia, por su capacidad de llevar a buen

término sus labores. Esto implica no reconvenir en algún beneficio propio, sino en consolidar un espacio garante de la efectividad de su labor, así que su validez, en términos objetivos, está sometida a la construcción de una actividad efectiva que puede ser sancionada disciplinaria y penalmente. La normatividad disciplinaria juega a construir una reglamentación que deje expresa claridad entre el aparato institucional y el *sujeto privado* que funciona como una extensión de lo público.

### 2.3.1. Responsabilidad de la persona jurídica que ejerce la Interventoría

La responsabilidad prevista en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002<sup>132</sup>, establece la responsabilidad disciplinaria del interventor. En esa medida, es importante precisar ¿quién es el sujeto disciplinable cuando quien adelanta la interventoría es una persona jurídica?

En el ejercicio de la labor de seguimiento del contrato, en caso de una sociedad, estará la junta directiva, el representante legal, el director de la interventoría y el equipo de trabajo, de manera que en caso de encuadrar su comportamiento en una falta disciplinaria deba tenerse claro quién responde por tal proceder.

De la redacción del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 originario<sup>133</sup>, se advierte que en el caso de las personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria se exige del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva. De manera tal que dependiendo la naturaleza de la persona jurídica debe estudiarse las facultades de uno y otro para que responda disciplinariamente, lo que de entrada excluye al

---

<sup>132</sup>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. Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

<sup>133</sup>Norma demandada y declara exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 1076 de 2002, advirtiendo que “la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva, contenida en inciso segundo del art. 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales”.

director de la interventoría como al equipo técnico a cargo del seguimiento de la ejecución de la obra.

El Estatuto Anticorrupción, modificó el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, sin embargo, a mi juicio nada novedoso incorpora en su texto, respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas. La Corte Constitucional en Sentencia C-084 de 2013 declaró exequible la expresión *“Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva”*, contenida en el inciso cuarto del artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales, y advirtió:

- A. El inciso 4 del artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 es una reproducción material del inciso segundo del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 y, “En los incisos 2, 3, 4 y 5 del artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, el legislador, sin distinguir si se trata de personas naturales o jurídicas, define cuándo se entiende que un particular ejerce funciones públicas y cuándo se considera que administra recursos públicos, a fin de determinar si éste es un sujeto disciplinable. Al hacer referencia a las personas jurídicas en el inciso 6, se establece la responsabilidad disciplinaria en el caso de las personas jurídicas, centrando esa responsabilidad en los representantes legales y en los miembros de la junta directiva de entidades que manejan recursos públicos, sin precisar las circunstancias que generan un vínculo entre la actividad del representante legal o del miembro de la junta y la conducta que se le imputa para que pueda ser considerado un sujeto disciplinable.
  
- B. Las razones de fondo que llevaron a la declaratoria de exequibilidad del inciso segundo del artículo 53 de la ley 734 de 2002 en la sentencia C-1076 de 2002. Precisando que en esa oportunidad la Corte señaló:

*“(…) En este orden de ideas, la Corte considera que una interpretación sistemática de la Ley 734 de 2002, arroja como resultado que realmente no se imponen sanciones disciplinarias como tales a las personas jurídicas sino a las personas naturales que ejercen como representantes legales de éstas o a quienes son miembros de su junta directiva, en los términos del artículo 56 de la citada ley.*

No es cierto, en adición, lo planteado por el accionante, en cuanto a que la responsabilidad exigible de la persona jurídica es trasladada sin ninguna fórmula o juicio al gerente o director de ésta, toda vez que la responsabilidad disciplinaria de los representantes legales y miembros de la junta directiva, no se puede entender como una responsabilidad objetiva. La persona a quien se le adelante una acción disciplinaria, podrá en el transcurso del proceso, ejercer su derecho de defensa, controvertir las pruebas, desvirtuar los hechos que le son imputados y alegar causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria.

Además, el establecimiento de un régimen disciplinario especial para los representantes legales y los miembros de las juntas directivas determinadas personas jurídicas, con la prevención de unas determinadas faltas disciplinarias, **se enmarca en los fines de esta disciplina jurídica, cual es garantizar el cumplimiento de unos deberes funcionales, y en tal sentido debe comprenderse el sentido del artículo 53 de la Ley 734 de 2002.**

- C. Según el artículo 6 de la Carta, los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido en la Constitución y las leyes, mientras que los funcionarios públicos solamente pueden realizar lo que en esos mismos ordenamientos expresamente se les atribuye, disposición a partir de la cual, junto con lo previsto en el artículo 29 Superior, se ha proscrito toda forma de responsabilidad objetiva. Tales disposiciones constitucionales subsisten en el actual texto constitucional.

En este caso, por razones de pedagogía constitucional, se recordarán otros apartes de la sentencia C-1076 de 2002, en los que se hace referencia a la sentencia C-055 de 2002, que confirman la proscripción constitucional a toda forma de responsabilidad objetiva. Dijo entonces la Corte:

*“La sujeción que debe el derecho disciplinario a la Constitución implica que además de garantizar los fines del Estado Social de Derecho, debe reconocer los derechos fundamentales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, siendo la culpabilidad uno de ellos según lo consagrado en el artículo 29 Superior en virtud del cual “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”.*

*Es decir, **que en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, la culpabilidad es “Supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recae”**<sup>134</sup>. Principio constitucional que recoge el artículo 14 del C.D.U. acusado, al disponer que “en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que “el hecho de que el Código*

---

<sup>134</sup> Sentencias C-626 de 1996.

*establezca que las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa, implica que los servidores públicos solamente pueden ser sancionados disciplinariamente luego de que se haya desarrollado el correspondiente proceso – con las garantías propias del derecho disciplinario y, en general, del debido proceso -, y que dentro de éste se haya establecido la responsabilidad del disciplinado”<sup>135</sup>.*

**Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente,** *pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que “el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado”<sup>136</sup>*

Bajo esa lógica, responderá disciplinariamente o bien el representante legal o bien los miembros de la Junta Directiva, sin embargo el legislador no se ocupó de la responsabilidad en el caso de consorcio o de unión temporal, en los que se pregunta, si la totalidad de las personas que lo integran responden a través de su representante legal, o de los miembros de la junta de cada sociedad que se asoció para la ejecución contractual, de lo que consideró que allí la responsabilidad disciplinaria debe recaer sobre el representante legal del consorcio o de la unión temporal.

En ninguno de los dos casos referidos responderán quienes integren o la dirección de interventoría o el equipo técnico.

### *2.3.2. Responsabilidad por el Cumplimiento de Funciones Públicas*

La Corte Constitucional, advierte que ha de darse una lectura distinta al artículo 6 de la Constitución Política<sup>137</sup> en lo que hace referencia a la responsabilidad

---

<sup>135</sup> Sentencias C-728 de 2000.

<sup>136</sup> Sentencias C-195 de 1993, C-280 de 1996, C-306 de 1996, C-310 de 1997, entre otras.

<sup>137</sup> Así dice: “Que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a

disciplinaria de los particulares que ejercen funciones públicas<sup>138</sup>, en consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador (Sentencia C-563 de 1998). Para la Corte, la responsabilidad derivada de la actividad pública, a cargo del particular, no se desprende de su calidad personal sino de la naturaleza de la prestación; “de allí que se hable de un criterio material de vinculación del ciudadano con la administración, por oposición al criterio subjetivo que lía al servidor público con el aparato estatal” (Sentencia C-286 de 1996).

Vistas las cosas de ese modo, la jurisprudencia constitucional reconoce que es legítimo, por acogerse a los principios generales de la Carta, someter al régimen

---

organismos y funcionarios estatales, no puede ser visto de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad, igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse - se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo.”(Sentencia C-286 de 1996, subrayas fuera del original)

<sup>138</sup>En un comienzo, habría que decir que el artículo 95 de la Constitución Política establece como uno de los deberes esenciales del ciudadano, “5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país”. Adicionalmente, el artículo 210 de la Carta señala que “[...] los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”; lo cual, es consecuencia lógica del deber que tiene todo ciudadano de participar en la vida comunitaria de la Nación.

Por otro lado, el artículo 123 del Estatuto Superior dispone que la ley tiene la potestad de regular el ejercicio temporal de funciones públicas por parte de los particulares, para lo cual determinará el régimen aplicable a éstos. El estatuto superior consagra, en los términos anteriores, la posibilidad de que los particulares participen en la vida comunitaria del país a través del ejercicio de funciones públicas. Este régimen de cooperación se encuentra acorde con una política democrática de gran amplitud - reforzada por la Constitución de 1991- que busca acercar e involucrar a la comunidad en el desempeño de las funciones del Estado. Ahora bien, la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su Estatus de particulares ni los convierte –por ese hecho- en servidores públicos. El inciso primero del artículo 123 de la Constitución es claro al reservar tal denominación para “los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”. No obstante dicha salvedad, el 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 no 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”.

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. Por su parte, el Consejo de Estado (Sentencia de la sub sección B de 2013) se ha pronunciado al respecto, señalando que resulta ilustrativo observar cómo en razón de la naturaleza de las funciones que desarrollan la interventoría, el artículo 53 del Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002) estableció que los interventores se hallan sujetos al régimen disciplinario especial, contenido en el Libro III de dicha ley<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup>Para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios. Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública. En necesario tener en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir, que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido, la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato, y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos. Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria. (Véase: Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003).

### 2.3.3. *Justificación de la Responsabilidad del Interventor como Sujeto Disciplinable*

La Procuraduría Primera Delegada (2012), al analizar si un particular que ejerce la función de interventoría puede ser un sujeto disciplinable y, como consecuencia de ello, pueda determinar a qué obligaciones se encuentra sujeto en razón a su condición<sup>140</sup>, señaló que solamente en la medida en que pueda concluirse que el particular interventor de un contrato estatal cumple una *función pública*, cabría considerar que el legislador puede establecer la aplicación del régimen disciplinario.

En este orden de ideas, la Sala Disciplinaria encuentra que aunque en este caso no existió un acto administrativo del Departamento Nacional de Planeación ni un convenio entre esta y el particular, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 110 y siguientes de la Ley 489 de 1998, en desarrollo de un convenio internacional celebrado por el Gobierno colombiano, se terminaron transfiriendo funciones públicas del Departamento Nacional de Planeación a un particular interventor, que en razón de ello, como ha dicho la Corte, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse -se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo (C-286 del 27 de junio de 1996).

De acuerdo con lo anterior y como quiera que estamos en presencia de un particular que ejerce funciones públicas estaba obligado dentro del caso a lo siguiente, según lo señala la Delegada del Ministerio público a vigilar la inversión de los excedentes de liquidez de los recursos de regalías. Para ello basta con revisar el título “Seguimiento al manejo de los recursos y a la cuenta única” contenida en el Capítulo III – Programación de la Segunda Parte – Regalías Directas del Manual para Interventorías Administrativas y Financieras, que como se ha señalado con anterioridad es un documento que hacía parte del Contrato n.º del 26 de mayo de 2006. En consecuencia de todo lo expuesto, la Sala encuentra que la Unión Temporal Interventorías 2005 incumplió su obligación contractual de vigilar la inversión de los excedentes de liquidez provenientes de regalías, lo que hubiera evitado que en el mes de septiembre de 2007 se siguieran realizando inversiones en patrimonios autónomos.

---

<sup>140</sup> Como aspectos fácticos se tiene que la Sala Disciplinaria resolvió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del disciplinado Juan de la Cruz Martínez Petro contra el fallo de primera instancia del 27 de septiembre de 2010 proferido por la Procuraduría Segunda para la Contratación Estatal, mediante el cual se le declaró disciplinariamente responsable, en su condición de representante legal de la Unión Temporal Interventorías 2005, e impuso sanción de multa de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales vigentes e inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado o contratar con este por el término de un (1) año.

Por consiguiente, la delegada estimó que el *interventor particular*<sup>141</sup> incurrió en responsabilidad disciplinaria por infringir en falta gravísima, a título de culpa, por aplicación del artículo 53 de la ley 734 de 2002 donde se señala que el presente régimen se aplica a los particulares que cumplen funciones de interventoría en los contratos estatales, estando obligados, de acuerdo con el artículo 56 al pago de multa, en tanto que el interventor no fue diligente en el cumplimiento de sus obligaciones.

#### *2.3.4. Responsabilidad Disciplinaria derivada de la función del Interventor en la ejecución del contrato*

Para comprender la responsabilidad en la que se ve envuelto el interventor será necesario revisar algunas decisiones de la Procuraduría, en las que se determina que toda función de interventoría converge en responsabilidad disciplinaria, penal, civil y fiscal, en el caso de que incumpla sus funciones. En consecuencia señala el Ministerio Público (2009) que la responsabilidad en materia disciplinaria enmarca aquellas conductas que, si bien no constituyen delito, sí perturban el cabal y adecuado cumplimiento de las funciones asignadas a la persona y cuya sanción depende de la gravedad de la falta. La normatividad vela entonces por la legitimidad y la validez de la acción, mediante la búsqueda de la eficacia del trabajo de la interventoría. Actualmente el marco jurídico del control disciplinario está ordenado por la Ley 734 de 2002, que recae sobre los servidores públicos, los particulares que cumplan funciones públicas o labores de interventoría en los contratos estatales. Por lo tanto, de acuerdo a las circunstancias de tiempo y el modo en que se haya celebrado y ejecutado el contrato administrativo, al particular se le aplicaran las faltas descritas en el libro III, título I de la ley 734 de 2002, de acuerdo a la responsabilidad generada por sus actuaciones en la ejecución del contrato, por lo

---

<sup>141</sup> Es necesaria la aclaración, dado que en los casos estudiados la mayoría se debía a sanciones a funcionarios públicos, en quienes se había delegado por las entidades la interventoría de contratos.

que se analiza la procedencia de la aplicación de las faltas previstas en el artículo 55 de la ley 734 de 2002.

Este enseña que es responsabilidad de la entidad estatal asegurar la supervisión de los contratos que celebra, cuyo fin es el control y vigilancia de las acciones del contratista. Esto con el fin de vigilar el efectivo cumplimiento de las obligaciones contraídas a través del contrato y de sus elementos integrantes (pliegos de condiciones, términos de referencia, plan operativo, etc.). Con especial cuidado se ha de vigilar que: las especificaciones técnicas del contrato, las actividades administrativas a cargo del contratista, las actividades legales, las actividades financieras y presupuestales, y el cumplimiento de planes operativos estén efectuándose de manera idónea sin afectar los intereses públicos de la entidad que allí se juegan. Por último, debe entenderse que el contrato de interventoría corresponde al conjunto de actividades que, en representación de una determinada Entidad, realiza una persona natural o jurídica para vigilar, controlar y verificar la ejecución de los contratos. Esto equivale a una exigencia de orden legal que tiene como propósito asegurar al máximo el cumplimiento del objeto contractual, de los fines de la contratación y de la satisfacción de los intereses de la entidad mediante la obtención efectiva del fin perseguido y pactado mediante la contratación.

Para la Procuraduría en el Auto del 15 de julio del 2008 (Expediente: 4107-2008), aunque el Estatuto Único Disciplinario no elevó a la categoría de servidores públicos a los interventores, sí los enmarcó dentro del régimen de los particulares como sujetos de derecho administrativo disciplinario, esto sin perder de vista que por ser particulares, sólo responderán de las faltas gravísimas que de manera taxativa se señalan en el artículo 55<sup>142</sup>, razón por la cual le resultaría imposible a este ente de

---

<sup>142</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 734 de 2002, artículo 55, la norma señala como faltas gravísimas en que puede incurrir el interventor las siguientes: Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones; Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad, impedimento o conflicto de intereses establecidos en la Constitución o en la ley; Desatender las instrucciones o directrices contenidas en los actos administrativos de los organismos de regulación, control y vigilancia o de la autoridad o entidad pública titular de la función; Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga

Control Disciplinario atribuir responsabilidades por conductas que no estén allí descritas, ya que la extensión hecha para la aplicación de este derecho sancionador a los particulares se encuentra condicionada al sistema de *númerus clausus* y está sustentada en el principio de determinación o *lex certa*; aclarando que en todo caso la responsabilidad disciplinaria del interventor es taxativa y no extensiva, por lo tanto solo les son aplicables las faltas previstas en el artículo 55 de la ley disciplinaria.

Según la Procuraduría segunda delegada en decisión del 26 de octubre de 2005 (Expediente: 095-001796-2004)<sup>143</sup> las labores de interventoría se encaminan a efectuar el control, seguimiento y evaluación de las obras o trabajos contratados por las distintas entidades, por lo que las interventorías están obligadas a desplegar todas las actividades necesarias para garantizar la ejecución idónea del contrato sobre el que recae la labor (cumplir la función pública prestándose para los intereses sociales). De acuerdo con lo señalado en el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, estos responden civil y penalmente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. De allí que el interventor, sea un particular o un servidor público, que tiene como fin garantizar el cumplimiento del objeto contractual, en la medida en que está en la obligación de informar a la entidad dueña de la obra, o de los trabajos o los bienes contratados, sobre todas las vicisitudes y los inconvenientes que se presenten con ocasión a la ejecución del contrato, en especial, aquellas situaciones en las que se evidencie la existencia de posibles incumplimientos para aplicar las sanciones que sean pertinentes.

---

; o utilizarlos indebidamente; Cobrar por los servicios derechos que no correspondan a las tarifas autorizadas en el arancel vigente, o hacerlo por aquellos que no causen erogación; Ofrecer u otorgar dádivas o prebendas a los servidores públicos o particulares para obtener beneficios personales que desvíen la transparencia en el uso de los recursos públicos; Abstenerse de denunciar a los servidores públicos y particulares que solicitan dádivas, prebendas o cualquier beneficio en perjuicio de la transparencia del servicio público; Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante; Ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo; Abusar de los derechos o extralimitarse en las funciones; Las consagradas en los numerales 2,3,14,15,16,18,19,20,26,27,28,40,43,50,51,52,55,56 y 59, párrafo cuarto, del artículo 48 de esta ley cuando resulten compatibles con la función

<sup>143</sup>Cfr. Decisión del 26 de octubre de 2005, Mario Roberto Molano López, Expediente 095-001796-2004, de la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal.

Para la Procuraduría en decisión del 25 de julio del 2007 (Expediente: 058-003860-05) el artículo 53 del Estatuto Contractual señala que 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 funciones de consultoría, interventoría o asesoría. Esto indica que la función de supervisión estatal en cabeza del interventor tiene en general, una finalidad encaminada a vigilar que las obligaciones, bienes y servicios a cargo del contratista se cumplan en términos de calidad, cantidad y oportunidad. Con ese propósito, tienen atribuciones de impulso, de comunicación con el contratista, de revisión, de aviso oportuno de irregularidades, así como las que puntualmente se les asignen institucionalmente o en el contrato. Por lo que su comportamiento ha de adecuarse a la norma, que en este caso, sometiéndose al servicio del Estado y de la comunidad, debe ejercer sus funciones de acuerdo con la Constitución y la Ley, sin omitir ni extralimitarse en el cumplimiento de las mismas.

El interventor debe estar a la luz de ese mandato para el cumplimiento de su labor, pues no solo está en la obligación de vigilar lo relacionado con el aspecto técnico de la obra, a hacer las revisiones periódicas indispensables para verificar las obras ejecutadas, los servicios prestados, o los bienes suministrados; o si se cumple o no con las condiciones de calidad requeridas por la entidad y ofrecidas por el contratista. Su función principal es la consecución de los fines de la contratación estatal, además de adelantar las gestiones necesarias que hagan posible dicho cumplimiento. Su actividad de control y vigilancia abarca actividades de carácter administrativo, como lo son coordinar conjuntamente con el contratista todas las actividades preliminares de la obra (organización del sitio de la obra, la ubicación de oficinas, de campamentos, el almacenamiento de materiales y equipos, señalizaciones, cerramientos provisionales así como todas las medidas ambientales

y de seguridad industrial correspondientes que se requieran para la ejecución del contrato de obra). Así mismo, tiene otras funciones de orden financiero en las que debe vigilar las facturas presentadas por el contratista, mantener actualizados los valores, revisar el buen manejo e inversión de los recursos. Finalmente en el área legal debe exigir el cumplimiento de todas y cada una de las cláusulas del contrato, verificar la constitución de las garantías, estar pendiente de la modificación de sus vigencias, si es necesario, informar a la oficina jurídica sobre la existencia de incumplimiento para aplicar las sanciones que sean posibles.

Esto quiere decir que el interventor tiene prerrogativas que, en principio, sólo le corresponderían a la entidad estatal, por lo tanto su labor se extiende a todos los tópicos que afecten directa o indirectamente el buen desarrollo de la obra, como fue señalado, para efectos de conseguir y poner en marcha un sistema eficiente de control y seguimiento que persigue cumplir con la labor encomendada. Aun cuando el interventor puede ser un particular, que cumple funciones públicas, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en la Sentencia 563 de 1998 y 037 de 2003, está obligado a la consecución de los fines de la contratación estatal. Esto implica que debe exigir al contratista la correcta y oportuna ejecución del contrato y adelantar las gestiones necesarias que hagan posible dicho cumplimiento.

#### **2.4. Responsabilidad Civil del interventor y Llamamiento en Garantía**

Es un principio general de derecho que todo aquél que, a través de un comportamiento culposo, cause lesión a un derecho ajeno esté obligado a resarcirlo, para ello el Estado (en las disposiciones del código civil) garantiza mediante una indemnización la reparación del daño. Según Tapias Rocha (2008), -para la época en que fue expedido el Código Civil-, no se conocía en Colombia la distinción “[...] entre una responsabilidad llamada contractual y otra que, por oposición a esta, se califica de extracontractual o de aquilina, distinción que apareció posteriormente y hoy es frecuente en la doctrina y la jurisprudencia nacionales” (p. 225).

La responsabilidad civil se distingue por su fuente, identificando si el hecho lesivo ha tenido origen en el incumplimiento del acuerdo de voluntades, o si ha quedado en medio un negocio jurídico. La primera sin duda será la responsabilidad contractual, la que a juicio de Tapias Rocha (2008), debe estar presente bajo las siguientes condiciones: 1. que exista incumplimiento, violación o falta de pago de una obligación, imputable al hecho voluntario del deudor (el incumplimiento); 2. que esta violación haya inferido al acreedor un daño que consista en la lesión de su derecho de crédito (el daño); y 3. que el daño sufrido por el acreedor sea una consecuencia directa, y además previsible, del incumplimiento del deudor (el vínculo de causalidad) (p. 230).

La segunda ha sido comúnmente denominada por la doctrina como extracontractual o *aquiliana*, para que se pueda argumentar la existencia de esta conducta debe existir una concurrencia de los siguiente presupuestos esenciales: el daño, la culpa y la relación de causalidad entre los dos anteriores (Mazeaud & Mazeaud, 2005). El Código Civil distingue tres modalidades, para cada una de las cuales precisa sus propias reglas. Así: la responsabilidad por el hecho personal (arts. 2341 y 2345), responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro (arts. 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352), y la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas (arts. 2350, 2351, 2353, 2355 y 2356). Sobre la responsabilidad civil extracontractual, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de agosto 2009, señaló:

La responsabilidad civil, concebida *lato sensu* como la obligación de reparar, resarcir o indemnizar un daño causado injustamente, encuentra venero en la eterna búsqueda de la justicia, equidad y solidaridad para restablecer el equilibrio alterado con la conculcación de la esfera jurídica protegida por la norma.

En cuanto a sus presupuestos estructurales, existe uniformidad, respecto de la existencia de un hecho u omisión, un daño y la relación de causalidad, más no en torno de los criterios o factores de imputación ni de sus fundamentos.

El daño, entendido en sentido icástico, o sea, la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso, un valor tutelado por el ordenamiento jurídico, es el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil. En tal virtud, el

artículo 1494 del Código Civil, dentro de las fuentes de la relación obligatoria, entre otras enuncia, el “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos” y, en consecuencia, la obligación de repararlo, parte de su existencia real u objetiva –presente o futura-, sin la cual, por elementales razones lógicas, el mencionado deber de prestación no surge.

Establecida *ex ante* la realidad o certeza del daño, debe determinarse su causa e imputarse al sujeto, de donde, la relación, nexos o vínculo de causalidad, es el segundo elemento constante de la responsabilidad y consiste en precisar al autor del detrimento, mediante la imputación fáctica, física, material o causal del menoscabo a su conducta, sea por acción, sea por omisión.

En una fase ulterior al quebranto y a la imputación material o autoría, es menester determinar el fundamento o justificación del deber de responder para establecer si el sujeto a cuya esfera jurídica se imputa el daño está obligado o no a repararlo.

Tal aspecto, atañe estrictamente a los criterios por los cuales un sujeto es o no responsable de un daño, esto es, a la determinación del deber jurídico de repararlo o, a lo denominado, “imputación jurídica”.

Ahora, la responsabilidad civil del interventor en la contratación estatal se consignó desde 1976, con el Decreto–Ley 150, que se mantuvo en el Decreto 222 de 1983. La ley 80 de 1993, al advertir sobre la responsabilidad contractual estableció en los artículos 50, 51, y 53, la responsabilidad civil de quienes intervienen en la relación contractual. Lo novedoso en el señalamiento de la responsabilidad civil es la prescripción de las acciones de responsabilidad derivadas de las acciones u omisiones del interventor, así como de los demás contratistas. Para el Consejo de Estado (2000), la responsabilidad civil derivada de las acciones y omisiones comprende

[...] los eventos de las conductas antijurídicas contractuales, por los que diferencia la acción contractual de la acción civil, al advertir: Así, Administración y Contratista, pueden perseguirse judicialmente dentro de un término mayor, veinte años, cuando sus conductas (activas u omisivas) sean antijurídicas, etc. (consultores, servidores públicos etc). Cosa distinta es el cuestionamiento de la validez de actos jurídicos contractuales (contrato, actos bilaterales, actos unilaterales de la administración y del particular) y de otras conductas jurídicas (hecho del príncipe) o no imputables a las partes cocontratantes (hechos imprevisibles), evento en los cuales el término de caducidad es de dos años (art. 136 inc. 6o. C.C.A). De la lectura cuidadosa del artículo 55 de la ley 80 de 1993, y de los demás a que remite éste, se infieren las anteriores conclusiones. (Consejo de Estado, sección tercera, 9 de marzo del 2000. Radicación número: 17333).

Según esa interpretación una será la acción contractual en estricto sentido y otra la de responsabilidad civil. La primera estará sujeta al contrato, actos bilaterales, actos unilaterales de la administración y del particular; la otra, estará derivada de actuaciones que no involucren las referidas, entendiéndose como una responsabilidad extracontractual. Para establecer la responsabilidad civil de los interventores, se preguntan Susana Montes y Patricia Miersi (2010) “¿acaso el supervisor del contrato, el interventor o el asesor son garantes del cumplimiento y de los resultados del contrato objeto de su vigilancia y control?” (pp. 270-271) afirmando que las obligaciones derivadas del contrato de interventoría son obligaciones de medio, en relación con el éxito o fracaso del contrato objeto de su actividad supervisora (p. 272), por lo que advierten que tiene “una función casi ejecutora, esto es la de hacer cumplir el contrato que él no diseñó ni estructuró, y para este fin debe poner a disposición de la entidad todos los medios necesarios para lograr su cumplimiento; sin embargo, él carece de poder coercitivo para impedir el incumplimiento del contrato cuya supervisión le ha sido encomendada” (Montes & Miersi, 2010, p. 275).

La Ley 1474 de 2011 estableció de manera taxativa obligaciones a cargo del interventor, a la vez que señaló las responsabilidades por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, así “[...] como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría”(artículo 82). Podemos concluir que cuando estemos en presencia de incumplimiento del contrato, ese será exclusivo de la será extracontractual, mientras que si existen actos con los cuales el interventor, genere responsabilidad en la entidad contratante para con un tercero, esta será extracontractual.

Acercándonos a los eventos que comprenden la responsabilidad civil del interventor, es preciso hacer referencia al tiempo que la normativa instituye para

acudir a la jurisdicción, la Ley 80 de 1993 establece una prescripción de la acción civil de veinte años. El Consejo de Estado en la Sentencia del 9 de 2000 señaló: que si esa Corporación ha tenido diversos criterios respecto de la aplicación del término de prescripción de veinte años, previsto en el artículo 55 de la ley 80 de 1993 “hoy la discusión está zanjada puesto que con la expedición de la ley 446 el único término de caducidad vigente para el ejercicio de las acciones contractuales es el de dos años, siempre que las acciones y omisiones en que se fundan las pretensiones hayan ocurrido con posterioridad a su entrada en vigencia”.

Ahora bien, la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- establece en el artículo 141 que las controversias contractuales, interpretadas con el literal j del artículo 164, quienes establecen que las pretensiones relativas a los contratos tienen el término de dos años para demandar, plazo que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia del motivo de los hechos; de manera que la distinción realizada, en nada hace la diferencia en torno al tiempo para acudir a la jurisdicción, sin embargo, debe hacerse claridad sobre esta pretensión. Por lo anterior, la prescripción descrita en la Ley 80, que hace referencia a los veinte años, es inaplicable pues la normativa procesal administrativa no establece un plazo superior a dos años.

#### *Llamamiento en Garantía del Interventor*

De acuerdo con la doctrina<sup>144</sup>, la responsabilidad civil del interventor se concreta en la denominada responsabilidad contractual, es decir, en asumir las consecuencias y los efectos que generan cualquier daño producto del incumplimiento, o hecho antijurídico, de sus obligaciones o funciones de control y de verificación emanadas del contrato de interventoría o de los actos administrativos a los cuales está sometida su actividad.

---

<sup>144</sup>GAITAN, Jaime Lemoine. Responsabilidad del interventor. Seminario Internacional de Interventoría y Seguimiento de Proyectos Públicos-memorias. Universidad Nacional, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID). Bogotá, 2010. pp, 71-103.

Dentro de la praxis jurídica para declarar la responsabilidad civil del contratista interventor se requiere que la entidad estatal formule demanda ante la jurisdicción contencioso administrativo en ejercicio de la acción contractual, o lo cite al proceso en la que la entidad estatal figure como demandada<sup>145</sup>, como acaece *verbi gratia* en los procesos de reparación directa.

*El llamamiento en garantía: figura procesal para llamar en garantía al interventor dentro de los procesos Contencioso Administrativos*

El llamamiento en garantía es una de las formas de intervención de terceros en el proceso, entendiendo por tales aquellos que son ajenos a la relación procesal demandante, demandado, tiene por finalidad brindar la posibilidad de que otra persona, distinta al demandado que ejerce el llamado, asuma la eventual condena dentro del proceso, bien sea mediante la indemnización de perjuicios o a través del pago de una obligación incumplida<sup>146</sup>.

Como tercería vinculante por la sentencia el llamamiento en garantía, busca que a partir de un derecho legal o contractual, un tercero, en este caso el interventor de un contrato estatal, indemnice un perjuicio o reembolse lo que hubiere pagado el demandado (entidad contratante), a consecuencia de una sentencia condenatoria<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> *Ibíd*em, p. 79.

<sup>146</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2012, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente, 25000-23-26-000-2005-01108-01 (34904).

<sup>147</sup> El Consejo de Estado, señala que procede el llamamiento cuando entre el llamado y el llamante existe una relación de garantía de orden real o personal, de la que surge la obligación, a cargo del llamado de resarcir un perjuicio o de efectuar un pago que pudiera ser impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso, por lo que el llamamiento está supeditado a la existencia de un derecho legal o contractual que ampara a la persona frente al tercero, a quien solicita sea vinculado al proceso, en orden a que en la misma litis principal se defina la relación que entre ellos dos existe. Véase en Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de enero de 2011, Consejero Ponente Enrique Gil Botero. Expediente 05001-23-31-000-2008-00196-01 (38.277).

Según la Corte Suprema de Justicia<sup>148</sup>:

La figura del llamamiento en garantía ha sido analizada por la Corte Suprema de Justicia para efectos de determinar su naturaleza y contenido; se destaca la sentencia proferida el 24 de octubre de 2000, en la cual precisa que la citación que la parte demandada hace al llamado en garantía, comporta la proposición anticipada de la pretensión de regreso, o el uso del derecho de regresión o reversión, que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero a indemnizar al llamante el perjuicio que pudiere llegar a sufrir.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a diferencia del antigua normativa procesal (Decreto 01 de 1984) estableció en el Capítulo X lo relacionado con la intervención de terceros, de modo que no deba acudir a la normativa procesal civil como lo se venía realizando en aplicación de los artículos 55 y 57 del CPC. En efecto, al establecer el artículo 225 del CPACA: 1. La procedencia del llamado. 2. El término de 15 días para llevarlo a cabo 3. Los requisitos que debe reunirse con la petición del llamado (hechos y fundamentos en que se basa el llamamiento), el tema quedó regulado de manera expresa, luego no hay lugar a la remisión que bajo el anterior código procedía. Igualmente, el legislador, advierte que el llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen.

#### *Llamamiento en garantía de la Ley 678 de 2001 con fines de repetición*

El artículo 2° de la Ley 678 de 2001<sup>149</sup>, señala que la acción de repetición se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. Así mismo, el párrafo 1° de la norma dispone que para efectos de repetición, el interventor se considera particular que cumple funciones públicas en todo lo concerniente a la ejecución de los contratos que celebren con las entidades estatales.

---

<sup>148</sup>. Citada en, Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de febrero de 2004, Consejera Ponente, María Elena Giraldo Gómez. Expediente 25000-23-26-000-2003-00189-01 (25756).

<sup>149</sup> Esta ley reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.

Esta clase de llamamiento procede únicamente contra los servidores o ex servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas, que con su actuar doloso o gravemente culposo, hubieren causado exclusiva o concurrentemente el daño alegado.

Sobre el fundamento del llamamiento en garantía la Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad de algunos de los artículos de la Ley 678 de 2001, señaló lo siguiente<sup>150</sup>:

...

Es claro que luego de trabada la relación jurídico-procesal entre la víctima demandante y el Estado demandado que tienen la calidad de partes originarias del proceso, puede el Estado impetrar que se vincule al servidor público que hasta ese momento es un tercero ajeno al proceso, para que en adelante tenga la calidad de tercero interviniente y, en consecuencia, se haga parte forzosa desde entonces, llamándolo en garantía, para que en una misma sentencia se decida si el Estado es responsable patrimonialmente y si el servidor público obró o no con culpa grave o dolo para imponerle entonces la obligación de reembolsar lo pagado por el Estado al demandante inicial. Nótese que al Estado le asiste un derecho de carácter constitucional a ejercer en ese caso la acción de repetición y, por ello, nada de extraño tiene que la ley ponga a su disposición un instrumento de carácter procesal para el efecto.

Desde luego, que ese llamamiento en garantía es un medio para cumplir el deber del Estado de dirigir la acción de repetición contra el servidor público que al parecer obró con dolo o culpa grave y con su conducta dio origen a que aquel fuera demandado con una pretensión de responsabilidad patrimonial.

...

Ha de observarse adicionalmente, que la vinculación del servidor público como tercero interviniente y su citación que lo vincula a lo que en el futuro se resuelva, lejos de lesionar su derecho de defensa lo garantiza a plenitud para que no sea sorprendido con la existencia de una sentencia condenatoria contra el Estado, si no para que, desde el principio pueda combatir esa pretensión, explicar su conducta oficial, solicitar las pruebas que considere pertinentes para demostrar la legitimidad y legalidad de su actuación como servidor público, controvertir las pruebas de cargo, alegar en forma oportuna, ejercer el derecho de impugnar las providencias desfavorables, todo lo cual no sólo redundaría en su propio beneficio como servidor público que eventualmente

---

<sup>150</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-484 del 25 de junio de 2002, Magistrado Ponente Alfredo Bernal Sierra.

podría ser demandado luego si se tratara de dos procesos diferentes, sino, como salta a la vista, también en beneficio del propio Estado.

Así las cosas, la operancia del llamamiento en garantía con fines de repetición de la Ley 678 de 2001 exige que el llamado cumpla con los requisitos previstos por el artículo 225 del CAPCA., de la existencia del derecho legal o contractual, y además probar la existencia del actuar doloso o gravemente culposo del agente que hubiere causado exclusiva o concurrentemente el daño alegado.

Al respecto señala el Consejo de Estado lo siguiente<sup>151</sup>:

El surgimiento de la relación de garantía por virtud de la cual el Estado está legitimado para llamar en garantía con fines de repetición al contratista, asesor o consultor, con ocasión del daño que la actividad de estos genera durante la ejecución del contrato que los vincula con el Estado, está constituido de un lado por la ley 678 que en los artículos 1° y 2° prevé la responsabilidad patrimonial frente al Estado de los servidores o ex servidores públicos y de los particulares que desempeñan funciones públicas, dentro de los cuales incluye expresamente al contratista, interventor, asesor y consultor, y de otro por la existencia del contrato que le permite al contratista, interventor, asesor o consultor realizar la actuación que ha dado lugar a que el Estado resulte condenado.

Es decir, la relación de garantía que le permite al Estado llamar en garantía a un contratista, interventor, asesor o consultor, surge de la ley que dispone la responsabilidad de éste frente al Estado, pero para que se estructure es menester la existencia del contrato que vincula al particular como contratista, interventor, asesor o consultor.

...

Por lo tanto, obsérvese que, en cuanto al llamamiento en garantía de agentes estatales o de particulares que cumplen funciones públicas, existe una regulación especial que no resulta contraria a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil arriba enunciadas, sino complementaria.

...

Pero el llamante debía acreditar la relación de garantía y para tal efecto acompañar prueba siquiera sumaria del contrato que le permitiera exigir del tercero llamado, la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o del reintegro del pago que tuviere que hacer en virtud de una eventual sentencia condenatoria que se profiera en su contra.

...

Lo anterior significa que en su calidad de contratista, el llamado era un particular que cumplía funciones públicas en los términos del párrafo primero del artículo segundo de la ley 678 de

---

<sup>151</sup>Véase la providencia del 28 de julio de 2010, radicado 15001-23-31-000-2007-00546-01 (38.259), citada en Colombia, Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado, Concepto de Auto No. 007/2011, del 17 de enero de 2011, Francisco Manuel Salazar Gómez. Véase también, Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de enero de 2011, Consejero Ponente Enrique Gil Botero, Expediente 05001-23-31-000-2008-00196-01 (38.277).

2001, y que por lo tanto estaba sujeto a las regulaciones de la citada normativa; razón por la cual se trata de un llamamiento en garantía con fines de repetición, en el que se debe acreditar además de la relación de garantía, el dolo o la culpa grave del particular que ejerce funciones públicas.

Sobre este aspecto, Gaitán señala que el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución<sup>152</sup>, en materia de responsabilidad patrimonial, consagra el principio de responsabilidad subjetiva de los servidores públicos, por cuanto exige que el daño sea el producto de una conducta dolosa o gravemente culposa. De allí que el Estado no podrá exigir responsabilidad patrimonial del funcionario o agente público hasta tanto, demuestre que obró por acción u omisión constitutiva de dolo<sup>153</sup> o culpa grave<sup>154</sup>, y que lo hizo con ocasión del ejercicio de sus funciones<sup>155</sup>, máxime cuando existe un vínculo legal fundamentado en el hecho de que el interventor es un particular que cumple una función pública respecto de los contratos que celebren con entidades estatales.

En ese sentido, la Corte Constitucional, en sentencia del 25 de junio de 2002, señaló lo siguiente<sup>156</sup>:

...Es evidente, que cuando a un particular se le confía por el Estado el ejercicio transitorio de funciones públicas, aun cuando no abandona por ello su condición de tal, en la medida en que ejerce esas funciones puede llegar a comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado, y con su actuación causa un daño antijurídico a alguien. Por ello, el artículo 123 de la Carta ordena al legislador la determinación del régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, régimen éste dentro del cual, necesariamente tiene cabida la posibilidad de hacer efectivo respecto de ellos el inciso segundo del artículo 90 de la Carta, pues no se entendería que quedarán exonerados de responsabilidad al ejercer una función pública con dolo o culpa grave, mientras los servidores públicos si podrían ser llamados a responder, pues donde existe la misma razón de hecho ha

---

<sup>152</sup>El artículo 90 inciso 2° de la Constitución Política señala que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste. La acción de repetición tiene desarrollo legal en la ley 678 de 2001.

<sup>153</sup>La ley 678 de 2001 en su artículo 5° señala con relación al dolo lo siguiente: La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del Estado.

<sup>154</sup>La ley 678 de 2001 en su artículo 6° señala con relación a la culpa grave lo siguiente: La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

<sup>155</sup>GAITAN, Jaime Lemoine. Responsabilidad del interventor. Seminario Internacional de Interventoría y Seguimiento de Proyectos Públicos-memorias. Universidad Nacional, Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID). Bogotá, 2010. p, 71.

<sup>156</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-484 del 25 de junio de 2002, Magistrado Ponente Alfredo Bernal Sierra.

de imponerse la misma solución en derecho, conclusión ésta que además, encuentra como soporte jurídico-constitucional el artículo 124 de la Carta, en cuanto atribuye al legislador la determinación de la manera de hacer efectiva la responsabilidad de los servidores públicos, aplicable en este caso a los particulares que transitoriamente desempeñan funciones públicas, ya que asumen para ese efecto las mismas responsabilidades de los servidores públicos.

De acuerdo con la diferenciación realizada y conforme al pronunciamiento del 26 de abril de 2012 el Consejo de Estado<sup>157</sup>, se colige que para acceder al llamamiento en garantía del interventor es necesario que el llamante demuestre el dolo o la culpa grave de la conducta desplegada por los agentes del Estado en su condición de servidores o ex servidores públicos conforme a la Ley 678 de 2001. En tanto que, si el interventor es una persona jurídica de derecho privado, basta con demostrar el vínculo legal o contractual que sirve de fundamento al llamamiento<sup>158</sup>.

En esa medida y apoyado en los análisis doctrinal y jurisprudencial y la regulación especial que el CPACA , establece, es factible llamar en garantía al interventor de un contrato estatal, bien sea persona jurídica de derecho privado o particular que ejerce funciones públicas, en este caso con fines de repetición, para que como tercero interviniente responda dentro del proceso judicial que se trate tanto por el incumplimiento de las obligaciones del contrato de interventoría, como por los daños ocasionados por su actuación u omisión respecto a la ejecución del contrato sometido a interventoría.

Con fundamento en los pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado y como quiera que la doctrina no ha profundizado sobre el tema, se pueden

---

<sup>157</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2012, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente, 25000-23-26-000-2005-01108-01 (34.904).

<sup>158</sup>En ese mismo sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 31 de enero de 2008, radicación 25000-23-26-000-2005-02615-01 (33.279), Consejera Ponente Myriam Guerrero de Escobar, señaló que dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario, y como se anotó, tal responsabilidad no se predica de las personas jurídicas.

citar algunas circunstancias y/o eventos en los cuales se puede llamar en garantía al interventor:

Cuando a consecuencia de la solicitud del interventor para que el contratante declare el incumplimiento parcial del contrato de obra al contratista, se genere la acción contractual donde la entidad contratante sea demandada y llame en garantía al interventor por haber sido el encargado de la interventoría respecto al control de la ejecución del contrato que dio lugar a que el contratante ejerciera la potestad excepcional<sup>159</sup>; cuando se genera un daño que da lugar a la acción de reparación directa donde la entidad contratante es demandada para obtener la declaración de responsabilidad y la consecuente indemnización de perjuicios, el interventor es llamado en garantía por la deficiente labor de control, supervisión y vigilancia en la ejecución y cumplimiento de sus obligaciones de interventor contenidas en el contrato de interventoría, por cuanto el contratista ejecuta una obra que no cumple con los estándares de calidad exigidos<sup>160</sup>; y por último, cuando surgen daños o perjuicios ocasionados a la administración por razón a la celebración y/o ejecución de un contrato de interventoría en el cual hubiese obrado erróneamente el interventor, siendo precisamente ese error de conducta, la fuente predicable del daño o perjuicio que ha sido causado a la administración y que sean causa eficiente y determinante para que pueda exigir de éste una indemnización, por reembolso total o parcial<sup>161</sup>.

Finalmente, la relación de garantía que permite y legitima al Estado para poder llamar en garantía al interventor nace por virtud de la ley que dispone la responsabilidad de éste frente al Estado, por lo que el efecto jurídico converge en

---

<sup>159</sup>Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de enero de 2011, Consejero Ponente Enrique Gil Botero. Expediente 05001-23-31-000-2008-00196-01 (38.277).

<sup>160</sup>Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2012, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente, 25000-23-26-000-2005-01108-01 (34904).

<sup>161</sup>Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Consejera Ponente, María Elena Giraldo Gómez. Expediente 05001-23-26-000-1992-00270-01 (15279). Véase también Laudo Arbitral del Distrito capital, Secretaria de Obras Públicas e Instituto de Desarrollo Urbano vs Consultoría Oscar G. Grimaux y Asociados SAT y Citeco Consultoría S.A. Laudo del 20 de noviembre de 2006. Citado por GAITAN, Jaime Lemoine. Responsabilidad del interventor. Seminario Internacional de Interventoría y Seguimiento de Proyectos Públicos-memorias.

que ante una eventual condena el interventor esté llamado a indemnizar o reembolsar lo que hubiere pagado la entidad contratante producto de una sentencia condenatoria.

De cara a las responsabilidades y funciones que establece el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, la omisión en no dar aviso sobre el incumplimiento por indebido seguimiento del interventor, se configura en un elemento determinante para que se configure el llamado en garantía, caso en el que debe acompañarse de manera clara por la entidad contratante las razones que ineludiblemente llevaron a que la pasividad del interventor configuró la responsabilidad.

## **2.5. Responsabilidad Fiscal del Interventor**

Conforme a lo establecido en los artículos 267 y 268, el control fiscal es una función pública tanto para la administración, como para aquellos particulares que manejen fondos o bienes públicos, este control es ejercido por las Contralorías, es autónomo respecto de otras modalidades de responsabilidad (Gómez, 2012, p. 198). Según esto la contratación es una gestión fiscal:

[...] como quiera que se dispone de recursos públicos para actividades orientadas a cumplir y apoyar los fines estatales, para prestar servicios públicos, para atender funciones públicas o administrativas, para materializar los derechos que el Estado confiere a los habitantes del territorio, o para desarrollar o ejecutar proyectos o políticas públicas; tales finalidades tienen fuente en la Constitución, en la ley, el reglamento, en los actos administrativos, generales, individuales e incluso en otros acuerdos de voluntades. Es decir, siempre hay un título normativo que habilita a los funcionarios públicos o particulares para que dispongan de los recursos públicos; las personas que tienen ese mandato son gestores fiscales en tanto que administran tales recursos (Gómez, 2012, p. 198).

La Ley 610 de 2000 estableció el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal con el objetivo de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares<sup>162</sup>. En el artículo 3 define la gestión fiscal como:

---

<sup>162</sup>En relación al proceso de responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-620 de 1996, manifestó: El proceso de responsabilidad fiscal, atendiendo su naturaleza jurídica y los objetivos que persigue, presenta las siguientes características: a) Es un proceso de naturaleza administrativa, en razón de su propia materia, como es el establecimiento de la responsabilidad que corresponde a los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos. Su conocimiento y trámite corresponde a autoridades administrativas, como son: la Contraloría General de la República y las contralorías, departamentales y municipales) La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumben, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal. Dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Adicionalmente, la declaración de la referida responsabilidad tiene indudablemente incidencia en los derechos fundamentales de las personas que con ella resultan afectadas (intimidación, honra, buen nombre, trabajo, ejercicio de determinados derechos políticos etc.).c) Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo. En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94d) En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.), a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas. En tal virtud, la norma del art. 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

[...] 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.

Con este pronunciamiento vuelve a ser importante comprender que el marco legal funciona en el caso de la interventoría con la evaluación de su efectividad, es decir, que lo que se pone sobre la mesa es sí los principios de idoneidad y de eficacia funcionan de modo adecuado, para cumplir las necesidades de la administración que son cedidas por el Estado a los particulares a través del contrato de obra.

La Corte Constitucional (Sentencia C-529 de 1993) ha complementado el alcance del concepto de gestión fiscal, al considerar que contratante y contratista son gestores fiscales potenciales, puesto que este concepto “alude a la administración o manejo de tales bienes en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión o disposición”. Al referirse a esto Gómez, afirma:

Así, en un contrato que se celebre con recursos públicos siempre se desarrolla alguna de las actividades enunciadas por la Corte. No solo el contratante y contratista, tienen ese carácter de gestores, también lo son el interventor, supervisor, pagador, etc. Todos actúan de manera individual y a veces mancomunada o solidaria (Gómez, 2012, p. 200).

Como se ha dicho, el particular que ejerza funciones de manejo o administración de recursos públicos en la ejecución del contrato estatal, se convierte en gestor fiscal pero para que se predique este tipo de responsabilidad es necesario que la conducta del sujeto, en nuestro caso el interventor, se derive de una actuación u omisión dolosa o gravemente culposa que haya ocasionado el detrimento al erario público, es decir, un daño. El anterior concepto fue definido por el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, de la siguiente manera:

Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público<sup>163</sup>.

Así, para determinar si un agente es responsable fiscal es necesario estudiar sus deberes funcionales derivados del reglamento, contrato, órdenes de servicio y otras herramientas que materialicen su responsabilidad o demuestren una causal eximente. Debe aclararse, que los particulares contratistas que no administren directamente los recursos, sí pueden incidir en el menoscabo del patrimonio público y por tanto están llamados a responder. Es clara la función pública que ejerce el interventor, y teniendo la facultad de autorizar pagos al contratista–constructor, debe observar los mayores niveles de cuidado y previsión, porque su actuación (en caso de ser dolosas o gravemente culposa) pueden llevarlo a ser responsable fiscal.

Para Gómez (2012) la responsabilidad fiscal del interventor puede ocasionarse por:

1. Recibir pagos contractualmente pactados, sin darse cumplimiento a las obligaciones del contrato;
2. Omisión del deber de vigilancia, seguimiento y control por parte del interventor y recibir la cancelación por este concepto. Cabe recordar

---

<sup>163</sup>Los apartes subrayados fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007, al considerar que la palabra inequitativa, no da parámetros que permitan establecer de manera previa, cierta y objetiva, cuando una conducta puede considerarse inequitativa y, por esa razón, determinante de que un daño patrimonial al Estado pueda ser atribuido al agente a título de dolo o de culpa. Esa indeterminación resulta violatoria de los principios de legalidad y tipicidad consagrados en el artículo 29 de la Constitución y que resultan aplicables en todos aquellos eventos en los que se pretenda establecer la responsabilidad de una persona. En cuanto, a la determinación de uso indebido afecta, la posibilidad de desvirtuar la responsabilidad fiscal acreditando la ausencia de daño, con lo cual el juicio fiscal se tornaría en sancionatorio, porque la condena no tendría efecto reparatorio o resarcitorio, sino meramente punitivo, lo cual implicaría, a su vez, atribuir a las contralorías una competencia para investigar conductas indebidas e imponer las correspondientes sanciones, atribuyendo a las contralorías el ejercicio de un control disciplinario que de acuerdo con la Carta corresponde a otros órganos.

que previo a la Ley 610 de 2000, la Ley 42 de 1993 en su artículo 83<sup>164</sup> había comprendido la responsabilidad fiscal de contratistas o particulares vinculados al proceso cuando hubieren causado perjuicios a los intereses patrimoniales del Estado. En cuanto al ámbito de la responsabilidad fiscal del contratista, el artículo 61 de la Ley 610 de 2000 previó que al ser declarado el contratista responsable en un proceso fiscal, debe la Contraloría solicitar a la autoridad administrativa correspondiente que se declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado. Sin perder de vista que según esta declaratoria de responsabilidad, el contratista responde con su propio patrimonio por los perjuicios causados. Pero, debe aclararse que el hecho de ser servidor público o contratista, que administre o maneje recursos públicos, no lo convierte en forma automática en sujeto de responsabilidad fiscal.

Como ya se ha mencionado la responsabilidad civil, fiscal, penal y disciplinaria de los interventores fue estipulada por el Estatuto Anticorrupción en el artículo 82. Sin embargo, en materia fiscal el estatuto se limitó a hacer una modificación de la Ley 610 de 2000 en cuanto al proceso de responsabilidad, creando un procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, sin derogar el procedimiento establecido en la Ley 610 de 2000. En relación al interventor, además de haber regulado el tema de responsabilidad, incluyó la determinación de culpabilidad del gestor fiscal, así:

El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

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

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

---

<sup>164</sup> Declarado derogado por el Art 68 de la Ley 610 de 2000.

En lo que tiene que ver con el aspecto fiscal, la Contraloría a nivel constitucional tiene establecidas unas competencias<sup>165</sup> que se aplican claramente en la labor del interventor. Para ampliar esta concepción es necesario revisar algunos conceptos relativos al tema bajo la consideración de que constituyen *per se* criterios auxiliares de interpretación a la luz del artículo 230 de la Constitución Política. Así señala la Procuraduría General (2011) que el objeto del contrato de interventoría, y conforme a la Sentencia C-037 de 2003, el ejercicio de las potestades del interventor implica el ejercicio de funciones públicas, tal como se desprende de la ley 1474 de 2011 (Cfr. artículos 44, 82, 83, 84 y 85, en concordancia con el artículo 56 de la ley 80 de 1993), donde se dan claras herramientas para procurar que el objeto contractual respectivo esté previsto en el contrato celebrado con la administración.

Así mismo, se precisa (Concepto del 7 de diciembre de 2012) que antes de funciones y tareas, la interventoría debe cumplir con una misión, satisfacer unos objetivos y asumir unas responsabilidades; según esto su función es la de apoderarse de unos compromisos específicos, en los que debe desarrollar algunas actividades, aportar recursos humanos, principalmente, para el cumplimiento eficaz de su misión. La interventoría, sea cual sea su alcance, es una labor de consultoría:

Con la sola definición de lo que es la Interventoría y que nace en el Artículo 32 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, su función consiste en controlar que el contratista durante la ejecución de su contrato se ciña a los plazos, términos, y demás condiciones contractuales, garantizando la eficiente y oportuna inversión de los recursos establecidos contractualmente, colaborando con el contratista en la correcta ejecución de los trabajos con orden y eficiencia, resolviendo con prontitud los requerimientos técnicos del contratista, previniendo con su experiencia y análisis los posibles inconvenientes técnicos y financieros en el desarrollo del contrato, verificando y supervisando las actividades del contratista encaminadas a cumplir las especificaciones técnicas, actividades administrativas, requerimientos socio – ambientales, legales y presupuestales,

---

<sup>165</sup>La Constitución Política, en el inciso primero del artículo 267, establece que el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Por su parte el artículo 272 señala que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva. La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

establecidos en los Pliegos de Condiciones y en los contratos o Convenios que se celebren, teniendo como referencia los principios establecidos en la Ley 80 de 1993.

En lo relacionado con la responsabilidad de los interventores en la contratación estatal señala la Contraloría (Concepto del 19 de diciembre de 2012) que con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda, de ese modo precisó:

De otra parte, la interventoría consistirá “en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría”.

Así, el Legislador expresamente estableció que la supervisión e interventoría contractual implica “el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista”. Para el efecto, los supervisores e interventores están facultados para “solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente”.

Así, incurrirá el interventor del contrato en falta disciplinaria si no exige “la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento”.

Como consecuencia de lo anterior, el interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, o con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, quedará inhabilitado para contratar con el Estado por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del

acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria de los interventores, el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 establece que “los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales” serán sujetos disciplinables y que “Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva”. Luego, el artículo 45 de la misma Ley, mediante la que se modificó el numeral 11 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002, prescribe que el interventor de los contratos estatales responderá por falta gravísima, en los casos consagrados en los numerales 2, 3, 14, 15, 18, 19, 20, 26, 27, 28, 34, 40, 42, 43, 50, 51, 52, 55, 56 y 59 parágrafo 4 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, en cuanto resulten compatibles con su función.

Sin embargo, como se vio en lo relacionado a la responsabilidad fiscal, el concepto toca tangencialmente el contenido de la ley, sin entrar a efectuar un mayor análisis al respecto (al centrarse en mayor medida en la causal de responsabilidad disciplinaria que puede generarse). Por lo tanto, se limitó a analizar desde la ley la interventoría como figura legal, más no desde el ámbito de la responsabilidad fiscal en que puede llegar a incurrir el interventor. Ahora bien, conviene hacer la distinción entre la *acción de repetición* y *proceso de responsabilidad fiscal*. El Consejo de Estado ha precisado que si bien gozan de una similitud, no puede hablarse que son iguales:

Al comparar los dos regímenes, se encuentra que ambos tienen un objeto similar, el cual consiste en que la administración exija por parte del funcionario público el reembolso del pago que haya debido hacer, en el primer caso, por un daño antijurídico achacable a una conducta dolosa o gravemente culposa del agente público y en el segundo, por un detrimento al patrimonio público debido a una mala ejecución de la gestión fiscal.

La diferencia la encontramos en el elemento objetivo del daño, en el procedimiento de responsabilidad fiscal, debe existir un daño patrimonial al Estado, en la acción de repetición un daño antijurídico a un tercero (Sentencia del 7 de febrero del 2011).

Por ello, el carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas, en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales, sin que

este ejercicio comporte la determinación de un tipo de responsabilidad diferente de la fiscal. Sobre el particular, podemos referir al siguiente caso:

El señor Hernán Josué Arbeláez Arbeláez, fue declarado responsable fiscalmente por la Contraloría General de la República (Sentencia del 28 de Abril de 2011), en su calidad de interventor del Contrato núm. 03 de 2000, para la construcción de la vía que permitiría al Municipio de Roncesvalles unirse al Departamento del Valle, denominada "Ampliación del Camino de Herradura La Mina-Carangal". La Contraloría General de la República profirió Auto de imputación de responsabilidad fiscal, al considerar que se daban los tres elementos que se requieren para el efecto, como son:

1. Daño patrimonial al Estado: se configuró de acuerdo con el informe de la auditoría fiscal y con lo que se probó dentro del proceso de responsabilidad, "por cuanto las obras ejecutadas objeto del contrato núm. 03 de 2000, recibidas en el acta final no cumplen con los diseños establecidos, y están incompletas, deficiencia que se atribuye a la mala clasificación y medida del material de corte, como al deficiente control de la interventoría a las obras, lo que origina detrimento patrimonial para el Estado, por la suma de \$58'722.190,20."
2. Conducta culposa: se configuró por el hecho de que el demandante, en el ejercicio de sus funciones, "fue descuidado y negligente al no revisar y tener en cuenta que las cantidades de obras eran inferiores y de buena calidad, a las pactadas en el referido contrato. Además, porque no se ejerció la vigilancia de las obras en la forma personal, y se atuvieron a la realizada por un tercero, es decir a obreros, para efectos de liquidar el contrato, originando con ello el detrimento patrimonial para el Estado.
3. Nexo causal: se configuró, porque "la conducta desplegada por el demandante fue negligente y deficiente en su función como interventor del contrato, al permitir y pagar obras en cantidades menores a las contratadas por la entidad pública, originando sin duda un perjuicio económico para la Nación.

De ese modo se precisa cómo la conducta indebida en el contrato de obra, tiene unas implicaciones que intentan salvaguardar el interés social que se ve en juego en este tipo de contratos y lo hace revisando la eficacia del sujeto privado al cual se le transfieren, por extensión, las funciones de la administración. De ese modo la cuestión pasa a ser un agudo tema en el ámbito del derecho administrativo, pues, sobre la normatividad se apuestan una serie de elementos de análisis que van más

allá de la simple vigilancia y control. La normatividad que salvaguarda las instituciones debe estar estructurada sólidamente, entre los límites del *sujeto privado*, el aparato estatal y los intereses sociales, elementos inexorablemente unidos en una matriz que se juega a diario en los espacios de la función público-administrativa.

### 3. CAPÍTULO: ANÁLISIS DE LAS FUNCIONES DEL INTERVENTOR A PARTIR DE LOS MANUALES, PLIEGOS, ANEXOS Y EL CONTRATO DE INTERVENTORÍA

A partir de los referentes jurídicos dados por el legislador, el ejecutivo, la Jurisprudencia del Consejo de Estado, además de las decisiones y conceptos de la Procuraduría y Contraloría, se evidencia que para realizar una comprensión integral de las funciones del interventor, es necesario hacer el estudio respecto de los manuales, estudios previos, pliegos de condiciones, anexos y el contrato de interventoría, con lo que se pretende evidenciar sí en la práctica el *marco jurídico* que rige la figura es eficiente y eficaz. Para realizar tal estudio, se ha manejado un ejercicio casuístico (rastreo) de carácter comparativo frente a Bogotá (Instituto de Desarrollo Urbano IDU) y Medellín. La selección de estas dos entidades se realiza en torno a la supervisión y la interventoría para posibilitar un panorama regional de dos de las principales ciudades del país. Al existir tres estudios efectuados dentro de la línea de investigación en Tendencias y Perspectivas del Derecho Administrativo<sup>166</sup> sobre entidades nacionales, se hace necesario un ejercicio complementario que evidencie aspectos del orden regional en correspondencia con el orden nacional; este análisis sería incompleto si no nos referimos a la forma en que se lleva a cabo en las entidades territoriales, para el caso municipio y distrito, de cara a la reglamentación que cada uno establece en aplicación del principio de autonomía que les otorga la Carta. En artículo 2 de la Ley 80 de 1993, se hacen referencia las entidades estatales, en las que se incluye a los municipios y distritos. Bajo esa línea y una vez realizados estudios sobre entidades del orden nacional, se procedió a seleccionar dos ciudades significativas Bogotá y Medellín.

---

<sup>166</sup> Los estudios realizados se centran en: 1. Diagnóstico de la Supervisión del Contrato Estatal en los Ministerios y Departamentos Administrativos en Colombia. 2. La Supervisión de los contratos estatales celebrados por las Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales de la Administración Nacional. 3. La Supervisión de los Contratos Estatales en las Entidades Autónomas del Nivel Nacional de la Administración Pública.

Dentro de la selección de Bogotá, se hace una limitación en el estudio al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, al ser una de las entidades dentro del Distrito de Bogotá, que más contratación lleva a cabo en la ciudad y dado su presupuesto e importancia en obras; este análisis es trascendente al ser, de igual forma, la capital del país la que centraliza varios aspectos de la contratación.

A continuación se procederá a revisar la forma en que las entidades reglamentan el seguimiento en la ejecución contractual, los pliegos de condiciones dentro del concurso de méritos y contratos estatales de interventoría suscritos desde el año 2010 al 2013, advirtiendo que su contenido es *literal* en algunos apartes, donde se acudió a la transcripción integral de los textos.

### **3.1 Observaciones sobre el Instituto de Desarrollo Urbano**

#### *Naturaleza Jurídica*

El IDU fue creado por el Concejo de Bogotá a través del Acuerdo 19 de 1972, como un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; teniendo como objetivo la ejecución de obras públicas de desarrollo urbanístico ordenadas dentro del Plan General de Desarrollo y los planes y programas sectoriales. Así como las operaciones necesarias para la distribución, asignación y cobro de las contribuciones de valorización y de pavimentación<sup>167</sup>. De

---

<sup>167</sup> El referido Acuerdo establece las siguientes funciones: 1. Ejecutar obras de desarrollo urbanístico tales como apertura, ampliación, rectificación y pavimentación de vías públicas, construcción de puentes, plazas cívicas, plazoletas, aparcaderos, parques y zonas verdes con sus instalaciones, servicios y obras complementarias. 2. Ejecutar obras de renovación urbana: conservación, habilitación, remodelación. 3. Construir edificios e instalaciones para servicios comunales, administrativos, de higiene, de educación y culturales. 4. Colaborar con la Secretaría de Obras Públicas, en el mantenimiento y conservación de vías. 5. Ejecutar obras relacionadas con los programas de transporte masivo. 6. Ejecutar obras de desarrollo urbano, dentro de programas de otras entidades públicas o privadas, o colaborar en su ejecución o financiación. 7. Realizar, conforme a disposiciones vigentes, las operaciones administrativas de cálculo, liquidación, distribución, asignación y cobro de la contribución de valorización, a causa de obras de interés público o de servicios públicos, ya construidas, en construcción o que se construyan por el instituto o por cualquiera otra entidad o dependencia del Distrito, o por obras que ejecuten otras entidades públicas, cuando el crédito sea cedido al Distrito Especial o al Instituto, o cualquiera de estos sea delegado para su cobro. 8. Ordenar las expropiaciones necesarias para la ejecución de los planes y programas

tal suerte que el IDU obedece a la lógica del campo social que persigue unos fines sociales determinados.

#### *Manual de Contratación*

La entidad cuenta con un manual de contratación adoptado a través de la Resolución 693 del 15 de marzo de 2010. El acto administrativo, establece que la supervisión en la ejecución del contrato estará a cargo de un supervisor o de un interventor externo, según el caso. Y en cuanto a las obligaciones de cada uno, advierte que serán las fijadas en las normas internas que se expidan sobre la materia y las estipuladas en los respectivos contratos. No obstante, establece que la función de supervisión deberá desarrollarse atendiendo lo establecido en el Manual de Interventoría.

#### *Manual de Interventoría y/o Supervisión*

El IDU, adoptó el manual de interventoría a través de la Resolución 965 del 9 de octubre de 1998, que fue modificándose en la medida de los cambios normativos de orden nacional. En el 2012, expide la Resolución No. 2114 de 2012, “por la cual adopta la versión 2.0 del Manual de Interventoría y/o Supervisión de contratos de infraestructura Vial y Espacio Público”. En los considerandos del acto administrativo, se señala que la Ley 1474 de 2011, estableció nuevas regulaciones en materia de interventoría y supervisión de contratos estatales. Además, los Decretos 019 y 734 de 2012, introdujeron cambios a la normativa contractual por lo que se hace necesario una nueva versión del Manual de Interventoría y/o supervisión de Contratos.

---

aprobados. 9. Adquirir bienes muebles o inmuebles, administrarlos, enajenarlos y gravarlos. 10. Obtener recursos de crédito para la financiación de sus programas y obras propios. 11. Emitir bonos de deuda pública. 12. Celebrar los contratos que requiera la administración de los Fondos Rotatorios a su cargo y que sean necesarios para el cumplimiento de los fines específicos de éstos, gravar los bienes adscritos a cada fondo y pignorar total o parcialmente sus respectivos patrimonios o rentas y el producto de los gravámenes, en garantía de operaciones de crédito para la realización de las obras que causen contribuciones. 13. En general, celebrar toda clase de negocios jurídicos, de administración, disposición, gravamen o compromiso de sus bienes o rentas, dentro de la órbita de sus funciones.

## *Objetivo*

Definir y especificar las actividades mínimas a desarrollar por los diferentes actores involucrados en la ejecución de contratos celebrados por el IDU, contribuyendo al buen manejo y desarrollo exitoso de todos los proyectos.

## *Alcance*

Facilitar el control y seguimiento del desarrollo a los contratos, desde el momento en el que se suscriben, hasta el recibo de productos y su liquidación. Es una herramienta de obligatorio cumplimiento para los servidores públicos, contratistas de prestación de servicios, de apoyo a la gestión que la entidad contratante y a la supervisión de personas (naturales y jurídicas) que suscriban contrato de consultoría, obra, conservación e interventoría. El documento está compuesto de lo siguiente:

1. Normatividad: En ella se describen normas de la contratación estatal, disciplinarias, técnicas, relacionadas con el predial, con el medio ambiente, seguridad social, en torno al tránsito, financiera y, aplicables a convenios con entidades públicas y privadas.
  
2. Gestión Administrativa: En esta parte se establece la forma en que la interventoría deben presentar los informes, discriminados en: 1. Informe Ejecutivo de la Fase Preliminar. 2. Informe Semanal de Interventoría. 3. Informe Mensual de Interventoría. 4. Informe para Seguimiento a Contratos con Garantía de Estabilidad. 5. Informe Final de Interventoría.
  
3. Anticipo y Formas de Pago: En este acápite se establece lo relativo a: 1. Anticipo, 2. Apertura de la cuenta de manejo de anticipo, 3. Liquidación del anticipo, 4. Reintegro de Saldos del anticipo, 5. Radicación de cuentas, 6.

Mayores cantidades de obra, 7. Mayor prestación de servicios de Interventoría y, 8. Ítem no Previsto.

4. Generalidades de Interventoría y la Supervisión: En esta parte discrimina las distintas etapas que se pueden presentar, señalando las siguientes: 1. Factibilidad, 2. Diseño, 3. Diseño con supervisión directa de la entidad, 4. De la Construcción, 5. De la Conservación.

#### *Generalidades sobre la Interventoría*

En este acápite, el IDU establece en la misma forma que lo consigna el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, los conceptos de interventoría y supervisión, mostrándose acorde con lo establecido en la Ley 734 de 2002 y el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, junto con la prohibición prevista en el artículo 5 de la misma norma. Sin embargo, no delimita de manera alguna cuando procede la contratación del interventor o la del supervisor.

#### *Análisis de Contratos de Interventoría*

Para la vigilancia en la etapa de la construcción, la entidad establece tres fases: 1. Preliminar, 2. Ejecución y 3. Liquidación. Estas fases, se estudian aquí a través del análisis de contratos de Interventoría suscritos por la entidad, junto con los anexos técnicos. Para el presente estudio se tomó una muestra de diez contratos suscritos por el IDU. La discriminación se llevó a cabo atendiendo los procesos de selección a través del concurso de méritos, realizados por la Institución en 2011, 2012, y 2013.

El estudio se concreta en aspectos técnicos de obra, sin embargo, en algunos de ellos la interventoría fue contratada para adelantar una vigilancia integral. De los procesos de selección de la entidad, fueron tomados objetos del contrato de obra que fueran distintos con el fin de advertir la forma en que se definían las funciones

y obligaciones a cargo del interventor. El estudio pretende advertir el grado de afectación en los acuerdos de voluntad con el cambio de legislación. Los contratos analizados son los siguientes:

1. Contrato 930 de 2013, Interventoría técnica, administrativa, financiera, legal, social, ambiental y S&SO para la complementación de diseños y construcción de accesos a barrios y pavimentos locales grupo 1, localidades de Usme y San Cristóbal, en Bogotá, D.C.
2. Contrato 823 de 2013. Interventoría técnica, administrativa, legal, financiera, social, ambiental y S&SO para el mantenimiento estructural y actualización sísmica de la plazoleta y sótano de parqueaderos del Concejo de Bogotá y las obras del espacio público hasta el costado norte de la calle 26, en el marco de una primera etapa del proyecto conjunto monumental CAD en Bogotá, D.C.
3. Contrato 006 de 15 de febrero de 2013. Interventoría técnica, administrativa, financiera, legal, social y ambiental para ejecutar a precios unitarios las obras y actividades para la intervención de la calle 164, entre carrera 20 y carrera 21, y de la carrera 21 entre la calle 163 y calle 164, en atención a fallos proferidos en acciones populares, en Bogotá, D.C.
4. Contrato 004 de 7 de febrero de 2013. Interventoría técnica, administrativa, legal, financiera, social, ambiental y S&SO para la construcción de las obras de la calzada occidental del par vial de la avenida Gonzalo Ariza entre la calle 72 y empalme con la carrera 11c Bogotá, D.C.
5. Contrato 001 de 11 de enero 2013. Interventoría técnica administrativa, financiera, legal, ambiental y social para la complementación de los estudios y diseños, mantenimiento, rehabilitación y/o construcción de la

calle 169 b en el sector comprendido entre el canal de córdoba y la avenida Boyacá en Bogotá, D.C.

6. Contrato 005 de 11 de febrero de 2013. Interventoría técnica, administrativa, legal, financiera, social, ambiental y S&SO para la construcción de la avenida Germán Arciniegas, entre la avenida Carlos Lleras Restrepo y la calle 106 en Bogotá, D.C.
7. Contrato 898 de 2013. Interventoría técnica, administrativa, legal, financiera, social, ambiental y S&SO para los estudios, diseños y la construcción de la estación bosa para el sistema de Transmilenio y adecuación de puentes peatonales de acceso, ubicados en la autopista sur entre las calles 63s y 65cs en Bogotá, D.C.
8. Contrato 871 de 24 de mayo de 2013. Interventoría técnica, administrativa, legal, financiera, social, ambiental y S&SO para la construcción de las obras faltantes en la avenida santa lucia desde la avenida Jorge Gaitán Cortes hasta la avenida General Santander. Proyecto 170 del grupo 1 del acurdo de valorización 180 de 2005 en Bogotá, D.C.
9. Contrato 085 d 31 de diciembre de 2012. Interventoría técnica, administrativa, legal, financiera, social, ambiental y S&SO para la construcción de las obras estabilización geotécnica del talud ubicado en la vía la calera entre el restaurante el tramonti y el mirador de la paloma localizado en el costado oriental de la vía a la calera en Bogotá, D.C.
10. Contrato 055 de 29 de diciembre de 2011. Interventoría técnica para las vías intermedias y locales ejecutadas por urbanizadores y/o terceros en Bogotá, D.C<sup>168</sup>.

---

<sup>168</sup>Los estudios, pliegos y contratos se consultaron de la página [www.contratos.gov.co](http://www.contratos.gov.co) campo relativo al IDU.

Del estudio integral de los referidos actos contractuales se extraen las siguientes obligaciones:

1. Conocer, cumplir y hacer cumplir las normas y especificaciones técnicas vigentes, los pliegos de condiciones, los estudios y diseños aprobados, las obligaciones sociales y ambientales, el programa de salud ocupacional y demás documentos propios de los contratos tanto de interventoría como de obra. Teniendo en cuenta los principios de economía, eficiencia, celeridad y calidad<sup>169</sup>. De este primer punto se evidencia una concordancia frente la corresponsabilidad con intereses de orden público como el medio ambiente.
2. Verificar y controlar el replanteo de la obra, de tal forma que permita localizar adecuadamente el proyecto sobre el terreno. Asegurar la permanencia de las referencias topográficas establecidas su protección, traslado o reposición cuando sea necesario<sup>170</sup>.
3. Pronunciarse y plantear soluciones sobre cualquier inconsistencia que se encuentre durante la ejecución de la obra respecto de los estudios y diseños. Recibir, verificar, analizar y pronunciarse respecto de las posibles soluciones propuestas por el constructor<sup>171</sup>.
4. Recibir, verificar y analizar que los errores argumentados por el contratista fueron demostrados técnicamente e implican modificaciones en los diseños. Deberá remitir al IDU su concepto técnico junto con el del constructor para los efectos pertinentes. En caso que se aplique deberá seguir el

---

<sup>169</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto en el contrato 055 de 2011 (Celebrado con antelación al Manual de Interventoría de 2012).

<sup>170</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto en el contrato 055 de 2011

<sup>171</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto en el contrato 055 de 2011

procedimiento de cambio de estudios y diseños aprobados en etapa de construcción y/o conservación (resolución)<sup>172</sup>.

5. Convocar y participar en las reuniones de seguimiento y/o visitas conjuntas con el constructor y sus especificaciones proponiendo alternativas, generando soluciones y demás acciones para el buen desarrollo del proyecto. Elaborar y suscribir el acta de seguimiento al contrato<sup>173</sup>.
6. Tomar todas las medidas tendientes a garantizar el cronograma de la obra, las especificaciones técnicas y el programa de inversiones aprobado por la interventoría en la fase de preliminares, asegurando el uso adecuado y oportuno de los recursos. En caso de incumplimientos efectuar de manera inmediata los correctivos necesarios. En caso de variaciones por atraso en la ejecución prevista, presentar de inmediato a la supervisión para su estudio y aprobación el plan de contingencia<sup>174</sup>.
7. Exigir el cumplimiento al contratista de la implementación del plan de manejo de tráfico aprobado por la fase de preliminares por la SDM<sup>175</sup>.
8. Cumplir su plan de calidad y verificar el plan de calidad entregado por el constructor. Enviar al IDU una certificación del cumplimiento del plan de aseguramiento de calidad del interventor, anexo al informe mensual de interventoría<sup>176</sup>.
9. Aprobar la reprogramación del proyecto cuando la interventoría y/o IDU lo solicite para el buen desarrollo del mismo de acuerdo con lo estipulado en

---

<sup>172</sup> Obligación estipulada en todos los contratos. sin embargo, se adiciona: “en caso de que los argumentos no sean procedentes lo devolverá con el respectivo concepto al constructor.”

<sup>173</sup> Obligación estipulada en todos los contratos.

<sup>174</sup> Obligación estipulada en todos los contratos.

<sup>175</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011.

<sup>176</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011.

el manual de interventoría y/o supervisión de contratos de infraestructura vial y espacio público vigente del IDU<sup>177</sup>.

10. Recibir del contratista de obra las medidas de contingencia tendientes al cumplimiento del objeto del contrato dentro del plazo previsto. De lo contrario deberá revisar, aprobar y radicar en el IDU o devolver al contratista para sus ajustes la nueva programación con las justificaciones necesarias para la ejecución del contrato<sup>178</sup>.
11. Revisar, verificar, aprobar, firmar y entregar oportunamente los informes semanales, mensuales y finales de los contratos en medio físico y digital<sup>179</sup>.
12. Recibir, estudiar, pactar y aprobar los análisis de precios unitarios de los ítems no previstos presentados por el constructor para lo cual debe elaborar, suscribir y presentar al IDU los formatos análisis de precios unitarios y acta de fijación de precios no previstos. Para aquellos ítems cuyo valor en costo directo supere el precio tope establecido por el IDU, enviar al IDU para su aprobación los formatos y los documentos soporte del valor pactado<sup>180</sup>.
13. Recibir los resultados de los ensayos de laboratorio realizados por el constructor. Analizarlos y emitir concepto al IDU, de acuerdo a las exigencias de las especificaciones del contrato<sup>181</sup>.
14. Realizar los ensayos de laboratorio con el fin de corroborar la calidad de los materiales y de la obra, de conformidad con las especificaciones contratadas para el proyecto. Presentarlos al IDU cumpliendo con la guía

---

<sup>177</sup> Obligación estipulada en todos los contratos. Sin embargo en los contratos 001, 006, 871 y 085 se reemplaza por el manual integral de proyectos de infraestructura vial y espacio público.

<sup>178</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011.

<sup>179</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>180</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>181</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

metodológica para la recolección de información y cargue de la base de datos del inventario de la malla vial, espacio público y puentes<sup>182</sup>.

15. Revisar que los planos record por unidad funcional de obra construida cumplan con lo establecido en la guía SCAD-GIS. Revisar que la actualización del inventario de la malla vial y de la digitalización de los resultados de ensayos de laboratorio cumplan con lo establecido en la guía metodológica para la recolección de información y cargue de la base de datos del inventario de la malla vial, espacio público y puentes<sup>183</sup>.

16. Verificar los correctivos del caso cuando los resultados de ensayos de laboratorio no cumplan con las especificaciones contratadas para el proyecto. Analizar los nuevos ensayos de laboratorio que prueben el cumplimiento de las especificaciones contratadas. En caso de incumplimiento se abstendrá de recibir la obra y solicitará al IDU iniciar las acciones administrativas y legales del caso<sup>184</sup>.

17. Verificar con la debida antelación en terrero en compañía del constructor, las cantidades y calidad de las obras con el fin de suscribir en conjunto con el constructor el acta de recibo parcial de la obra, utilizando como soporte de esta verificación las pre-actas correspondientes<sup>185</sup>.

18. Elaborar y suscribir en conjunto con el IDU, el acta de recibo parcial de la interventoría previo cumplimiento de los requisitos contractuales establecidos<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>183</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>184</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>185</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>186</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

19. Elaborar, suscribir y remitir al IDU la terminación de ejecución de obra a más tardar en la fecha de vencimiento del plazo de la etapa de ejecución. En la terminación se deben relacionar las obras ejecutadas, el estado en que se encuentran y el cronograma de entrega de los detalles de los faltantes<sup>187</sup>.
20. Convocar y asistir de manera conjunto con las ESP, entidades competentes y constructor a la visita de inspección detallada, para verificar el estado final de las obras. Debe asistir con todos los especialistas respectivos<sup>188</sup>.
21. Revisar que los planos record de obras construidas cumplan con lo establecido en la guía SECAD-GIS. Revisar que la actualización de inventario de malla vial y la digitalización de los resultados de ensayo de laboratorio cumplan con lo establecido en la guía metodológica para la recolección de información y cargue a la base de datos del inventario de la malla vial, espacio público y puentes<sup>189</sup>.
22. Elaborar y suscribir con el constructor la terminación del plazo contractual y remitirlo al IDU<sup>190</sup>.
23. Elaborar y suscribir junto con el constructor, el acta de recibo final de la obra, una vez se hayan atendido las no conformidades encontradas<sup>191</sup>.
24. Consolidar y radicar en el IDU el informe de seguimiento de la garantía única, verificando que incluya lo indicado en el formato lista de verificación contenido informe de interventoría<sup>192</sup>.

---

<sup>187</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>188</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011. Sin embargo en el contrato 898 se adiciona: *“así mismo convocar y asistir de manera conjunta con el constructor, TRASMILENIO S.A e IDU para verificar el estado final de la estación bosa y elaborar el acta que resulte de dicha verificación”*

<sup>189</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011.

<sup>190</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>191</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011.

<sup>192</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011.

25. Elaborar y radicar en el IDU el informe final de interventoría de obra, según lo indicado en el manual de interventoría y/o supervisión de contratos de infraestructura vial y espacio público vigente del IDU. La interventoría. La aprobación del mismo por parte del IDU, es requisito para la liquidación del contrato de interventoría. La aprobación del mismo por parte del IDU es requisito para la liquidación del contrato de interventoría<sup>193</sup>.
26. Verificar y certificar el retiro de la señalización temporal utilizada tanto en la obra como en los desvíos y la implementación de la señalización y demarcación de pavimentos definitivos para la obra y para las vías utilizadas como desvíos<sup>194</sup>.
27. Vigilar que las garantías constituidas sean actualizadas de ser necesario de acuerdo con lo establecido en el Decreto 734 de 2012 y la normatividad vigente<sup>195</sup>.
28. Consignar en la respectiva acta todos los convenios, acuerdos y pactos que sean necesarios y convenientes para el normal desarrollo de los trabajos contratados y en defensa de los intereses de las entidades representadas en la dirección técnica de construcciones del IDU<sup>196</sup>.
29. Presentar informes en forma semanal y mensual conforme a los parámetros definidos en el manual de interventoría y/o supervisión de contratos de infraestructura vial y espacio público vigente del IDU y adicionalmente cualquier otro informe requerido por la Dirección Técnica de Construcciones, referido al desarrollo de los trabajos, problemas

---

<sup>193</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011. Sin embargo en los contratos 001, 006, 871 y 085 se reemplaza por el manual integral de proyectos de infraestructura vial y espacio público.

<sup>194</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>195</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>196</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

presentados, soluciones y determinaciones, avances, actividades de la interventoría, etc., en forma tal que permita una visión clara y completa del estado de los trabajos<sup>197</sup>.

30. Atender las reclamaciones, sugerencias y demás solicitudes elevadas por el contratista, resolviendo aquellas que sean de su competencia y dando traslado a las que no lo sean, adjuntando su concepto al respecto<sup>198</sup>.

31. Ejecutar las demás actividades que detallan en el pliego de condiciones, anexo técnico y apéndices como funciones de carácter técnico<sup>199</sup>.

32. Resolver toda consulta sobre la interpretación de planos, especificaciones, pruebas, ensayos y pliego de condiciones<sup>200</sup>.

33. Controlar permanentemente la calidad de las obras, autorizar el número y tipo de prueba y estudios especiales, interpretar, aprobar y convalidar los ensayos de laboratorios de suelos, barrenos y perforaciones con equipo de percusión que fuere necesario realizar<sup>201</sup>.

34. Estudiar los incumplimientos, iniciar los procedimientos sancionatorios oportunamente y mantener informado al IDU de hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato<sup>202</sup>.

---

<sup>197</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011. Sin embargo, en los contratos 001, 005, 898 y 823 se adiciona: “de acuerdo a lo convenido la Dirección Técnica de Construcciones”

<sup>198</sup> Obligación estipulada en todos los contratos.

<sup>199</sup> Obligación estipulada en todos los contratos.

<sup>200</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>201</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011. Sin embargo, en el contrato 823 se adiciona: “según lo establecido en el Manual de interventoría y/o supervisión de contratos de infraestructura vial y espacio público del IDU y el pliego de condiciones.”

<sup>202</sup> Obligación estipulada en todos los contratos.

35. Realizar las funciones específicas determinadas en el contrato de obra al que se efectúa la interventoría<sup>203</sup>.
36. Vigilar el cabal cumplimiento de las actividades a efecto de lograr el correcto desarrollo de los trabajos<sup>204</sup>.
37. Revisar, aprobar y complementar conjuntamente con el contratista los informes y las cuentas que estos presenten al IDU<sup>205</sup>.
38. Hacer las observaciones que estime convenientes sobre el desarrollo de trabajos<sup>206</sup>.
39. Inspeccionar las labores del contratista y dar su aprobación a las mismas y hacer los reparos a ellas<sup>207</sup>.
40. Facilitar el acceso en calidad de préstamo de los planos, datos, estudios, informes y otros documentos en poder del IDU que sean necesarios para los trabajos del contratista<sup>208</sup>.
41. Servir de conducto regular para las relaciones entre el IDU y el contratista de obra y coordinar las relaciones de interventoría entre sí y aquellas con las diversas dependencias del IDU y de terceras personas o entidades<sup>209</sup>.
42. Ordenar al contratista la intensificación de las labores que no estén desarrollando de conformidad con lo previsto contrato o la suspensión de actividades no contempladas en el mismo o inconducentes para el cumplimiento del objeto<sup>210</sup>.

---

<sup>203</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011.

<sup>204</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>205</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>206</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>207</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>208</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>209</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>210</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

43. Hacer las observaciones a los informes finales por escrito por lo menos 10 días antes de la fecha de entrega de los mismos, verificar y velar porque los informes finales se entreguen con las fechas indicadas<sup>211</sup>.
44. Gestionar junto con el contratista el trámite oportuno de recibo y aprobación de las obras ejecutadas, ante las empresas de servicios públicos del distrito<sup>212</sup>.
45. Asistir a las reuniones del comité de seguimiento de cada contrato, las cuales serán realizadas de conformidad con el manual de interventoría y/o supervisión de contrato infraestructura y espacio público<sup>213</sup>.
46. El interventor se obliga a suscribir junto con el contratista el acta de recibo provisional de obra dentro de los 3 días siguientes a la terminación del plazo de ejecución del contrato de obra, si a ello hubiere lugar<sup>214</sup>.
47. El interventor se obliga a suscribir el acta de recibo final de obra con lleno de los requisitos establecidos en el manual de interventoría y/o supervisión de contrato infraestructura y espacio público dentro de los 30 días hábiles a la suscripción del acta de terminación del contrato<sup>215</sup>.
48. El interventor se obliga a suscribir el acta de liquidación del contrato de obra de conformidad con los requisitos del manual de interventoría y/o

---

<sup>211</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>212</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011. Sin embargo, en el contrato 898 se expresó: “gestionar junto con el contratista de obra, el trámite oportuno de las actas de recibo parcial de obra ante el IDU, verificando el cumplimiento de lo exigido contractualmente, y los lineamientos y exigencias de la Dirección Técnica Administrativa y Financiera del IDU.

<sup>213</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011.

<sup>214</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>215</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011. Sin embargo, en el contrato 898 se adiciona: “Teniendo en cuenta que dentro del plazo establecido deberán estar suscritas las respectivas actas de entrega de recibo a las empresas de servicios públicos y la entrega de la estación Transmilenio s.a.”

supervisión de contrato infraestructura y espacio público dentro del plazo establecido para tal fin<sup>216</sup>.

49. Las demás obligaciones señaladas en el pliego de condiciones y manual de interventoría y/o supervisión de contrato infraestructura y espacio público<sup>217</sup>.

50. Elaborar oportunamente las actas a que haya lugar de conformidad con manual de interventoría y/o supervisión de contrato infraestructura y espacio público, el contrato de interventoría y el desarrollo real de la obra<sup>218</sup>.

51. Diligencias y presentar la totalidad de documentos señalados en el pliego de condiciones<sup>219</sup>.

52. Elaborar y entregar todos los documentos e informes señalados en manual de interventoría y/o supervisión de contrato infraestructura y espacio, pliego de condiciones y aquellos requeridos por el IDU en la ejecución del contrato<sup>220</sup>.

53. Elaborar las fichas de seguimiento a la ejecución del programa en los formatos establecidos por el IDU<sup>221</sup>.

54. Mantener el registro fotográfico del proyecto cumpliendo las especificaciones del manual de interventoría y/o supervisión de contrato

---

<sup>216</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011. Sin embargo se adiciona de conformidad con los requisitos establecidos en el manual de gestión integral de proyectos.

<sup>217</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011. Sin embargo se adiciona de conformidad con los requisitos establecidos en el manual de gestión integral de proyectos

<sup>218</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011. Sin embargo se adiciona de conformidad con los requisitos establecidos en el manual de gestión integral de proyectos

<sup>219</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>220</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>221</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

infraestructura y espacio para la toma, gestión y administración del registro fotográfico establecido por el IDU<sup>222</sup>.

55. Pagar la remuneración base del personal mínimo exigido con los precios máximos señalados en el documento: información pliego, interventoría obra del pliego de condiciones<sup>223</sup>.

56. Realizar las pruebas, ensayos y verificaciones que sean necesarias de acuerdo con lo establecido en el apéndice técnico de la interventoría, además de todos aquellos que sin estar expresamente consignados en este sean técnicamente necesarios e idóneos para corroborar con certeza que los estudios y diseños de detalle y la obra ejecutada por el contratista cumple con los requerimientos contenidos en el contrato de obra., especialmente en los apéndices. Así mismo deberá verificar la calidad de materiales y elementos empleados en obra (agregados, concreto, mezcla asfáltica, acero de refuerzo, adoquines, elementos prefabricados, etc.) sirviendo de comprobación a los controles de calidad que realice el contratista<sup>224</sup>.

57. En el evento en que el IDU deba tomar posesión de las obras por incumplimiento o abandono de las mismas por parte del contratista o por renuencia de éste para su entrega, la interventoría conjuntamente con el área coordinadora del contrato, el garante y el coasegurador, si lo hay, sin necesidad de acto administrativo que lo ordene procederá a efectuar una visita de verificación y toma de posesión de obras, de la cual se levantará un acto en el formato de acta de recibo final de obra, donde se plasmara esta circunstancia, el estado de las obras, las anotaciones y salvedades a que haya lugar, anexando los soportes respectivos<sup>225</sup>.

---

<sup>222</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

<sup>223</sup> Obligación no estipulada en los contratos 055, 085, 871 y 005.

<sup>224</sup> Obligación no estipulada en los contratos 001, 005, 871, 085 y 055

<sup>225</sup> Obligación estipulada en todos los contratos excepto contrato 055 de 2011

Respecto del contrato 055 de 2011, se advierten obligaciones diferentes a las enunciadas, estas son:

1. Exigir a los urbanizadores y/o terceros la implementación de las medidas correctivas a que haya lugar, de manera que cumpla con las especificaciones establecidas en la resolución de urbanismo o instrumentos establecido por el POT, el Código de Policía, las especificaciones generales del IDU, las especificaciones personales de cada proyecto urbanístico y la cartilla de andenes.
2. Mantener durante el tiempo de ejecución del presente contrato el personal necesario, elementos y servicios para el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones establecidas en el mismo. En todo caso número, formación profesional, tecnológica y técnica, la experiencia y dedicación de dicho personal deberá corresponder como mínimo a lo establecido en el pliego de condiciones.
3. Mantener durante el tiempo de ejecución del presente contrato la disponibilidad de equipos, oficinas, laboratorios, talleres, etc., necesarios y suficientes para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el mismo. En todo caso, dichos elementos corresponderán como mínimo a los necesarios para el cabal cumplimiento de lo previsto en el pliego de condiciones y el manual de gestión integral de proyectos de infraestructura vial y espacio público del IDU.
4. El interventor debe asumir todos los costos directos e indirectos que demande la ejecución del presente contrato tales como los gastos de administración, sueldos, horas extras, jornales, horarios y prestaciones sociales del personal que emplee, costos asociados al programa de seguridad industrial y salud ocupacional y al control de calidad de

interventoría, transportes, equipos, costos de laboratorios, investigaciones técnicas, estudios y diseños, asesorías, así como todos los gastos de los impuestos, tasa y contribuciones directos o indirectos, que se causen en virtud de la ejecución del objeto contratado.

En relación a las obligaciones del interventor estipuladas en los requerimientos técnicos (Cfr. [www.contratos.gov.co](http://www.contratos.gov.co)) de cada contrato objeto del presente análisis, debe indicarse que gran parte de las mismas corresponden a las ya descritas en el Manual de interventoría y/o supervisión de infraestructura Vial y de Espacio Público del IDU de 2012. Es decir, que se encuentra un traslado -casi literal- de las funciones del manual a las condiciones técnicas.

Por otra parte, si bien es posible señalar que la descripción de funciones como la forma en que se definen las etapas y las herramientas previstas para llevar a cabo la interventoría son un cambio significativo y relevante. El IDU como entidad especializada en la contratación en materia vial, también cuenta con otras competencias como son las de construcción de edificaciones y de puentes, casos en que la normativa técnica o la forma de seguimiento debería mudar, puesto que en el área de la ingeniería se alteran sustancialmente las normas viales de las de edificaciones y puentes.

En lo que respecta al contrato 055 de 2011, la entidad no señaló las mismas obligaciones, debido a la fecha de celebración del contrato (diciembre de 2011) en la que si bien ya había entrado en vigencia la Ley 1474 de 2011, que impone unas obligaciones taxativas a la interventoría, el IDU para la fecha no había actualizado su manual de interventoría.

### **3.2 Observaciones sobre el Municipio de Medellín**

Frente a la ciudad de Medellín, una de las principales regiones del país, la Entidad Territorial adoptó el Manual de Contratación a través del Decreto No. 0976 de 2009, en el define al interventor como "el agente que controla, vigila, supervisa o coordina

la ejecución del contrato con el ánimo de que este se cumpla a cabalidad o por el contrario, cuando hay dificultades, se tomen las medidas que sean pertinentes". Además advierte ciertas calidades para llevar a cabo la interventoría. Señala el documento que debe ser 1. profesional en ingeniería o profesión a fin, atendiendo lo previsto en el artículo 20 de la Ley 842 de 2003, y los artículos 26 y siguientes de la Ley 400 de 1997. 2. También establece la forma de selección indicando que debe contratar a través del concurso de méritos. Y por último, establece la designación de Interventor, diciendo que, cuando la interventoría sea interna, cada Secretario de Despacho asignará por escrito la interventoría a un funcionario atendiendo que el perfil profesional se ajuste al contrato, y estableciendo las funciones para la vigilancia del contrato.

### *Manual de Interventoría*

Adicional a lo previsto en el Manual de Contratación, la entidad cuenta con un Manual de Interventoría, adoptado mediante el Decreto No. 0626 de 2005. En el que se establece: 1. Objetivo de la Interventoría, 2. Perfil del Interventor, 3. Las funciones de la Interventoría, como sus responsabilidades y 4. Los documentos que emplea la Interventoría.

### *Definición y objeto de la Interventoría*

La interventoría consiste en la *supervisión, coordinación y control* que realiza una persona -natural o jurídica- a los diferentes aspectos que intervienen en el desarrollo de un contrato hasta la liquidación, atendiendo normas y principios previstos en la normativa contractual. Tiene por objeto, *supervisar, controlar y vigilar* las acciones del contratista, haciendo cumplir las especificaciones técnicas, administrativas, legales o financieras establecidas en los *contratos o convenios celebrados*.

### *Perfil del Interventor*

Para el Municipio de Medellín, la interventoría es ejercida tanto por un funcionario como por contratistas que ejerzan funciones administrativas y/o técnicas, siempre y cuando esta función este permitida expresamente en el contrato o en la Ley. La designación se realizará acorde con el con el perfil profesional y fundado en la *idoneidad, conocimientos y experiencia*, además deberá observar los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política.

### *Funciones del Interventor*

En torno a las funciones que tiene a cargo el interventor establece una de carácter general que comprende: 1. Vigilar que las partes cumplan lo pactado en el contrato; 2. Suscribir las diferentes actas; 3. Elaborar la ficha técnica del contrato; 4. Hacer el seguimiento y dejar constancia escrita de la forma como se está cumpliendo el contrato, dentro de los términos señalados en el mismo y, 5. Recomendar a las partes los ajustes o modificaciones que requiera el contrato en términos de plazos, cumplimiento o cualquier otro aspecto que modifique lo pactado inicialmente, lo cual debe ser por escrito y bajo su propia responsabilidad.

Otras de las funciones, están enlistadas en el punto, “Aspectos de la interventoría”, en el que se establecen las relacionadas con aspectos técnicos y administrativos, dependiendo de la naturaleza del contrato y se señalan 46 funciones<sup>226</sup>, y adicional a éstas funciones financieras, las que la entidad denominó “funciones del interventor en el aspecto legal”.

Un aspecto novedoso respecto del manual de interventoría del IDU, es que se establece para el interventor prohibiciones de manera taxativa, consistentes en: 1. Autorizar cambios o especificaciones en el contrato que impliquen mayores o menores cantidades de dinero o de obra con los cuales se modifique su valor, plazo

---

<sup>226</sup> Respecto de las funciones establecidas en el Manual se realizará análisis más adelante, en comparación, con un grupo de contratos seleccionados para tal fin.

u objeto del contrato; 2. Transar diferencias; 3. Conciliar divergencias y 4. Suspender el contrato.

### *Análisis de contratos de interventoría, pliegos y anexos*

Para el presente estudio se tomó una muestra de diez contratos del Municipio de Medellín. La selección se llevó a cabo atendiendo los procesos de selección a través del concurso de méritos, realizados por la entidad territorial en 2011, 2012, y 2013. Se analizan contratos de interventoría en aspectos técnicos de obra, sin embargo, en algunos de ellos la interventoría fue contratada para adelantar una vigilancia integral. De los procesos de selección de la entidad, fueron tomados objetos del contrato de obra que fueran distintos con el fin de advertir la forma en que se definían las funciones y obligaciones a cargo del interventor. Estos fueron:

1. Contrato 4600040634 de 2012. Interventoría Técnica y Administrativa para la ampliación de la planta física de la Institución Educativa El Triunfo Santa Teresa Sección Anexo el Triunfo.
2. Contrato No. 4600046056 de 2013. Interventoría para la construcción de obras y mejoramiento del espacio público peatonal, mediante el plan de andenes.
3. Contrato No. 4600041854 de 2012. Interventoría para la construcción de un laboratorio de criminalística para la regional 6 de la policía en la ciudad de Medellín.
4. Contrato No. 4600045750 de 2013. Interventoría técnica, financiera, legal y ambiental a construcción de la solución hidráulica, estructural y geotécnica, de las quebradas de la Isla y La Malpaso, según punto de referencia la policía en la ciudad de Medellín.

5. Contrato No. 4600042390 de 2012. Consultoría para la Interventoría del mantenimiento y mejora de obras civiles y eléctricas, para las sedes externas del municipio de Medellín.
6. Contrato 4600037209 de 2011. Interventoría para la construcción de la prolongación de la vía Linares (carrera 29) entre la loma de los Balsos y los González, correspondientes al tramo entre la quebrada la Volcana y la calle 9 Sur.
7. Contrato No. 4600033115 de 2011. Interventoría de la construcción, suministro e instalación de defensas viales en diferentes sitios de la ciudad de Medellín y sus corregimientos.
8. Contrato No. 4600044400 de 2012. Interventoría de obras de parcheo de huecos en las vías urbanas y rurales del municipio de Medellín.
9. Contrato No. 4600047954 de 2013. Interventoría de la construcción de obras para la repotenciación estructural del puente de la carrera 46 (avenida oriental) sobre la calle 44 (San Juan).
10. Contrato No. 4600045746 de 2013. Interventoría para el mantenimiento de bordes, parques lineales y sitios de interés ambiental construidos por la Secretaría del Medio Ambiente, según puntos de referencia.

De la revisión de los referidos contratos (a diferencia del IDU) llama la atención que de los 10 contratos, sólo uno (Contrato 4600040634 de 20129) establece las obligaciones del interventor, en el resto de los contratos se consigna que el objeto del contrato es la interventoría *de conformidad con el pliego de condiciones* (esta característica se evidenció en los demás actos contractuales de interventoría. (Cfr. [www.contratos.gov.co](http://www.contratos.gov.co)) de allí que fuera necesario acudir a los pliegos en cada uno de los procesos para identificar las obligaciones a cargo del interventor.

Dentro del cuerpo de este ejercicio se establecen las funciones del interventor, advirtiendo que la entidad adelanta un proceso de identificación para cada contrato, o lo establece de manera general, de forma tal que no mude en cada proceso de vigilancia y control, independiente del objeto contractual al que se hace el seguimiento. Se tomó como base de comparación el proceso de selección dado al contrato No. 4600046056 de 2013, revisando los estudios previos como los pliegos de condiciones, de la comparación realizada se resaltan las siguientes funciones:

1. Con el fin de buscar la adecuada y oportuna ejecución de las obras del contrato que vigilará y, a su vez, eficiencia en la administración de las mismas, la Interventoría comprenderá, además de la gestión técnica, el control financiero, económico, jurídico y ambiental del contrato de obra, por lo cual, deberá apoyar, asistir y asesorar a la Secretaría de Infraestructura Física en todos los asuntos de orden técnico, financiero, económico, jurídico y ambiental que se susciten durante la ejecución de las obras y la vigencia de las garantías, suministrando oportuna información sobre las mismas, preparando los documentos que al respecto se requieran y rindiendo los conceptos y evaluaciones que sobre la materia se le soliciten<sup>227</sup>.
2. Además del estudio técnico del proyecto, el contratista analizará el contrato que vigilará, el pliego de condiciones con sus anexos y cualquier otro documento oficial concerniente al mismo<sup>228</sup>.
3. El contratista-interventor deberá revisar las especificaciones del proyecto y sus obras complementarias, con el fin de conceptuar sobre el mismo, o sobre las modificaciones requeridas. Asimismo, avalará las zonas de

---

<sup>227</sup> Obligación estipulada en los pliegos finales de los contratos No. 4600046056 de 2013, Contrato No. 4600041854 de 2012, Contrato No. 4600045750 de 2013, Contrato 4600037209 de 2011, Contrato No. 4600033115 de 2011, Contrato No. 46000444400 de 2012, Contrato No. 4600047954 de 2013 y Contrato No. 4600045746 de 2013. Haciendo claridad que la única variación es la dependencia a la cual se encuentra adscrito el contrato.

<sup>228</sup> Obligación estipulada en los pliegos finales de todos los contratos excepto en el contrato 4600040634 de 2012.

depósito y las fuentes de materiales, de acuerdo con los resultados de los estudios y ensayos de laboratorio necesarios, y conceptuará sobre obras necesarias no contempladas en las cantidades de obra inicialmente contratadas. El informe correspondiente deberá entregarlo a la Secretaría de Infraestructura Física dentro del mes siguiente a la fecha de iniciación de los trabajos.

El contratista-interventor podrá efectuar las modificaciones que estime convenientes para minimizar costos o eludir problemas de predios, sin embargo, éstas deberán someterse a la aprobación previa de la Secretaría de Infraestructura Física, y será responsabilidad de la interventoría el oportuno suministro al contratista de los nuevos diseños, así como dar solución a los diferentes problemas que se presenten en la obra, tales como fuentes de materiales, predios, etc. Antes de efectuar cualquier modificación en el proyecto deberá hacerse un balance económico del contrato, y si las variaciones superan el valor contractual se requerirá la aprobación de las mismas por parte de la Secretaría de Infraestructura Física.

Será obligación del contratista-interventor, poner en conocimiento de la Secretaría de Infraestructura Física, con la debida anticipación, la necesidad de prórroga o el vencimiento del contrato de obra. En cada uno de estos casos, será el contratista-interventor responsable de solicitar oportunamente el trámite pertinente, previa justificación técnica de los hechos, quedando a juicio de la Secretaría de Infraestructura Física la determinación final.

En el evento en que haya lugar a una prórroga del contrato de obra, por causas imputables al contratista-interventor, ésta permanecerá al frente de los trabajos hasta su terminación, sin que el Municipio de Medellín-

Secretaría de Infraestructura Física, deba efectuar erogación alguna por este concepto<sup>229</sup>.

4. El contratista-interventor entregará al contratista de obra todos los documentos y especificaciones correspondientes a las obras objeto de Interventoría.

El Residente de Interventoría procederá con el Contratista de obra a analizar las especificaciones del proyecto, así como el programa de trabajo e inversión, las fuentes de materiales y requisitos de mano de obra, de equipos, de mantenimiento del tránsito, la seguridad de los trabajadores y de los transeúntes y, en general, todo aquello que conlleve a una adecuada y eficiente ejecución de la obra.

En general, el contratista-interventor deberá establecer las pautas sobre la ejecución, dirección y control de la obra<sup>230</sup>.

5. El contratista-interventor vigilará que el contratista abra un libro (bitácora) en el cual se anotarán diariamente los hechos y sucesos relacionados con el desarrollo de la obra, así como las observaciones o sugerencias que haga contratista-interventor. Cada anotación diaria que se haga en este libro deberá llevar la fecha y la firma de los ingenieros residentes del Contratista de obra y del Interventor.

El responsable de mantener al día este diario será el Residente de Interventoría, quien está en la obligación de presentarlo a los representantes de la Secretaría de Infraestructura Física que visiten la obra.

---

<sup>229</sup> Obligación estipulada en los pliegos finales de todos los contratos excepto en el contrato 4600040634 de 2012.

<sup>230</sup> Obligación estipulada en los pliegos finales de todos los contratos excepto en el contrato 4600040634 de 2012.

El Libro Diario de la obra deberá entregarse a la Secretaría de Infraestructura Física una vez finalizados los trabajos.<sup>231</sup>

6. El contratista-interventor deberá analizar y conceptuar acerca de los cambios o modificaciones en las especificaciones iniciales del proyecto, solicitados por el Contratista de obra, por razones técnicas, económicas o de otra índole, y si encuentra conveniente dicho cambio, solicitará autorización al Municipio de Medellín-Secretaría de Infraestructura Física, indicando la cantidad, precio unitario, valor total y la respectiva justificación<sup>232</sup>.
7. El contratista-interventor vigilará el cumplimiento del programa de trabajo e inversión aprobado por la Secretaría de Infraestructura Física. El contratista-interventor y el contratista de obra evaluarán semanalmente la ejecución del contrato), revisando el programa de obra actualizado para establecer en qué condiciones avanzan los trabajos. De estas evaluaciones se levantará un acta, suscrita por los ingenieros residentes del contratista de obra y del contratista-interventor, donde se consignará el estado real de los trabajos; en caso de presentarse algún atraso, se señalarán los motivos del mismo, dejando constancia de los correctivos que se tomarán para subsanarlo, los cuales se plasmarán en una modificación al programa de obra, que no podrá contemplar la disminución de las cantidades programadas para cada mes ni una prórroga del plazo inicialmente establecido.

Cuando se presenten circunstancias especiales, tales como ampliación de plazo o modificación de las cantidades de obra, el Contratista de obra deberá someterlas a revisión y aprobación del contratista-interventor, para

---

<sup>231</sup> Obligación estipulada en los pliegos finales de todos los contratos excepto en el contrato 4600040634 de 2012.

<sup>232</sup> Obligación estipulada en los pliegos finales de todos los contratos excepto en el contrato 4600040634 de 2012.

que ésta, a su vez, obtenga la respectiva aprobación por parte del Municipio de Medellín-Secretaría de Infraestructura Física<sup>233</sup>.

8. El contratista-interventor deberá llevar un registro completo del equipo del Contratista de obra, indicando modelo, marca, serie, capacidad, potencia, etc., corroborando si corresponde o no al exigido, y anotando cualquier cambio en la lista inicial del mismo, cuál se encuentra operando, cuál en reparación o cuál inactivo; si, transcurridos cinco (5) días, el equipo dañado no ha sido reparado, el contratista-interventor deberá exigir su reemplazo por uno de características similares o superiores al que se encuentra en reparación, el cual debe entrar a operar dentro de los cinco (5) días siguientes. De no darse cumplimiento a su notificación, deberá solicitar al Municipio de Medellín-Secretaría de Obras Publicas que haga efectivas las multas pactadas<sup>234</sup>.
9. El contratista-interventor deberá mantener al día una relación de los empleados y trabajadores asignados por el Contratista a la obra<sup>235</sup>.
10. El contratista-interventor revisará y aprobará, bajo su responsabilidad, las actas de obra, verificará que la información financiera acumulada, el valor de los contratos adicionales, las modificaciones a las cantidades de obra medida y aceptada para el pago, el valor de la obra ejecutada y los acumulados y toda la información adicional, esté correcta, para lo cual anexará un balance general de la obra ejecutada.

Bajo ningún aspecto, el contratista-interventor aceptará obras que estén por fuera del contrato original y que no hayan sido previamente aprobadas por

---

<sup>233</sup> Obligación estipulada en los pliegos finales de todos los contratos excepto en el contrato 4600040634 de 2012.

<sup>234</sup> Obligación estipulada en los pliegos finales de todos los contratos excepto en el contrato 4600040634 de 2012.

<sup>235</sup> Obligación estipulada en los pliegos finales de todos los contratos excepto en el contrato 4600040634 de 2012.

el Municipio de Medellín-Secretaría de Infraestructura Física, y estén debidamente incluidas mediante actas de modificación de cantidades de obra, o contrato adicional, según sea el caso<sup>236</sup>.

11. El Interventor elaborará las actas de modificación a las cantidades de obra iniciales del contrato, verificará que la información incluida esté correcta; en caso de ser necesario introducir modificaciones a las cantidades de obra inicialmente contratadas, el Interventor hará una evaluación minuciosa de cada uno de los ítems del contrato, de forma tal que dichas modificaciones no impliquen cambios significativos en las actividades fundamentales para cumplir con el objeto del contrato, todo lo cual quedará a juicio del Municipio de Medellín- Secretaría de Infraestructura Física para su perfeccionamiento, siempre y cuando, como requisito previo, se esté ejecutando la obra de acuerdo con el cronograma de actividades aprobado<sup>237</sup>.

12. En caso de necesitarse la incorporación de nuevos ítems, diferentes a los contemplados en el contrato original, el Contratista de obra presentará al contratista-interventor, el análisis detallado de cada precio unitario.

El contratista-interventor realizará y presentará su propio análisis de precios, justificando cada uno de los componentes del mismo, y entregará su concepto acerca del análisis presentado por el Contratista de obra. Igualmente, informará sobre los volúmenes de obra por ejecutar, presentando sus recomendaciones y un balance general del contrato.

Cuando se trate de maquinaria de construcción, para la cual el Contratista de obra solicita que se le fije el costo por hora, día, semana, mes, etc., el contratista-interventor presentará las recomendaciones del costo/hora real,

---

<sup>236</sup> Obligación estipulada en los pliegos finales de todos los contratos excepto en el contrato 4600040634 de 2012.

<sup>237</sup> Obligación estipulada en los pliegos finales de todos los contratos excepto en el contrato 4600040634 de 2012.

según el análisis de costos de propiedad y operación, estado de la máquina, modelo, serie, capacidad y año de fabricación.

13. El contratista-interventor auditará, controlará y revisará los ensayos de campo, de laboratorio y de materiales que deba ejecutar el Contratista para las diferentes actividades de la obra, de acuerdo con las normas y especificaciones de construcción vigentes y estipuladas en el contrato, e informará a la Secretaría de Infraestructura Física sus resultados dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su obtención.

Los métodos de construcción quedan a juicio del Contratista de obra; sin embargo, el contratista-interventor podrá sugerir cambios en los métodos que considere inadecuados<sup>238</sup>.

#### 1) Visita Final a la Obra

Con una antelación de 30 días previos a la terminación del contrato de obra, se efectuará una inspección final a las obras por parte del Interventor, el Coordinador de la Secretaría de Infraestructura Física y el Contratista de obra, que servirá para elaborar el Acta Preliminar de Observaciones, que incluirá los detalles que requieren ajustes o correcciones para la recepción definitiva de los trabajos.

#### 2) Acta de Recibo Final

Se elaborará un documento donde se consigne la recepción definitiva de las obras, así como el inventario final de la obra ejecutada debidamente terminada, verificando el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el contratista en el Acta Preliminar de Observaciones.

---

<sup>238</sup> Obligación estipulada en los pliegos finales de todos los contratos excepto en el contrato 4600040634 de 2012.

### 3) Entrega de la Obra

La Interventoría supervisará y controlará que al momento de la entrega, las obras se encuentren en perfecto estado y acordes con las condiciones contractuales<sup>239</sup>.

#### 14. Requerimientos técnicos:

De orden técnico y administrativo:

1. Realizar visita previa al sitio de la obra o de ejecución del contrato, en compañía de quienes realizaron los presupuestos y los diseños con el fin de conocer las características del sitio, su ubicación, vecindades y accesos, áreas de trabajo y de almacenamiento y todas las demás condiciones de la obra, los servicios domiciliarios y aspectos de ocupación.

2. Conocer plenamente el objeto del contrato, el sitio o área donde habrá de ejecutarse el contrato, las especificaciones técnicas y los planos de la obra, tanto topográficos como técnicos (de suelos, estructurales, hidráulicos, sanitarios y/o eléctricos) y arquitectónicos, con el fin de constatar la total coordinación entre ellos, para su debida aplicación en la ejecución del objeto del contrato. Establecer que las cantidades de obra del contrato y las especificaciones particulares del proyecto estén debida y completamente definidas.

3. Vigilar el cumplimiento de las condiciones fijadas en y Pliegos de Condiciones, planos y especificaciones generales para la debida ejecución

---

<sup>239</sup> Obligación estipulada en los pliegos finales de todos los contratos excepto en el contrato 4600040634 de 2012. El aparte subrayado varía respecto del contrato No. Contrato No. 4600041854 de 2012, trayendo consigo la anotación: “A la terminación de los contratos, se efectuará una inspección final a las obras por parte del Interventor a la terminación de los contratos, se efectuará una inspección final a las obras por parte del Interventor”, en lo demás se mantiene incólume.

del contrato, teniendo en cuenta que en caso de discrepancias prevalecerá lo establecido en los Estudios Previos o Pliegos de Condiciones.

4. Velar cuando se requiera, que se cumpla con la colocación de vallas de señalización, la cual debe contener identificación del sitio, fecha de inicio y entrega, igualmente, se debe identificar al contratista, a la entidad contratante y el costo de la obra, según especificaciones de la municipalidad y determinadas en el manual de Aplicación de la Imagen Corporativa.

5. Suscribir con el contratista el acta de iniciación de la obra, dentro de término establecido en el contrato. Por medio de esta acta se hará entrega del sitio de la obra.

6. Cuando el contrato es de obra pública, deberá, suscribir con el contratista y propietarios de inmuebles o predios vecinos, las actas de vecindad a que hubiere lugar, antes de dar inicio a los trabajos, complementando estas actas con descripciones o registro fotográfico, si fuere necesario.

7. Exigir y recibir del contratista, para efectos de revisión y control, la actualización de la programación de los trabajos entregada en la propuesta, previo a la suscripción del acta de iniciación.

8. Exigir y recibir del contratista copias de las matrículas de los profesionales que de acuerdo con el Pliego de Condiciones y/o la propuesta presentada por el contratista, laboren para éste en la ejecución del contrato, y verificar que los mismos, cumplan con los requisitos exigidos y ofrecidos.

9. Registrar con el contratista y/o el residente de la obra o representante de aquel en el sitio de ejecución del contrato, en la "Bitácora o Libro de Obras", las acciones realizadas en ella; los inventarios periódicos de materiales, equipo y personal; así como las actas de los comités técnicos de obra o

administrativos que periódicamente deben realizarse y las observaciones o novedades que se hayan sucedido. Este libro formará parte integral de los documentos del contrato y de la Interventoría. Aquí también deberá reposar los conceptos técnicos de consultores externos a la obra o a la actividad contractual, que por algún motivo se invitaron a dar conceptos.

10. Organizar los comités técnicos de obra y/o administrativos y citar al contratista, a los ingenieros o arquitectos que hayan participado en la elaboración del proyecto o a los consultores que sea necesario citar en algún momento durante la marcha de la obra.

11. Participar al inicio de la obra y en forma activa en el control de la ejecución de la localización y el replanteo del proyecto, el diseño y ubicación de los campamentos y los sitios de almacenamiento de materiales de obra y en general en todas las actividades preliminares de la construcción.

12. Supervisar, orientar, programar y controlar al personal auxiliar que se le asigne para ejercer las funciones de Interventoría de la obra.

13. Efectuar, dentro del transcurso de la ejecución de la obra, mediciones periódicas de los ítems ejecutados, las cuales deberá hacer constar en el Diario de Medidas, discriminando fechas, especificación del ítem medido, su ubicación en la obra (identificando ejes de construcción), unidad y cantidad medida. Con base en estas medidas deberá efectuar cortes mensuales o quincenales de obra.

14. Elaborar, con base en los cortes mensuales o quincenales de obra, las actas de recibo parcial de obra y todos los hechos que sucedan en su ejecución, las cuales suscribirá conjuntamente con el contratista.

15. Elaborar, con base en los cuadros para reajustes automáticos o revisión de precios incluidos en la minuta del contrato, cuando a ello hubiere lugar, las actas correspondientes, en las cuales se haga constar el valor de éstos y el del acta de recibo correspondiente, la cual será suscrita conjuntamente con el contratista, el ordenador del gasto o de su delegado.

16. Exigir para la ejecución de la obra o del contrato, materiales, mano de obra y elementos de primera calidad que estén conformes con las normas y especificaciones establecidas en los planos, cantidades de obra y términos de referencia o pliegos de condiciones de la invitación o cotización que hayan servido de base para la adjudicación del contrato.

17. Ordenar todos los análisis y pruebas de laboratorio que sean requeridos para establecer exactamente las condiciones técnicas y/o de uso que demande el correcto desarrollo del objeto contractual, y con base en los resultados de los mismos proceder a su aprobación si son satisfactorios y llenan todos los requisitos exigidos. Para el caso de obras civiles, en cuanto a los ensayos de los concretos se deberá tener en cuenta lo establecido en el Código Colombiano de Construcciones sismoresistentes. Para ensayos y aceptación de otros materiales se deberán usar las condiciones estipuladas por el Icontec y códigos específicos que regulen la materia.

18. Aportar copia de los resultados de todas las pruebas o ensayos que serán conservados en el folder del proyecto, discriminando la ubicación, orden y fechas de ejecución Exigir la aplicación estricta de todas las normas técnicas y reglamentaciones exigidas por la entidad u organismo que regule la materia aplicable al objeto del contrato. Tratándose de obras civiles, las establecidas en el Código Colombiano de construcciones sismoresistentes, en el manual de normas de construcción de las Empresas Públicas de Medellín, en las resoluciones sobre señalización adoptadas por el Ministerio

de Obras Públicas o su equivalente, en el Decreto 705 de 1994 y las demás convertidas en normas por entidad competente.

19. Exigir el total cumplimiento de las especificaciones de construcción para todos los ítems de la obra, así como las que aparezcan en los planos constructivos, toda vez que obras mal ejecutadas no podrán ser recibidas.

20. Aprobar o improbar la iniciación o terminación de los ítems contratados, teniendo en cuenta, además, la programación establecida para los trabajos y su secuencia técnica.

21. Ordenar la remoción y reemplazo de obra mal ejecutada o no aprobada, fijando para el efecto un plazo determinado mediante comunicación escrita.

22. Verificar que el contratista cuente con todos los medios y recursos para mantener la seguridad dentro de la obra, brindando así seguridad a quienes allí laboran y ocasionalmente transitan por los alrededores de la obra.

23. Ordenar lo necesario para que la ejecución de los trabajos se lleve a cabo sin perjuicios para terceros.

24. Exigir el total cumplimiento de la programación de la obra, con facultades para recomendar al Municipio de Medellín modificaciones cuando por razones técnicas, o dada la naturaleza de la obra, se haga necesario, sin cambiar el plazo inicial o el adicionalmente pactado en el contrato.

25. Cualquier recomendación de modificación deberá acompañarse de la respectiva programación de la obra y el flujo de caja correspondiente a ésta, así como de la justificación escrita y el visto bueno del diseñador.

26. Resolver las consultas que presente el contratista y hacer las observaciones que estime conveniente; si durante la marcha de la obra se presentaren dudas o diferencias que no puedan ser resueltas en la obra, de acuerdo con los planos constructivos y las especificaciones de construcción, deberán ser aclaradas con el Jefe o Director del área responsable del proyecto, con la anticipación suficiente con el fin de no entorpecer la obra.

27. Presentar al Secretario de Despacho, Jefe o Director del área responsable del proyecto para el trámite de aprobación ante el respectivo comité de contratación y con la anticipación suficiente los estudios que indiquen la realización de mayor cantidad de obra, obras complementarias o adicionales estipulando, el plazo adicional que pueda ser requerido para la ejecución de las mismas. Estos estudios corresponden a modificaciones del valor o plazo de los contratos.

28. Suscribir, en el evento de presentarse obras extras o adicionales, en forma conjunta con el contratista, actas donde consten los precios para los ítems cuyos valores no aparezcan en la propuesta inicial, respaldadas por los respectivos análisis de precios unitarios y remitirlos como parte integral de los estudios que presenten para la aprobación, al Secretario de Despacho, Jefe o Director del área responsable del proyecto, quien anexará a estos estudios el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal expedido por la oficina de Presupuesto, estudios que una vez sometidos y aprobados por el respectivo comité de contratación constarán en el contrato adicional.

29. Recibida la autorización del contrato adicional el interventor podrá ordenar la ejecución de las obras que hayan sido contratadas adicionalmente.

30. Ejercer un control de calidad de materiales, de mano de obra y de los elementos que se vayan a utilizar en la construcción de la obra adicional.

31. Realizar estudio que determine el valor de las obras, actividades y/o trabajos adicionales, según los criterios que establezca el contrato inicialmente pactado, dicho estudio debe remitirse para la respectiva revisión al Secretario de Despacho, Jefe o Director del área responsable del proyecto y someterse a la aprobación del Ordenador del Gasto o su delegado y posterior sometimiento al Comité de contratación respectivo, de lo que se suscribirá acta con el contratista.

32. Elaborar durante la marcha del contrato el cuadro de liquidación del mismo según su avance, discriminando los ítems y cantidades ejecutadas, de acuerdo con lo especificado en cada acta.

33. Realizar evaluación previa a la finalización de los trabajos e indicar al contratista los faltantes y deficiencias de la obra, bien o servicio, con el fin de que sean subsanados en el período restante para el vencimiento del plazo contractual.

34. Elaborar la solicitud de suspensión temporal del contrato, por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, la cual debe justificarse, ser revisada por el Secretario de Despacho, Jefe o Director del área responsable del proyecto y sometida a la aprobación por parte del ordenador del gasto. Una vez recibida la comunicación de aprobación, procederá a suscribir conjuntamente con el contratista y el ordenador del gasto, un acta denominada de suspensión temporal, previo sometimiento del asunto ante el respectivo comité de contratación.

35. Elaborar acta de reiniciación de obra, suscrita por el contratista y el ordenador del gasto o su delegado, dejando constancia del tiempo total de

suspensión temporal y del vencimiento final del contrato. Esta acta, junto con la de suspensión servirán como base, para establecer mediante contrato adicional la modificación al vencimiento del plazo del contrato y el tiempo de suspensión.

36. Realizar una verificación previa a la entrega de la obra, bien o servicio contratado, a fin de constatar el cumplimiento del contrato y ordenar el mejoramiento de aspectos deficientes, disponiendo a cargo del contratista las pruebas y ensayos de laboratorio requeridos.

37. Exigir al contratista los planos de la obra ejecutada; memorias y/o manuales de operación, cuando de acuerdo con la naturaleza del objeto del contrato fuere pertinente y que se anexaran al control de Interventoría.

38. Exigir al contratista al finalizar la obra o la ejecución del contrato, adecuar la póliza de estabilidad o calidad del bien o servicio, según el caso, ampliación de salarios y prestaciones sociales, si fuese necesario, para la aprobación por parte de la Subsecretaría Jurídica de la Secretaría General.

39. Elaborar y firmar con el contratista el acta de liquidación, en la que constará:

40. El estado en que se recibe la obra, cantidades y áreas, el área total de construcción y de las obras exteriores, el valor final del contrato, incluyendo reajustes o revisiones de precios, descripción de su estado y los datos que exija el Estatuto Contractual vigente.

41. El cuadro general de liquidación en donde aparezcan todas las cantidades recibidas.

42. Firmar en compañía del funcionario delegado para contratar el acta de liquidación final del contrato, dejando constancia de las reclamaciones que se presenten y de los asuntos que no se hubiesen podido superar de común acuerdo entre las partes del contrato.

43. Elaborar acta de pago final del contrato.

44. Dar información de todo acto relacionado con el contrato, al Secretario de Despacho, Jefe o Director del área responsable del proyecto y a cualquier autoridad competente que la requiera.

De orden legal:

1. Informar por escrito sobre la materialización de las causales de terminación, modificación e interpretación unilateral, para proceder a la aplicación de estas o a la terminación bilateral del contrato.
2. Requerir por escrito al contratista por todos los hechos que constituyan incumplimiento del contrato, cuya información servirá de sustento para la posible aplicación de multas.
3. Verificar la aprobación de pólizas de estabilidad de la obra y constancia del cumplimiento de las prestaciones sociales con el fin de autorizar la cancelación del saldo adeudado a la terminación del contrato.
4. Dar rápida y oportuna información a los organismos de control, los superiores jerárquicos y organismos competentes.
5. Exigir periódicamente al contratista la presentación de los contratos de trabajo, las planillas de afiliación y pago al sistema de seguridad social en salud y pensiones, seguro de vida o póliza colectiva (cuando a ello hubiere lugar), recibos de pago de salarios y prestaciones sociales y demás

conceptos para con sus trabajadores, durante la ejecución del contrato y antes de su liquidación<sup>240</sup>.

Se pone en evidencia que la entidad territorial, no tiene prevista una política para definir las obligaciones, en cada uno de los contratos que se vigilan, no se advierte una sub clasificación de las actividades a realizar, aun cuando existe una lista de funciones para la interventoría, el proceso que se realiza es el de trasladarlas de manera copiosa a los contratos, sin importar el objeto que se vigila. Nótese que la muestra involucra, asuntos de ingeniería distintos.

De las funciones transcritas resulta necesario advertir lo que la segunda obligación, impone el deber de la revisión del *estudio técnico del proyecto*. Sin embargo, ese asunto es de objeto de vigilancia, pero no del interventor del contrato de obra, sino de quien llevó a cabo la supervisión o la interventoría de los estudios y diseños; de manera que se desconoce el objeto real para el cual se realiza el contrato, pues se parte del principio de planeación que ha existido sin una revisión previa de tal asunto, tanto así que se contrata su ejecución.

La tercera obligación guarda relación con lo ya expuesto, en el sentido de imponer la carga de *revisar las especificaciones del proyecto*, cuando proceder es propio de la interventoría, de sus estudios y diseños, y aun más de la vigilancia de la obra. Tampoco guarda relación lo referente a las *modificaciones* que estime necesarias el interventor, para disminuir el costo, caso en el que *será de su responsabilidad* el oportuno suministro al contratista de los nuevos diseños.

En la obligación quince, se señala que deberá realizarse *acta de vecindad*, cuando el *contrato sea de obra pública*, pasando por alto que precisamente el contrato al que se le hace seguimiento es de obra; a la vez que refiere *que para el caso de obras civiles*, cuando la obra es civil.

---

<sup>240</sup> Obligación estipulada en los pliegos finales de los contratos No. 4600046056 de 2013, Contrato No. 4600041854 de 2012. Las obligaciones descritas en este numeral varían en estos tres contratos.

Ahora, en lo que respecta a los contratos 4600040634 de 2012, se establecen las siguientes obligaciones:

1. Verificar que el contrato de obra sea ejecutado por el Contratista, conforme con lo señalado en el mismo, en la ley, las regulaciones aplicables, el pliego de condiciones de la licitación y la propuesta aceptada por el Municipio de Medellín.
2. Verificar que el Contratista adquiera los materiales y elementos necesarios para la ejecución de las obras a que está obligado contractualmente.
3. Verificar el Contratista cumpla con el programa de trabajo aprobado para la ejecución de las obras, de conformidad con lo dispuesto en el pliego de condiciones.
4. Verificar que durante el término de la interventoría, el Contratista mantenga el personal, equipo, herramientas y materiales idóneos y suficientes para la ejecución oportuna de los trabajos necesarios para el desarrollo del objeto del Contrato de obra.
5. Verificar que el personal contratado por el Contratista sea idóneo para la debida y satisfactoria ejecución del objeto contractual y que a este personal le sean reconocidos oportunamente sus derechos, tales como salarios, prestaciones sociales y contribuciones parafiscales de acuerdo con la legislación aplicable.
6. Verificar que el Contratista pague todos los impuestos del orden nacional, departamental y municipal, tasas o contribuciones que se encuentren vigentes o se establezcan durante el período contractual.

7. Verificar que el Contratista cumpla con las normas y reglamentaciones que sean expedidas por las autoridades nacionales y municipales competentes.

8. Verificar que el Contratista cuente con los permisos, licencias o autorizaciones a que haya lugar para la ejecución del contrato de obra, incluidos aquellos necesarios para la utilización del espacio público.

9. Verificar que el Contratista no ceda el Contrato de obra, en todo o en parte, sin la previa autorización expresa por parte del Municipio de Medellín.

10. Verificar que el Contratista no subcontrate con terceros la ejecución de la totalidad del objeto del Contrato de obra.

11. Verificar que en los subcontratos celebrados por el Contratista para la ejecución de actividades contractuales, quede expresamente estipulado que el subcontrato se ha celebrado respetando las obligaciones, términos y condiciones del contrato de obra, que el subcontrato se realiza bajo la exclusiva responsabilidad del Contratista y que no existe ningún derecho por parte de quien contrata con el Concesionario a reclamar al Municipio de Medellín indemnización alguna por cualquier pago de prestaciones, honorarios o perjuicios.

12. Verificar y avisar por escrito al Municipio de Medellín sobre las conductas del Contratista que constituyan incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones. En este aviso se relatarán los hechos y se propondrá la aplicación de multas o sanciones respectivas, si hubiere lugar a ello, con sujeción a los términos del Contrato de Concesión.

13. Presentar, al coordinador del contrato de interventoría designado por el Municipio de Medellín, dentro de los cinco (5) primeros días hábiles de cada

mes, un informe mensual sobre las actividades realizadas e informe de avance físico y financiero de las obras. Adicionalmente, presentará cualquier otro informe que le sea solicitado por el Municipio de Medellín con relación al desarrollo de la Interventoría y el contrato de obra.

14. Solicitar por escrito la intervención del Municipio de Medellín cuando existan diferencias entre la Interventoría y el Contratista, que no puedan ser resueltas directamente entre las partes.

15. Poner en conocimiento de la Secretaría de Educación, con la debida anticipación, la necesidad de prórroga o el vencimiento del contrato de obra. En cada uno de estos casos, será la Interventoría la responsable de solicitar oportunamente el trámite pertinente, previa justificación de los hechos, quedando a juicio de la Secretaría de Educación la determinación final.

16. Exigir al contratista los planos de obra ejecutada (planos RECORD), memorias y/o manuales de operación.

17. Exigir al contratista al finalizar la obra o la ejecución del contrato, adecuar la póliza de estabilidad o calidad del bien o servicio, según el caso, ampliación de salarios y prestaciones sociales.

18. Elaborar y firmar con el contratista el acta de liquidación en la que constará el estado en que se recibe la obra, cantidades y áreas, el área total de construcción y de las obras exteriores, el valor final del contrato incluyendo reajustes o revisiones de precios, descripción de su estado y los datos que exija el Estatuto Contractual Vigente.

Este contrato, cuyo objeto es la vigilancia de la construcción de un colegio, carece de obligaciones precisas en área *técnica*, por ejemplo, no está regulado, como en los demás contratos, lo concerniente al *libro de bitácora*, ni demás aspectos ya

enunciados que resultan de importancia trascendental para una adecuada vigilancia del contrato, advirtiendo que no es admisible que se trasladen a este contrato un listado de obligaciones sino que debe observarse en esencia la obligaciones contraídas con el contratista-constructor, para, a partir de allí, establecer las que tiene a cargo el interventor.

De la revisión de los contratos del Municipio de Medellín se deduce lo siguiente:

1. Cláusulas excepcionales: *Terminación, interpretación, modificación unilateral y caducidad*. Estas se presentan en todos los contratos.

2. No se identifica al Supervisor del Interventor: Se establece que en algunos casos se designará que un coordinador de la respectiva secretaría, y que la coordinación se realizará conforme a lo previsto en el manual de interventoría. Sin embargo, para algunos casos existe confusión respecto de cómo se adelanta la vigilancia al referir que será *interventor o supervisor* (4600045746 de 2013) o en el que para el seguimiento del interventor se designa “interventor” (4600042390 de 2012), ambos casos, en vigencia de la Ley 1474 de 2011.

En el contrato de 4600041854 de 2012, que tiene por objeto la interventoría en la construcción de un laboratorio, se establece que es deber del interventor acatar las *órdenes dadas por el supervisor*, en dado caso que no se esté de acuerdo deberá manifestarlo por escrito, advirtiendo que si por el no cumplimiento se causa un perjuicio a la entidad contratante, el contratista-interventor será responsable solidariamente. Esta disposición, no es clara en cuanto a que ordenes son las que debe acatar, ni es aceptable, pues modifica la naturaleza del contrato.

3. Se establece cláusula penal y multas en forma desigual: Los contratos incluyen la cláusula penal, sin embargo esta no está fijada en el mismo porcentaje, por lo que se advierte la discreción de cada Secretaría de Despacho en señalarlas. En

cuanto a las multas, se advierte igual proceder, de modo que no hay uniformidad en su establecimiento, para algunos de los contratos se ha fijado por ejemplo:

1. Por mora o incumplimiento injustificado de las obligaciones referentes a iniciar o reanudar los trabajos, según el caso, en la fecha determinada, o por suspensión temporal de la misma sin causa justificada o por causas imputables al Contratista, el uno por mil (1%) del valor total del contrato por cada día de mora, sin superar el tres por ciento (3%) del valor total del mismo.

2. Por mora o incumplimiento injustificado de las obligaciones referentes a los requisitos exigidos para los diferentes profesionales, el uno por mil (1%) del valor total del contrato, sin superar el dos por ciento (2%) del valor total del mismo, lo cual no exonera al Contratista del cumplimiento de esta obligación a satisfacción del Municipio de Medellín. Por mora o incumplimiento injustificado de las obligaciones referentes a disponer de los diferentes profesionales, o por reemplazarlos sin previa autorización del Municipio de Medellín, y por cada día de mora en el cumplimiento de este requisito, el uno por mil (1%) del valor total del contrato, sin superar el dos por ciento (2%) del valor total del mismo, lo cual no exonera al Contratista del cumplimiento de esta obligación.

3. Por mora o incumplimiento injustificado de las obligaciones referentes a suministrar oportunamente los recursos de personal y físicos, necesarios para el adecuado desarrollo de los trabajos, y por cada día de mora en el cumplimiento de este requisito, el uno por mil (1%) del valor total del contrato, sin superar el dos por ciento (2%) del valor total del mismo.

4. Por cambios en las especificaciones sin previa autorización del Municipio de Medellín, el dos por ciento (2%) del valor total del contrato.

5. Por mora o incumplimiento injustificado de las obligaciones referentes a presentar los documentos exigidos para la liquidación del contrato, dentro del plazo establecido para el efecto, según las disposiciones vigentes, el cero punto tres por ciento (0.3%) del valor total del contrato. En este caso, el Municipio de Medellín elaborará la liquidación unilateralmente.

6. Por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones, que afecte el contrato, el uno por mil (1‰) del valor total del contrato.

En otros contratos no aparece definidos en la forma referida las multas, no se determina la cuantía. Sin embargo, se precisa que para su imposición se atenderá lo establecido en la Ley 1474 de 2011.

### **3.3 Mecanismos Operativos de Control**

Se ha visto la naturaleza del contrato de interventoría, como las obligaciones que se le han asignado por vía legal y que emergen del acuerdo contractual, sin embargo, es necesario indagar sobre ¿Cuál es la forma en que la interventoría lleva a cabo ese seguimiento? ¿Con qué instrumentos cuenta, para apoyarse en la medición de la obra? Para dar respuesta a estos interrogantes, es necesario partir de los mecanismos operativos de control.

Los mecanismos operativos de control son los instrumentos con los que cuenta la interventoría para realizar de manera juiciosa la vigilancia y el control del contrato estatal. En nuestro caso, no están definidos por el legislador, ni por un organismo del Estado, nacen de las personas que llevan a cabo la interventoría, atendiendo el plan de gestión de calidad. Explica Urdaneta que:

El plan de calidad, es un documento especial que sirve para explicar al equipo de interventoría el proceso de control de calidad a implementar durante la ejecución de los trabajos. Consiste en una guía escrita, desarrollada por el contratista, que se usa para dar a conocer la organización, procedimientos de trabajos, calificación de procedimientos, calificación de personal, listas de

chequeos, pruebas y ensayos, de acuerdo con el alcance de los trabajos, las políticas y requerimientos de la entidad (1998, p. 116).

Recientemente algunas de las entidades del Estado han establecido procedimientos y/o modelos que permiten ser de ayuda para que el interventor realice el seguimiento, a la vez que informa a la entidad contratante sobre la forma como se adelanta la vigilancia, permitiéndole conocer el estado real de la obra.

A partir del estudio de los 20 procesos contractuales, de los manuales de interventoría adoptados por el IDU y por MEDELLIN, y los documentos que han preestablecido las entidades, y una pequeña comparación con la normativa española, se identifican algunos de los mecanismos usados para el control de la obra.

#### *Fase Previa, Replanteo de la Obra y Acta de Inicio*

Suscrito el contrato de obra como el de interventoría, corresponde adelantar el *replanteo de la obra*, procedimiento que como lo indica Parra, “es una operación que se elabora en el lugar de construcción y en ella debe estar presente el representante legal de la entidad, el contratista y el interventor demarcando el terreno en donde se desarrolla la obra” (2002, p. 74). Y que tiene por objeto, “el ajuste de la obra en consideración al lugar de emplazamiento de la misma” (Barra, 1986, p. 720). Es decir que con el replanteo “se procede a señalar determinados puntos que se toman de los planos y se tiene por objeto comprobar la realidad geométrica de la obra” (Sánchez, citado en Barra, 1986, p. 720).

En España, se establece el replanteo de la obra -antes de la adjudicación- y la comprobación del replanteo -Primera fase en la ejecución del contrato-, éste se “ha de hacer *in situ*, en los terrenos sobre los que se va a ejecutar la obra (no en el Despacho) y tiene por finalidad verificar la realidad geométrica de la obra” (Menéndez, 2006, p. 210).

El replanteo es usado en Colombia por algunas entidades -INVIAS-, aun cuando no esté descrito en ninguna norma contractual. El IDU tiene establecido en el Manual de Interventoría, el deber del Interventor de “Verificar y controlar el replanteo de la obra, de tal forma que permita localizar adecuadamente el proyecto sobre el terreno. Asegurar la permanencia de las referencias topográficas establecidas, su protección, traslado o reposición”, más no tiene previsto un modelo para consignar la visita.

El Manual de Interventoría de Medellín establece que es deber del interventor “participar al inicio de la obra y en forma activa en el control de la ejecución de la localización y el replanteo del proyecto”, al igual que el IDU no consigna ni establece un procedimiento para realizarlo.

Es de vital importancia llevar a cabo el replanteo, por ser el primer medio de comprobación y de estudio realizado por el contratista-constructor y en el que el interventor, tiene la obligación de advertir a la entidad sobre posibles dificultades en la ejecución de la obra. Si del replanteo emerge incongruencia o se evidencia algún elemento que incida negativamente, no deberá darse inicio a la obra, hasta tanto se solucione tal circunstancia, proceder en tal forma evitará que una vez iniciadas labores, se advierta por ejemplo un desequilibrio económico.

Con el replanteo que se da inició a la ejecución del contrato de obra, junto el *acta de inicio* establecido por cada entidad. El IDU adoptó el modelo “FO-IDU -53 ACTA DE INCIO DE EJECUCIÓN V.1.0”, el cual comprende: 1. Fecha de inicio del contrato. 2. Plazo de ejecución de la etapa de preconstrucción o preliminares o etapa previa. 3. Fecha de terminación de la etapa de preconstrucción o preliminares o etapa previa. 4. Fecha de ejecución de la obra. 5. Fecha de terminación del contrato y 6. Valor del contrato. Documento que va firmado por el contratista, interventoría y el coordinador IDU. Medellín dentro del Manual de Interventoría no tiene establecido modelo de acta de inicio.

*Informes, Tiempo y Forma de Presentación*

*Política de informes:* El Instituto de Desarrollo Urbano establece que debe seguirse para la entrega de informes las directrices fijadas en el Manual de Archivo y Correspondencia del IDU, estableciendo en forma adicional la obligación para el contratista como para el interventor de “guardar y/o conservar todos los archivos con sus documentos soporte del contrato mínimo durante 10 años después de terminado el mismo”. Por su parte el Municipio de Medellín, no hace referencia al manejo documental que debe llevar el interventor, ni impone la obligación de conservación que establece el IDU.

*Tiempos previstos para los Informes y Presentación:* El IDU ha establecido dos tiempos para la presentación de los informes: 1. Semanal. Se le denomina *reporte de gestión* que se elabora a partir de los comités semanales de obra junto con el registro del interventor en los recorridos realizados, el cual deberá enviarse vía correo electrónico el primer día calendario al corte semanal y en físico, dentro de los dos días siguientes. 2. Mensual<sup>241</sup>, en este se describen las actividades efectuadas y el *estado actual* del proyecto, además, presenta las recomendaciones y observaciones para la ejecución del contrato, es necesario adjuntar el acta parcial de la obra acorde con el formato previsto por la entidad, y señalando:

#### *Información técnica*

1. Cronograma de obra contractual, aprobado por la Interventoría con su respectivo análisis a la fecha de corte.
2. Descripción de las actividades desarrolladas durante el mes por el Contratista y la Interventoría y su equipo de trabajo (Director, Residentes y Especialistas)

---

<sup>241</sup> Refiere el Manual como fecha recomendada el día 15 de cada mes. Tiempo para que el contratista de obra tenga 5 días hábiles para entregar a la Interventoría los insumos requeridos, contar ésta con otros 5 días para elaborar y presentar el informe al IDU.

3. Esquemas de avance físico de obra, planos de localización del proyecto, figuras, cuadros y demás información relevante relacionada con el avance del contrato.

4. Registro fotográfico del avance del proyecto tomado puntos fijos y panorámica, de igual manera una descripción corta de la foto indicando Localización, (georreferenciación), aspectos relevantes y fecha. Durante la ejecución del contrato de conservación, la Interventoría debe presentar al IDU "Registros Fotográficos" por cada elemento de la Malla Vial que haga parte del contrato, resaltando el "Antes" y el "Después", en la Fase de Preliminares, durante la ejecución del primer diagnóstico, en la Fase de Ejecución, antes de realizar las intervenciones, en la Fase de Ejecución, después de realizar la intervención, en la Fase de Liquidación para el recibo y liquidación del contrato.

5. Listado de vías, en el formato IDU vigente, para los proyectos de infraestructura vial y de espacio público.

6. Si el contrato comprende un grupo de vías, para cada una de ellas debe mostrarse el avance físico y financiero con sus metas físicas. Tanto las metas físicas como el tema financiero de redes se deben discriminar con cargo al IDU y/o la ESP. Igualmente mencionar las maniobras solicitadas a las ESP.

7. Relación de los resultados y análisis de los ensayos de laboratorio y de campo, efectuados por el Contratista y los ejecutados por la Interventoría como medio de comprobación o verificación, teniendo en cuenta lo estipulado en las Especificaciones Técnicas vigentes generales y particulares del proyecto, incluyendo en todo caso los ensayos reportados como Reporte Obligatorio (RO) en las especificaciones técnicas IDU-ET-2005. Deben reportarse en la base de datos suministrada por el IDU, o en el aplicativo IDU\_SCAD\_GIS, versión vigente, incluyendo la georreferenciación de cada uno, con las coordenadas verdaderas NE (Norte-Este) referidas al sistema Magna- Sirgas.

8. Reporte de actas de avance de obra de redes de servicios públicos por unidad funcional de obra.

9. Gestión adelantada por parte del Consultor o del Contratista y la Interventoría ante las empresas de servicios públicos y otras entidades.

10. Descripción de las actividades realizadas y calificación del componente del Plan de Manejo de Tráfico, señalización y desvíos empleados por el Contratista de acuerdo con los parámetros establecidos en el contrato, incluir relación de la totalidad de frentes de obra indicando fecha de inicio y terminación para su ejecución y vigencia del PMT.

11. Descripción de obras adicionales y/o complementarias, valor y justificación de las mismas; relación de precios unitarios no previstos presentados por el contratista y aprobados por la interventoría, su estado actual de trámite, indicando las cantidades de obra a ejecutar y su valor total. Además mostrar su incidencia en el valor actual del contrato. Para estas obras se debe tener en cuenta que se requiere el respaldo jurídico y presupuestal de parte del IDU.

12. Informar sobre los ajustes del diseño propuestos por el Contratista o la interventoría y aprobados por ésta, necesarios para el buen desarrollo del proyecto.

13. Relación de cantidades de obra que a la fecha no han sido recibidas por la interventoría por no cumplir con los requisitos previos para el recibo y pago de las mismas, mostrando su incidencia en el valor actual del contrato. Además se deben relacionar las acciones correctivas propuestas así como la respuesta por parte del contratista.

14. Descripción de los atrasos o adelantos de obra que se estén presentando, conforme al cronograma contractual aprobado por la interventoría.

15. Cuadro sobre el estado del tiempo. Detallar las horas no trabajadas por lluvia.

16. Reporte de afectaciones a la infraestructura de servicios públicos indicando: ESP, ubicación, fecha y estado de pago a las ESP por parte del Contratista.

17. Planes de contingencia elaborados por el Contratista. Aprobados por la interventoría, que no afecten el plazo contractual, los cuales deben presentarse al IDU.

18. Descripción de las medidas correctivas exigidas por la interventoría en los aspectos técnicos, administrativos y legales que se están teniendo en cuenta, así como las medidas preventivas que deban implementarse para evitar futuros atrasos.

19. Copia del libro de obra (Bitácora) del periodo reportado. (Copia escaneada de la bitácora correspondiente al periodo)

20. Copia de la bitácora del componente de tráfico.

21. Copia de las actas de seguimiento desarrolladas en el periodo (comité y reuniones) debidamente suscritas por los participantes, entre los cuales están el contratista, el interventor y el supervisor IDU del contrato.

El Municipio de Medellín no señala en el Manual de Interventoría la periodicidad de los informes, sin embargo, en los pliegos de condiciones que se estudiaron se establecen *informes de avance mensual*, que han de presentarse en original y copia,

que permita tener una *visión clara y objetiva del estado de las obras en el período*, y que comprenda, como mínimo: la ejecución física, financiera y actas.

La entidad territorial establece: “*papeles de trabajo*”, documentos que se elaboran durante el desarrollo del contrato *y en los cuales se registran avances de obra o de la prestación del servicio o del cumplimiento del objeto contractual, observaciones y rectificaciones que sirven de respaldo a los informes de evaluación* del interventor que comprenden: 1. informe de ejecución física; 2. Informe de ejecución física; 3. Informe de ejecución financiera.

El Manual no establece información adicional, sin embargo, de los pliegos de condiciones estudiados, señalan que deben comprender en materia técnica: 1. Descripción y cantidades de las actividades ejecutadas; 2. Gráficos de cantidades de obra; 3. Control de programación; 4. Control de equipos; 5. Resumen de modificación de cantidades de obra y especificaciones; 6. Resultados de ensayos y pruebas; 7. Análisis, comentarios y recomendaciones; 8. pre-actas y actas de pago; 9. cuadro de control de cantidades de obra acumuladas.

#### *Control de personal del contratista y programación*

Advierte Urdaneta que el cumplimiento de los plazos es tan importante como el presupuesto (Urdaneta, 1998, p. 119). Por lo que al vigilar se debe observar que el personal propuesto por el contratista-constructor y requerido por la entidad contratante permanezca en su integridad (Director de Obra, Residente de Obra, Inspector de Obra) en la obra y en el tiempo fijado<sup>242</sup>, cumpliendo aspectos administrativos y de coordinación como “permisos, autorizaciones, aprobaciones y

---

<sup>242</sup> Conviene precisar que en los contratos revisados al IDU, se resalta que en su mayoría los pliegos de condiciones en lo relativo al personal requerido para la interventoría, establece: el perfil, la dedicación (*Fase preliminares y Fase de ejecución de obra*) y las funciones del Director y Residente de la interventoría junto con los demás especialistas y funcionarios. Particularidad que en Medellín no establece.

emisión de documentos”, junto con el “*histograma* de personal requerido para la obra o servicio, o se justifiquen sus desviaciones” (Urdaneta, 1998).

El IDU, exige el reporte del contratista al interventor del personal designado para la ejecución de la obra, que debe aprobar el interventor e informar a través de oficio a la entidad. Para el seguimiento del personal, no tiene definido un modelo. En este aspecto, conviene precisar que a diferencia de las dos entidades estudiadas, el INVIAS, ha establecido modelo MSE-FR-22-3 para el control de personal del contratista en el que discrimina 31 días y debe ser firmado por el Residente de Obra y Residente de Interventoría, y remitido archivo de gestión contractual y a la unidad ejecutora de la entidad.

Medellín señala la obligación de contratista de la obra de presentar al interventor la relación del personal que destinará a la ejecución del contrato, con su respectiva identificación, y como obligación del contratista consignar en la “Bitácora o Libro de Obras” *los inventarios periódicos de equipo y personal*. En el Manual de Interventoría, la entidad incluye un anexo “Lista de Verificación de Ejecución del Contrato”, en la que incluye: Personal: Cantidad-Distintivo, calificándolo: *Excelente, Bueno, Regular, Malo*. Sin embargo, no establece un criterio o las razones que se tienen en cuenta a la hora de señalar que el contratista respecto de su personal está en una de las cuatro circunstancias, lo que permite que el interventor lo defina a su arbitrio. Adicional a ello, no se establece el factor temporal en la revisión, de manera que no se identifica si es diaria, semanal, o mensual u ocasional, como podría concluirse del Manual de Interventoría al establecer en el acápite *papeles de trabajo* que “el interventor debe hacer visitas periódicas al sitio donde se ejecuta la obra”.

#### *Control de calidad de materiales*

El Manual de interventoría del IDU señala que dentro del informe que debe rendir el interventor, debe dar a conocer los resultados de los ensayos y de las pruebas realizadas dentro del contrato de obra. Para realizar el control de las pruebas no

tiene establecido un modelo de seguimiento, por lo que será el definido en el plan de calidad de la persona que lleve a cabo la interventoría, como se advierte de los pliegos de condiciones estudiados. Sin embargo, en los modelos de control ambiental, establece el FORMATO No. 9 CONTROL DE MATERIALES, en el que establece los ítems: Tipo de material y Volumen del Material llevado a la obra, comprendiendo el día 1 al día 31.

Los pliegos de condiciones, si bien coinciden en el proceder del interventor de informar a la entidad respecto de los materiales y calidades, no se encuentra uniformidad para llevarlo a cabo la revisión. Por ejemplo, en la selección IDU-CMA-DTM-027-2012, se exige en el apéndice 1, que el interventor cuente con una “COMISION Y LABORATORIO DE ENSAYOS DE PAVIMENTOS Y SUELOS” (Cfr. [www.contratos.gov.co](http://www.contratos.gov.co)), y quien realiza las funciones de:

1. Tomar muestras de contraste en campo para verificar el cumplimiento de especificaciones y calidad.
- 2 Reportar los resultados de los ensayos al Instituto.
3. El Inspector deberá realizar visitas a proveedores de materiales para verificación de especificaciones.
4. Firmar los resultados de todos los ensayos generados; además los pliegos establecen que es obligación del interventor, en forma adicional, debe diseñar y someter a aprobación del IDU los registros de control diario de obra que se describen a continuación: Registros de Control de materiales, Registros de Control de Equipos, Registros de Control de personal, Registros de Control de Ejecución de cada Actividad, Registros de Retiro de Escombros y Material Sobrante y Registros de Ejecución de Ensayos de Campo y Laboratorio.

Mientras que en el proceso IDU-CMA-SGI-012-2012, establece que:

Las pruebas, ensayos y verificaciones que sean necesarias de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones, además de todos aquellos que sin estar expresamente consignados en éste sean técnicamente necesarios e idóneos para corroborar con certeza que los estudios y diseños de detalle y la obra ejecutada por el Contratista cumplen con los requerimientos contenidos en el Contrato de Obra, especialmente en los Apéndices A, B y C. Así mismo, deberá verificar la calidad de los materiales y elementos empleados en obra (agregados, concreto, mezclas asfálticas, acero de refuerzo, adoquines, elementos prefabricados, etc), sirviendo de comprobación a los controles de calidad que realice el Contratista. Por tal razón, deberá presentar el programa específico determinando el tipo de ensayo, su frecuencia y los procedimientos posteriores a los resultados, de acuerdo con lo establecido en los Apéndices A,

B y C del Contrato de Obra y en el presente Apéndice. En caso de presentarse discrepancias en los resultados de los ensayos y/o pruebas que adelante el Contratista e Interventoría, primaran para efectos de la comprobación de las Metas Físicas y las actas de pago los ejecutados y obtenidos por esta última.

En Medellín, es menor el establecimiento de este control. En el Manual de Interventoría, se establece: *Documentación empleada por la interventoría*, dentro de la que se hace parte la *lista de verificación*, en la que se consigna el control, manejo y almacenamiento de materiales y el control en la elaboración de materiales, con una casilla para las observaciones.

En la mayoría de los pliegos se establece un ítem CONTROL DE CALIDAD DE LA OBRA, en el que se señala:

“El contratista-interventor auditará, controlará y revisará los ensayos de campo, de laboratorio y de materiales que deba ejecutar el Contratista para las diferentes actividades de la obra, de acuerdo con las normas y especificaciones de construcción vigentes y estipuladas en el contrato, e informará a la Secretaría de Infraestructura Física sus resultados dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su obtención.

Los métodos de construcción quedan a juicio del Contratista de obra; sin embargo, el contratista-interventor podrá sugerir cambios en los métodos que considere inadecuados”.

#### *Control maquinaria y equipos*

El IDU, tiene establecido el formato FO-GIP-062 para el traslado de maquinaria y equipos, en el que se individualiza el tipo de maquinaria y equipo como el origen de destino y llegada, advirtiendo, si se cuenta con el debido permiso para el transporte, la póliza de responsabilidad civil extracontractual y si cumple la normativa prevista para el traslado (como por ejemplo los avisos extra-largos). Mas no para el control diario de la maquinaria y los equipos requeridos para la obra. En este punto como se indicó hay algunos contratos como el CMA-DTM-027-2012, en el que es deber del interventor “diseñar y someter a aprobación del IDU los registros de control diario de obra”. Por su parte Medellín, no tiene establecido ningún mecanismo para que el interventor realice la respectiva verificación.

### *Control de estado del tiempo*

Este mecanismo contribuye a señalar circunstancias que impiden llevar a cabo la obra, debido a que, proceder en determinado sentido, con el "tiempo en contra", puede incidir de manera negativa en la calidad de la obra. Su aplicación generalmente se debe a espacios abiertos. El IDU establece en el Manual de Interventoría, que el interventor en el informe mensual deberá allegar cuadro *de análisis sobre la incidencia del estado del tiempo en el desarrollo de la obra* y en el que se detallen *las horas no trabajadas por lluvia*, pero no define el modelo para ello.

Por su parte Medellín no refiere nada al respecto, ni en el Manual ni en los contratos.

### *Libro diario o bitácora de obra*

En Colombia no está consignado en la normativa contractual, como si ocurre en México, en donde la Ley Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (Decreto del 4 de enero de 2000) establece en el artículo 46 que "Para los efectos de esta Ley, el contrato, sus anexos y la bitácora de los trabajos son los instrumentos que vinculan a las partes en sus derechos y obligaciones", por lo que para Solís Carcaño *la Bitácora* es:

[...] el instrumento legal mediante el cual se deja constancia de lo sucedido en la obra día a día. Es un medio tanto de comunicación como de mando que el supervisor debe utilizar de manera correcta y sistemática durante todo el desarrollo de la obra. Cuando una disputa trasciende al ámbito de los tribunales, la bitácora es una prueba legal de gran importancia y puede ser el factor que incline la balanza hacia una de las partes en el conflicto. De ahí que las anotaciones deben ser claras, concretas, veraces y oportunas (Solís, 2004, p. 58).

En España están reglamentadas en dos libros, uno de órdenes y otro de incidencias. El primero, señala Menéndez Gómez que se abrirá en la fecha de comprobación y se cerrará en la recepción definitiva, estando a disposición de la Dirección de Obra para anotar: *las ordenes, instrucciones y comunicaciones que estime convenientes*; por su parte el contratista, consignará las “cuantas ordenes o instrucciones reciba por escrito de la Dirección”. (Menéndez, 2006, p. 192). En el segundo, explica Méndez Gómez, el contratista “está obligado a dar al Director facultativo las facilidades necesarias para la recogida de datos de toda clase que sean precisos para que pueda llevar correctamente el libro de incidencias”, estando obligado a remitirlo al órgano de contratación (Menéndez, 2006, p. 195).

El arquitecto Julio Sánchez, señala -que en nuestro caso- el interventor debe llevar junto con el contratista un diario de la obra o bitácora, debidamente foliado, el cual debe permanecer en la misma, y en ella deben consignar con tinta negra y sin enmendaduras todas las situaciones y los eventos que se presenten a diario durante el desarrollo del contrato. Este diario debe ser firmado por los residentes de la interventoría y de la obra (Sánchez, 2010, p. 79), discriminando fechas, especificaciones, ubicación, unidad y cantidad de medida según el caso (Sánchez, 2010, p. 94). Y en el que además se harán constar

[...] los inventarios periódicos de los materiales, el equipo y el personal, así como las actas de los comités técnicos de obra o administrativos que periódicamente deben realizarse, además de las observaciones que por parte de alguno de los participantes de la obra se hagan constar. Este libro formará parte integral de los documentos del contrato. También se podrán consignar allí los conceptos técnicos de consultores externos a la obra (Sánchez, 2012, p. 98).

El IDU tiene divididas las bitácoras en: Libro de obra, Bitácora componente tráfico, Bitácora Social, Bitácora Ambiental, y establece que se debe allegar copia de estas con el informe mensual.

Medellín consigna en su manual que es deber del interventor, registrar con el contratista y/o el residente de la obra o representante de aquel en el sitio de

ejecución del contrato, en la "Bitácora o Libro de Obras", las acciones realizadas en ella; los inventarios periódicos de materiales, equipo y personal; así como las actas de los comités técnicos de obra o administrativos que periódicamente deben realizarse y las observaciones o novedades que se hayan sucedido. Este libro formará parte integral de los documentos del contrato y de la Interventoría. Aquí también deberá reposar los conceptos técnicos de consultores externos a la obra o a la actividad contractual, que por algún motivo se invitaron a dar conceptos.

#### *Inspección continuada-visita de obra*

Señala Menéndez que el control de la ejecución de la obra / cumplimiento de los plazos, exige que periódicamente se proceda a la medición de la obra ejecutada para comprobar el grado de avance, medición que habrá de realizarse "al origen de las obras" (Menéndez, 2006, p. 388), advirtiendo que la "medición la realizará la dirección de la obra/equipo del Director facultativo de obra, y no el contratista" (Menéndez, 2006, p. 389). Por lo que señala el autor, se requiere de la inspección continuada de obras, "la que se manifiesta tanto en las ordenes que puede y debe darle al contratista para lograr una buena ejecución de la obra por razones de interés público, como en las sanciones / penalidades que en caso de incumplimiento, le pueda imponer" (Menéndez, 2008, p. 351).

Señala Jiménez (2007) que existen dos tipos de visitas: 1. Ordinarias, cuando están programadas. 2. Especiales cuando se realizan a petición del contratante, de un organismo de control o por información que recibe el interventor sobre presuntas irregularidades en el la ejecución del contrato (p. 156). Para el autor las visitas, comprende tres actividades, a saber, "la programación de la visita, Desarrollo e Informes".

En el caso del contrato de obra la interventoría es permanente, luego permanece junto con el contratista en el lugar de ejecución, de tal seguimiento, pueden presentarse varias situaciones, que pasamos a exponer.

### *Imprevisión en la ejecución*

En el contrato se establecen las causas por las cuales puede suspenderse la ejecución contractual, las que generalmente su redacción es abierta, de manera que sea aplicable ante cualquier situación no prevista, como sería la fuerza mayor o aquella que surge de la ejecución directamente afectando la obra, y que no era susceptible de prevenir. En este caso señala Lamprea (2007) que, debe ser inmediata y oportunamente informado de las contingencias que ocurran a los funcionarios como al interventor, “para disponer del tiempo necesario de proponer la prórroga del contrato, decretar la suspensión del término o aceptar llevar la cuestión de inconformidad económica” (p. 576). Aunque también precisa que la suspensión no “siempre es un suceso desgraciado; ella bien puede constituir favor favorable para arreglar la controversia o ajustar los términos de aquel (Lamprea, 2007, p. 576).

El IDU estableció el modelo de acta de suspensión 4-MIN-C-M-04, a través de la cual, se formaliza *la suspensión o ampliación* del tiempo de suspensión del contrato, y el acta 4-MIN-C-M-05, para el reinicio del contrato, y en la que se deja constancia de la aprobación de reiniciación a un contrato que se encontraba suspendido, indicando los antecedentes, suspensiones, ampliación de suspensiones y fijando la nueva fecha de terminación del mismo, después de solucionadas las circunstancias que motivaron la suspensión.

Medellín adjunto al Manual de Interventoría, tiene modelo para suspender o reiniciar un contrato.

Es probable que se presenten otras circunstancias que modifiquen las condiciones inicialmente acordadas, como pueden ser: 1. FIJACION DE PRECIOS NO PREVISTOS. 2. CAMBIO DE ESPECIFICACIONES. 3. MAYORES CANTIDADES DE OBRA. El IDU tiene definidos los formatos para tales eventos sin embargo,

Medellín, solo establece un modelo de cambio de obra, el cual resulta insuficiente para establecer con certeza las modificaciones que se adelanten, y una lista de chequeo, que no está acorde para la medición y seguimiento del contrato de obra.

Conviene precisar que el IDU en forma adicional tiene los siguientes modelos adoptados: Acta de Comité de Seguimiento (4-MIN-C-M-09), Acta de Ajustes (4-MIN-C-M-21), Acta de Fijación de precios no previstos (4-MIN-C-M-23), Plan de Inversión del Anticipo (4-MIN-C-M-25), Acta de Cambio de Especificaciones (4-MIN-C-M-27) Comparación Precios Unitarios no Previstos (4-MIN-C-M-35), Lista de Chequeo de Obras (4-MIN-C-M-50), Control de Ajustes (FO-IDU-29) Solicitud de Imposición de Multas (FO-IDU-50) Acta de Mayores Cantidades de Obra (FO-IDU-57). Cada uno de los formatos descritos, están en formato Excel, con las indicaciones para su diligenciamiento, la dependencia de origen, como el lugar de radicación.

#### *Entrega parcial de la obra*

En España el certificado de obra, explica Menéndez, es un documento administrativo expedido por el Director Facultativo de obra, “que acredita que el contratista ha ejecutado un determinado volumen de la obra, previa medición y valoración al origen” (2008, p. 462), el Acta de recibo parcial, es el documento mediante el cual el contratista hace entrega parcial y la entidad contratante recibe a satisfacción cuantificados los bienes, las obras o los servicios. Esta acta es el soporte para el pago parcial al contratista (Cfr. Sánchez, 2010, p. 139).

El IDU para el recibo parcial adopto el modelo 4-MIN-C-M-22, con la que el interventor dejar constancia del recibo parcial y/o modificaciones del mes respectivo, según condiciones que se especifican en la misma acta. En el acta se consagra:

DATOS ESPECIFICOS: 1. LAS CONDICIONES CONTRATUALES INICIALES: DESCRIPCION, UNIDAD, CANTIDAD, PRECIO UNITARIO. 2. LAS MODIFICACIONES DEL ACTA: CANTIDAD Y VALOR. 3. OBRA EJECUTADA LA DEL ACTA Y LA ACUMUALDA: CANTIDAD Y VALOR. 4. LAS OBSERVACIONES SOBRE LA OBRA.

Medellín establece un modelo de acta de recibo parcial, en el que discrimina: ítem, elemento, valor unitario, valor parcial, total obra ejecutada, menos amortización, saldo, anticipo recibido y valor total a pagar.

#### *Recibo Final de Obra*

Para Menéndez, una vez finalizada la ejecución, se inserta el *acto de recepción*, que tiene por “finalidad comprobar/ confrontar en situ, la realidad y la concordancia de la obra ejecutada” (2008, p. 499). Afirma Parra, que la *recepción definitiva de la obra*, se formaliza a través de una acta, en caso de no existir observación se dará por bien vista, de lo contrario se concede un plazo para subsanar los defectos (Parra, 2002: 96).

El IDU adoptó el FORMATO 4-MIN-C-M-37, en el que se dejará constancia de la entrega por parte del contratista y del recibo a satisfacción por parte del interventor, del estado de las obras objeto del contrato. Además se deja establecida de la fecha del recibo final de obra. En ella se advierte, 1. PRORROGAS. 2. SUSPENSIONES Y AMPLIACIONES. 3 VALORES ADICIONALES. 4. OBRA EJECUTADA. Que comprende: ÍTEM, DESCRIPCIÓN, UNIDAD, CANTIDAD, VALOR UNITARIO, Y VALOR TOTAL. 5. OBSERVACIONES DE LA INTERVENTORIA SOBRE EL ACABADO DE LAS OBRAS EJECUTADAS – ACTAS DE RECIBO PARCIAL Y AJUSTES. 6. POLIZA DE ESTABILIDAD. 7. ESTADO GENERAL DE LA OBRAS, en el que se incluye el texto: “los trabajos terminados se encuentran ejecutados a entera satisfacción de acuerdo con lo establecido en el contrato. En consecuencia, el Contratista hace entrega real y efectiva de la obra ejecutada a la interventoría y

esta la recibe. Las cantidades de obra indicadas en la presente acta de recibo, literal D- OBRA EJECUTADA-, y la calidad de las mismas, son de absoluta responsabilidad del contratista e interventor.

El recibo de los trabajos terminados, no releva al Contratista ni al interventor de sus responsabilidades y obligaciones a las cuales hace referencia el contrato y las normas legales vigentes. El contratista se compromete a mantener vigentes las garantías presentadas de conformidad con lo establecido en el contrato.

Medellín, a través del Manual de Interventoría establece un modelo de ACTA DE RECIBO FINAL, en el que describe: ITEM, CANTIDAD, VALOR UNICTARIO, VALOR TOTAL, VALOR ACAT, MENOS ANTICIPO Y VALOR TOTAL A PAGAR.

Una vez recogidas todas estas apreciaciones de carácter técnico se dará paso a un uso analítico de los anteriores apartes haciendo énfasis en el conglomerado analítico hasta aquí desarrollado.

## REFLEXIONES CRITICAS SOBRE LA INTERVENTORÍA DE LA OBRA PÚBLICA

### *Primera*

La construcción normativa en la contratación no ha sido estática en Colombia, diversos factores inciden en la constante modificación. Con antelación a 1991, el modelo de Estado, y luego los principios de la función pública previstos junto con los fines esenciales a cargo del Estado, son derroteros constantes para el legislador, quien intentando superar la presencia de la *corrupción* se ha inclinado hacia la transparencia y el establecimiento de figuras para asegurar la adjudicación de los contratos de manera objetiva, dejando de lado lo relativo al control de la ejecución, sin que exista mayor interés en definir un marco para la vigilancia y control. Aunque es exaltable el avance en el seguimiento al contrato por lo menos en definir la interventoría- con la expedición de la Ley 1474 de 2011, nótese que se trasladó al ejecutivo la regulación, sin que ello ocurriera con la expedición del decreto 734 de 2012, ni con el decreto 1510 de 2013 recientemente expedido.

### *Segunda*

La interventoría como contrato de consultoría, no cuenta con reconocimiento ni identificación respecto de otras figuras previstas para el control como es el caso de: 1. La supervisión. 2. la consultoría -para técnicas de coordinación, control y supervisión-. Los parámetros dentro de la legislación no son suficientes de allí que la doctrina -por cierto muy escasa- junto con la jurisprudencia del Consejo de Estado han participado activamente en su *construcción*, sin embargo, se acude constantemente a los decreto 150 de 1976 y decreto 222 de 1983, como derrotero para referirse al contrato de interventoría.

Con el señalamiento de funciones similares entre interventoría y supervisión las únicas diferencias en la práctica de una y otra, se circunscribe: 1. A la persona que la adelanta, es decir si es funcionario o contratista, debido a que el régimen de responsabilidad es idéntico dada la función pública del interventor, y el traslado en bloque hacia las disposiciones penales y disciplinarias. 2. A la exigencia legal en el contrato de obra cuando se adjudica por licitación, pues como se vio en caso de declararse desierta ésta no opera el condicionamiento en su contratación.

### *Tercera*

La normativa nacional en materia de interventoría actualmente no establece herramientas, instrumentos ni mecanismos que orienten a las entidades definir o establecer en sus normas, parámetros claros para adelantar el adecuado seguimiento a los contratos que celebran. Luego como respuesta a otro interrogante, se concluye que el marco jurídico no resulta efectivo para el ejercicio de la interventoría. Ante tal vacío, se han presentado situaciones, en la que podemos afirmar que en el rol del contratista-interventor *en alguna medida* supera lo que Dromi (2008, p. 25) refiere como principio de desconfianza<sup>243</sup>, al tornarse en un colaborador (no en todos los casos) de la administración, pues como se advierte en el análisis de los contratos del IDU, elabora un plan de calidad para llevar a cabo para el control de la ejecución contractual, luego su función es proactiva, ante la pasividad del Estado.

### *Cuarta*

---

<sup>243</sup> “El principio de desconfianza nació en el siglo pasado [siglo XIX] como fruto de la concepción liberal, que atendía más a las garantías formales de todo orden que a los resultados concretos de la actividad administrativa. Siempre que se quería enjuiciar dicha actividad se aplicaba con todas sus consecuencias el principio de desconfianza, superado felizmente en nuestro tiempo por el enfoque prospectivo de la moderna administración. Este principio ha inspirado, hasta el texto de 1965, la legislación española de contratos del Estado, desplazando el verdadero objeto del contrato – obtener unas prestaciones óptimas y adecuadas a las exigencias concretas – por un sistema de garantías no sólo de administración, sino también del propio contratista como acreedor directo del gasto público ocasionado por la contratación estatal” Arifio (1968, pp 232 y 233).

El rol de los principios constitucionales como de los previstos en materia contractual han sido fundamentales para la construcción de un marco general aunque no expreso para el ejercicio de la interventoría, de modo que ante la ausencia del texto, en efecto las nuevas tendencias del derecho administrativo, la constitucionalización del derecho administrativo, nutren con suficiencia los vacíos del derecho legislado.

En la práctica los intereses particulares (contratista-constructor) pueden terminar primando respecto de quien lleva a cabo la interventoría (Estado), no necesariamente por la voluntad de quien la realiza sino por la deficiencia en la regulación, no obstante, acudiendo a principios y reglas de orden superior, el interés público, contribuye a superar tal defecto y se impone, aunque no en todos los casos, impidiendo que el interés de orden social se vea menoscabado en la medida que el objetivo de las obras (cumplimiento de los fines esenciales) se ve comprometido el principio de *justicia y eficacia*.

#### *Quinta*

Frente al contrato de interventoría, que es producto de una licitación y su estructura de control, se puede indicar que su *eficacia* se ve comprometida con la existencia de vacíos en el complejo técnico, la acción de vigilar se ve violentada por una pugna de intereses que supera sus herramientas, dejando al interventor a merced de las circunstancias en las que se ve envuelto el contrato de obra. Ante la inexistente claridad del complejo organizacional de registro y control contractual, el funcionamiento del interventor se ve supeditado a la improvisación de herramientas que le ayuden a consolidar su proceso de vigilancia, esto quiere decir, que en muchos de los casos la acción del interventor se ve expuesta al azar, cabe mencionar que este estar expuesto está inscrito en el marco de unas relaciones que superan la coyuntura en la que se inscribe.

Como se pudo apreciar en el análisis de los Manuales de Interventoría de las dos ciudades más importantes del país, se denota la diferencia (por cierto, trascendente) entre la forma de vigilar y controlar el contrato estatal. En Bogotá con un rigorismo técnico a partir del 2012, mientras que en Medellín se evidencia notorios vacíos en el seguimiento y control. Las herramientas fijadas en Bogotá -mecanismos operativos de control- frente a las de Medellín, facilitan (por lo menos en teoría) la labor de vigilancia de manera *eficiente* en la primera.

Esa facultad de establecer modelos de manera libre sin acudir a una referencia técnica general como marco para todas las entidades, dificulta sin duda un correcto funcionamiento de la interventoría, como la supervisión real sobre el proceder del contratista-interventor y el enteramiento de la entidad sobre el estado real de la obra.

Luego, la comunicación armónica que debiera existir entre quien funge como representante de la Entidad (interventor) y ésta, se rompe dada la no existencia previa y delimitada de reglas para el seguimiento que dificultan realizar una articulación entre planeación, organización y control, de allí que como lo afirma Urdaneta (1998 se requiere de “una acción integral que planee, organice dirija y controle las obras con un criterio unificado, básico y que permita producir un proyecto que cumpla con las expectativas de los usuarios” (p.107).

#### *Sexta*

A partir de lo establecido en el capítulo II *Responsabilidad del interventor*, se advierte un proceder del Estado “amenazante” de la actuación contractual, lo que interpretado con los capítulos I y III, la ausencia de marco para el control –teórico- y lo analizado de los manuales y contratos –práctico-, permite concluir que el señalamiento y aumento de las sanciones y penas (como la responsabilidad civil en 20 años, sin aplicabilidad, la ampliación en responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal) en nada soluciona la deficiencia en la vigilancia contractual, de modo que la política sancionatoria no impide que sea incapaz la interventoría de hacer un

adecuado seguimiento, de modo el camino fijado por el Estado para cumplir el deber de control en la ejecución contractual, no puede centrarse en el aumento de sanciones de quien lleva acabo esa función, sino que ha de ser a partir de una fijación de reglas, instrumentos y herramientas que se le trasladen al particular y con las que a la vez cuente la Entidad para revisar la ejecución contractual.

Nótese que desde 1976 se estableció la responsabilidad penal (*ultima ratio* del Estado) aplicable a los interventores, sin que ello de manera alguna haya permitido que su labor se tornara *eficiente, eficaz y justa* de cara a los objetivos que pretende cumplir el Estado, de modo tal que, el Estado debe definir y construir políticas educativas, de información, de definición de modelos de seguimiento, de estándares generales que *conformen mecanismos operativos de control*.

Frente a la posibilidad de realizar mejoras al sistema de interventoría, apoyados en la doctrina y legislación internacional, puede ser aceptable hasta cierto aspecto. De una revisión general de la normativa contractual de España y de la Argentina, la figura del interventor, existe como el director de obra inspector de obra y el director facultativo de obra, respectivamente, quienes ostentan la calidad de funcionarios lo que acá sería el supervisor del contrato, sin embargo, acuden a la consultoría para la inspección y vigilancia, lo aceptable de la normativa Española sería las clausulas generales y particulares para los contratos, pues como se vio en el capítulo III, existe en la legislación la definición con consecuencias (no penales ni disciplinarias) contractuales en caso de desconocimiento, las que se realizan en corto tiempo, siendo relevantes para un adecuado seguimiento.

### *Séptima*

Acorde al interrogante planteado al iniciar esta investigación ¿Es el marco jurídico regulatorio del contrato de interventoría de obra pública una herramienta lo suficientemente *eficaz* para el ejercicio de la facultad de administración del contrato que le compete al representante legal de la entidad? Y apoyado en las anteriores

conclusiones, se responde negativamente, como quiera que el marco jurídico del contrato de consultoría- interventoría, no es eficaz en cuanto a la libertad otorgada a las instituciones y organizaciones del Estado para definir los mecanismos de vigilancia, como la autonomía de las entidades territoriales (caso Bogotá – Medellín) para fijar su normativa interna, la ausencia de una política pública que construya una cultura del *control*, incide negativamente, en el deber de vigilancia. Conviene llamar la atención como se advirtió en los distintos casos expuestos en el capítulo II, en el que la interventoría se alejó de la vigilancia y consintió los defectos del contratista, dado que la vinculación contractual particular-interventor, era deficiente en el señalamiento de las obligaciones específicas y técnicas.

Esa libertad permite como se vio en el capítulo III, que se acuda a la transcripción literal de funciones del interventor en distintas áreas de la ingeniería, sin que se realice un verdadero análisis por parte de las entidades de la función de inspección control, seguimiento y vigilancia de la debida, correcta y ajustada ejecución de la obra.

### *Reflexiones Respecto del Marco Jurídico – Realidad en el Seguimiento de la Ejecución Contractual*

Del modelo de Estado incorporado en la Constitución de 1991, en el que fundado en los fines esenciales del Estado y la libertad de empresa en la que los particulares colaboran en su realización a través del contrato estatal como instrumento ideal para su realización. No obstante del acuerdo fundado en el artículo 1602 del Código Civil como derrotero fijado en la Ley 80 de 1993, dentro de la autonomía de la voluntad, es necesario que del marco del Estado interventor, proceda a revisar dicho acuerdo, no con el ánimo de quebrar el pacto, sino con el único fin de que ese acuerdo de voluntades sea cumplido por las partes. De allí la importancia de un tercero ajeno a la entidad, que si bien recibe una contraprestación por ese seguimiento a la ejecución no es sujeto o subordinado de la entidad contratante,

pues el seguimiento del contrato, no implica establecer líneas que permitan o consientan el desequilibrio económico en los contratos sino que por el contrario mantenga la igualdad de partes, teniendo por norte la construcción de la obra en los términos acordados o de ser necesario modificarse, pero garantizando los fines del Estado como el pago por la contribución en ellos del particular constructor.

Desde luego que ese rol del interventor-contratista, al ser modelo en construcción requiere de innumerables ajustes, omisión que a mi parecer ha contribuido a los nichos de corrupción en las obras públicas, como quiera que la libertad en su fijación, ha permitido que las entidades no hagan un adecuado uso, pues fundados en la autonomía para regularlo, han pasado por alto su importancia. De allí, que el Estado deba proceder a aplicar una política nacional de autorregulación en el seguimiento de la ejecución contractual. El estudio realizado respecto de las entidades territoriales advierte la necesidad de la unificación del actuar del interventor; fundado ello, procedo a exponer recomendaciones que deberían ser objeto de estudio por el legislador o el ejecutivo dentro del marco de reglamentación que se le ha encomendado por el primero y en el que se evidencia su pasividad.

#### *De la unificación del Modelo de Interventoría*

Establece el artículo 32 de la Ley 80, la exigencia de contratarse la interventoría, sin embargo es necesario limitar la libertad en el modelo de establecimiento de pliegos de condiciones técnicas y el contrato de interventoría. Para ello, considero necesario implementar cláusulas generales para los contratos de interventoría y elementos determinantes en el proceso de selección que puedan establecerse de modo general y que sean observadas tanto en el orden nacional como en las entidades territoriales y demás organismos del Estado.

Esos Para ello, es válido acudir a fijar en reglamentación los mecanismos operativos que se enuncian en la parte final del tercer capítulo como la unificación de planillas e instrumentos para los contratos de obra, cuando estemos en presencia de la

licitación, aunque como se dijo podría establecerse en los proyectos de alto impacto y valor económico que supere determinada cuantía, dado el presupuesto de la entidad y que no está dentro del rango de la licitación, pero que dada su trascendencia debe ser objeto de un tercero que haga el seguimiento.

En esta labor puede participar activamente la Agencia Nacional de Contratación Pública de la mano del Ministerio del Transporte, Invías, DNP y las facultades de ingeniería, en un plazo no mayor a 6 meses en los que se debata la conveniencia de las normas técnicas, debido a que se aplican de forma general, sin que se discrimine el área a la cual se realiza el seguimiento.

#### *Aplicación de la Interventoría en los contratos de Obra*

La interventoría para diferenciarse de la supervisión como figura de seguimiento de la ejecución contractual, debe limitarse únicamente al contrato de obra conforma a las leyes de ingeniería y arquitectura y a la reciente ley de infraestructura, quedando rezagada la interventoría de otras áreas distintas a la ingeniería.

En materia científica y tecnológica es válido acudir a la consultoría para vigilancia y control que define el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y que ha sido anulada en la contratación, figura que es apropiada y que ayuda a clarificar el rol del supervisor en la ejecución contractual.

### **Particularidades del Trabajo de Tesis en Aspectos Fundamentales Estudiados**

#### *Modelo de Estado en el contexto de la Contratación Estatal:*

- El paradigma del modelo Estado-nación contenedor de las políticas nacionales y de intervención, se fue difuminando ante los cambios mundiales propiciados por la economía dentro del contexto del libre mercado, por ello, el Estado moderno debe adaptarse al proceso de globalización y con ello, al

derecho de competencia entre éste y los particulares, por lo que la contratación cobra importancia significativa al ser el instrumento más idóneo y eficaz para que el Estado cumpla sus cometidos.

- El éxito del modelo de Estado previsto en la Constitución Política de 1991 radica en garantizar la igualdad de tratamiento en el proceso de competencia entre el Estado y los particulares, bajo los principios previstos por el artículo 209, evitando restricciones impliquen posición dominante en el mercado por parte del Estado, a partir de la expedición de leyes que dinamicen los procesos contractuales.
- Las orientaciones del nuevo modelo estadual desmonopolizado y competitivo, abren la posibilidad de generar negocios e inversiones para el país, lo que dentro del contexto del modelo policivo e intervencionista de 1968 no hubiera podido lograrse. Sin embargo, es evidente que nos encontramos dentro de un proceso de adecuación a esta nueva realidad constitucional e institucional, donde poco a poco se debe generar conciencia en torno al necesario desmonte de las posiciones dominantes y a los privilegios que se ven en el sector público, como herencia del modelo monopólico que en cierta medida se mantiene en la práctica, en lo que respecta al manejo de los servicios públicos domiciliarios que los toman como contratos de adhesión.
- Los principios económicos previstos en la Carta de 1991, permiten la modernización del Estado, para ser ágil, eficiente y eficaz dentro del mundo globalizado, garante del desarrollo económico.
- Finalmente, la contratación pública constituye la columna vertebral del movimiento de la riqueza y la forma como el Estado y los particulares dentro del proceso de contratación se vinculan a proyectos (de obra; construcción y mejoramiento de infraestructura; adquisiciones, servicios; concesiones; entre

otros) destinados al mejoramiento de la calidad de vida y al desarrollo económico.

### *Potestades excepcionales*

- Como quedo visto y no obstante que la posición mayoritaria concuerda en que solamente en aquellos contratos que la ley autorice a la entidad contratante es posible estipular cláusulas exorbitantes, por lo que aquellas que se acuerden por las partes en la interventoría son nulas de manera absoluta así la práctica de la costumbre trate de establecerlas como acaece verbi gratia en los contratos del IDU, ANI, e INVIAS. Sin embargo considero que si bien la contratación estatal dentro del contexto del Estado Competitivo es un instrumento que se tiene para alcanzar los fines y cometidos estatales, y como quiera que la razón de ser de las potestades excepcionales dentro de ese contexto es precisamente buscar el desarrollo de la finalidad perseguida por el contrato que no es más que la satisfacción del interés colectivo y no facultar a quien las tiene para sancionar al contratista, éstas con mayor razón desde mi punto de vista han de ser incluidas en el contrato de interventoría, por lo que es necesario que la ley habilite a la administración para ello para no incurrir en abusos de poder y en excesos de competencia, por cuanto, su inclusión en este contrato se justifica por ser el medio de que dispone la administración para asegurar el cumplimiento del objeto contractual, puesto que el interventor es quien ejerce el control y la vigilancia de la ejecución del contrato; de allí que, conceptos como Estado Competitivo, desmonopolizado y desregularizado, potestades exorbitantes y contrato de interventoría armonizan entre sí en la finalidad social y de interés colectivo que promulga la Constitución Política de 1991.
- Por lo que esta apreciación a mi sentir no busca retroceder en el tiempo volviendo al modelo de Estado monopólico donde la administración ejercía el poder de imperio, por cuanto, lo que se busca con ella, es precisamente

analizar el tipo de contrato estatal que no está contemplado en el artículo 14 de la ley 80 y si teleológicamente concuerda con el modelo de Estado y con los cometidos constitucionales previstos en la Carta Política de manera que armonicen entre sí, máxime cuando la Corte Constitucional señala que el fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas.

### *Conflicto de Interés*

- En lo que hace referencia al tema del conflicto de interés como quedo expuesto considero a mi juicio que no existe un vacío total y absoluto en la materia, por cuanto, para el caso del interventor es plausible aplicar la definición del conflicto de interés de que trata el artículo 40 del código disciplinario (ley 734 de 2002), donde éste podría declararse impedido para actuar cuando tenga un interés particular y directo en el ejercicio de sus funciones al igual que de alguno de sus parientes, o socio o socios de hecho o de derecho, que colisione contra el interés general, propio de la función pública.
- Las cláusulas que definan las situaciones que dan lugar a conflicto de interés en el respectivo pliego que rige el proceso de selección del interventor deben cumplir con los criterios de regulación señalados por vía jurisprudencial tal como lo expuso el Consejo de Estado, esto es, que cumplan con las exigencias de tipicidad y objetividad, y que sean claras y precisas las acciones u omisiones a las que se dé como efecto prohibir la participación de la persona en el proceso de que se trate, al igual que cumplan a cabalidad

con los elementos del conflicto que se desprenden del artículo 40 vistos en el acápite correspondiente.

## FUENTES BIBLIOGRAFICAS

### LIBROS

Ariño O. (1968). *Teoría del Equivalente Económico en los contratos administrativos*. Madrid: Institución de Estudios Administrativos.

Benavides, J. (2004). *El Contrato Estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, 2ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernate, F. & Gil, N. (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Bianca, M. (1998). *Il Contrato*. Milano: Giuffre.

Cárdenas, J. (1994). *La responsabilidad del servidor público en el Nuevo Estatuto de Contratación. Comentarios al Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.

Castro, C. & Moreno, G. (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Castro, C. & otros. (2010) *La Contratación estatal: Teoría general – perspectiva comparada y regulación internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Cebrián, J. (2004). *El fundamentalismo Democrático*. Bogotá: Editorial Taurus.

Dromi, R. (2008). *Ecuaciones de los Contratos Públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Escola, J. (1989). *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires: Depalma.

Fonseca, R. (2000). De la responsabilidad penal de los particulares que Intervienen en la contratación estatal. *Revista de derecho Universidad del Norte*.

Gómez, I. (2012). *El derecho de la contratación pública en Colombia, Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos*. Bogotá: Legis.

Gómez, I. (2012). *El Derecho de la Contratación Pública en Colombia*. Bogotá: Legis.

Grosso, M. (2007). *El concepto del delito en el código penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Guecha, C. (2007). *Contratos Administrativos – Control de Legalidad de los actos precontractuales*. 1ª Ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Jiménez, M. (2007). *Interventoría de Proyectos Públicos*. Bogotá: Universidad Nacional.

Lamprea, P. (2007). *Contratos Estatales*. Bogotá: Temis.

Lombana, J. (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Mazeaud, H. & Mazeaud, L. (2005). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Leyer.

Mendoza, A. *El Nuevo Estatuto de los contratos del Estado En Revista de Derecho*. Barranquilla: Universidad del Norte

Menéndez G. (2006) *Contratos Administrativos: Dirección de Obras Públicas*. Navarra: Aranzadi.

Menéndez G. (2008) *Contratos Sector Público Obras Públicas*. Navarra: Aranzadi.

Montes, S. y Mier, P. (2010). Aspectos para Analizar en la Deducción de Responsabilidad Patrimonial en los Contratos del Estado En *Reforma al Régimen de Contratación Estatal*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Morales, D. (2007). *Régimen de la Contratación Estatal Anotado*. Bogotá: Editorial Leyer.

Mutis, V. & Quintero, M. (2002). *La contratación estatal: análisis y perspectivas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Naranjo F. (2011) *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Legis. Julio 2010 – Julio 2011.

Parra, P. (2002). *El contrato de Interventoría*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Patiño, J. (2008). La idea de una sociedad bien gobernada en Adam Smith, en *Revista Derecho y Realidad*. N° 12. II Semestre de 2008.

Rincón, J. (2011). *La eficacia y la eficiencia en el contrato de interventoría*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Rodríguez, R. (2004). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.

Sánchez, J. C. (2010). *Interventoría de proyectos públicos y obras*. Bogotá: Universidad Nacional.

Santofimio, G. (2003). *Tratado de derecho administrativo*, T. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio, J. (2000) en *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*, 1ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio, J. (2005). *Tratado de Derecho Administrativo – Contratación Indevida*. Bogotá: Universidad Externado.

Smith, A. (1997). *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*. México: Fondo de Cultura Económica.

Solis, R. (2004). La supervisión de obra en *Ingeniería Vol. 8. No. 1*, pp. 55-60. Yucatán: Universidad Autónoma de Yucatán.

Stiglitz, J. *El Malestar en la Globalización*. 2002. Editorial Taurus.

Tapias, H. (2008). *La acción de responsabilidad contractual. Los Contratos en el derecho Privado*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Tapias, P. (2000). *Aspectos Prácticos de la Contratación Pública*. 1ª Edición, Casa Editorial Grupo Ecomedios.

Urdaneta, G. (1988). *Interventoría de la obra pública*. Bogotá: CEJA.

Vargas, F (2010). *Interventoría de Obras Públicas: Conceptualización y Procedimentalización*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

## LEGISLACIÓN

- Ley 19 de 1982
- Ley 53 de 1909
- Ley 80 de 1993
- Ley 400 de 1997
- Ley 734 de 2002
- Ley 842 de 2003
- Ley 1229 de 2008
- Ley 140 de 2010

- Ley 1150 de 2011
- Ley 1474 de 201

Proyecto de Contratación Pública, Programa de Renovación de la Administración Pública, Departamento Nacional de Planeación, Concepto del 16 de septiembre de 2011, Expediente 20118010524.

Proyecto de Contratación Pública, Programa de Renovación de la Administración Pública, Departamento Nacional de Planeación, Concepto del 16 de septiembre de 2011, Expediente 20118010524.

- Decreto 150 de 1976
- Decreto 222 de 1983
- Decreto No. 0626 de 2005
- Decreto 2474 de 2008
- Decreto No. 0976 de 2009
- Decreto 734 de 2012
- Decreto 1510 de 2013

## **JURISPRUDENCIA**

Corte Constitucional:

- Sentencia C-529 de 1993
- Sentencia C-341 de 1996
- Sentencia C-286 de 1996
- Sentencia C-326 de 1997
- Sentencia C-563 de 1998
- Sentencia C-593 de 1998
- Sentencia C-191 de 2005
- Sentencia C-373 de 2002

- Sentencia C-618 de 2012

Consejo de Estado:

- Sección Tercera, auto de 31 de enero de 2008, magistrada Myriam Guerrero De Escobar, expediente 33279.
- Sección Tercera, auto de 28 de julio de 2010, magistrada Ruth Stella Correa Palacio, expediente 38259.
- Sentencia del 7 de febrero de 2011, radicado 26413, Magistrada Ponente: Olga Melida Valle de De La Hoz.
- Sentencia del 28 de abril de 2011, radicado 2005-01119-01, Magistrada Ponente: María Elizabeth García González. Sección Tercera.
- Sentencia de 3 de marzo de 2006, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Sentencia 13 de febrero de 2013, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.
- Sentencia de noviembre 30 de 2006. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01008-01(30832). Magistrado Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Sentencia del 28 de febrero de 2013, Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth.
- Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Consejero Ponente, Alier E. Hernández Enríquez.
- Sentencia del 28 de febrero de 2013, Consejero Ponente, Danilo Rojas Betancorth, Sección Tercera.
- Sentencia del 28 de febrero de 2013, Consejero Ponente, Danilo Rojas Betancorth.
- Sentencia 6 de abril de 2011, Consejera Ponente Stella Conto Díaz del Castillo.
- Sentencia 28 de febrero de 2013, Consejo Ponente Danilo Rojas Betancurth.
- Concepto 2045 del 23 de marzo de 2011, consejero ponente, Enrique José Arboleda Perdomo.

#### Corte Suprema de Justicia:

- Sentencia del 27 de julio de 2006, Radicación 23872. Sala Penal.
- Sentencia del 1 de abril de 2009, radicación 28.586, Magistrado Ponente Augusto Ibáñez Guzmán. Sala de Casación Penal.
- Sentencia de 29 de agosto de 2012, radicación 38.695, Magistrada Ponente, María del Rosario González Muñoz.
- Sentencia del 27 de abril de 2005. Rad. 19562.
- Sentencia del 13 de marzo de 2006. Rad. 24833.
- Sentencia del 1 de noviembre de 2007, magistrado ponente Javier Zapata Ortiz, expediente 26580.
- Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia del 28 de junio de 2000, Magistrado Ponente Mario Mantilla Nougues, Expediente 14178. Sala de Casación Penal.
- Sentencia del 29 de septiembre de 2010, magistrado ponente Jorge Luis Quintero Milanés, expediente 34831. Sala de Casación Penal.
- Sentencia del 18 de noviembre de 2004, magistrado ponente Edgar Lombana Trujillo, expediente 20857.Sala de Casación Penal.
- Sentencia del 7 de septiembre de 2005, magistrado ponente Yesid Ramírez Bastidas, expediente 21322.

#### Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá:

- Sala Penal, sentencia del 7 de mayo de 2009, magistrado ponente Ramiro Riaño Riaño, expediente 2005448 01.

## DECISIONES ORGANISMOS DE CONTROL

### Procuraduría General de la Nación

- Decisión del 26 de abril de 2012, María Eugenia Carreño Gómez.
- Decisión del 18 de agosto de 2005, José Joaquín Urbano Martínez Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública.
- Decisión del 31 de octubre de 2007, Nora Cecilia Gómez Molina, Procuraduría Primera Delegada Contratación Estatal.
- Decisión del 26 de octubre de 2005, Mario Roberto Molano López,, Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, Expediente 095-001796-2004.
- Argumento expuesto por el Dr. Jaime Bernal Cuellar. Procurador General de la Nación. Gaceta del Congreso 291, de julio 27 de 2000.
- Procuraduría Regional del Caquetá, Auto que califica investigación disciplinaria del 15 de julio de 2008, David Alonso Roa Salguero, Expediente 4107-2008.
- Procuraduría Regional del Caquetá, Auto que califica investigación disciplinaria del 15 de julio de 2008, David Alonso Roa Salguero, Expediente 4107-2008.
- Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, decisión del 25 de julio de 2007, Silvano Gómez Strauch, Expediente 058-003860-05.
- Decisión del 31 de Julio de 2007, Nora Cecilia Gómez Molina, Expediente 143-86963-2003. Procuraduría Primera Delegada Contratación Estatal.
- Decisión del 14 de abril de 2009, Antonio Gómez Merlano, Expediente 058-003851Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal.
- Decisión del 26 de octubre de 2005, Mario Roberto Molano López, Expediente 095-001796-2004.Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal.
- Decisión del 25 de julio de 2007, Silvano Gómez Strauch, Expediente 058-003860-05, Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública.

- Decisión del 31 de Julio de 2007, Nora Cecilia Gómez Molina, Expediente 143-86963-2003. Procuraduría Primera Delegada Contratación Estatal.
- Decisión del 26 de abril de 2012, María Eugenia Carreño Gómez, Expediente 161-4899 (165-173152-2008). Colombia, Sala Disciplinaria.

Contraloría General de la República:

- Oficina Jurídica, Concepto del 7 de diciembre de 2012, Alba de la Cruz Berrio Baquero, Expediente 2012 EE0083407
- Oficina Jurídica, Concepto del 19 de diciembre de 2012, Alba de la Cruz Berrio Baquero, Expediente 80112-EE86313.

### **ARTÍCULOS Y TEXTOS**

- PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Clausulas Excepcionales. Revista de Derecho Público-Universidad de los Andes, 2004. No. 17 PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Clausulas Excepcionales. Revista de Derecho Público-Universidad de los Andes, 2004. No. 17.
- BENAVIDES, José Luís. El Contrato Estatal, entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2° edición, 2002-2004.
- YONG SERRANO, Samuel. El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación. Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.

### **PAGINAS WEB CONSULTADAS**

- [www.contratacionenlinea.co](http://www.contratacionenlinea.co)
- [www.urosario.edu.co](http://www.urosario.edu.co)

- [www.contratos.gov.co](http://www.contratos.gov.co)
- [www.revista.ingenieria.uady.mx/volumen8/lasupervision.pdf](http://www.revista.ingenieria.uady.mx/volumen8/lasupervision.pdf)
- [www.medellin.gov.co](http://www.medellin.gov.co)
- [www.idu.gov.co](http://www.idu.gov.co)
- [www.legis.com](http://www.legis.com)

### **BASES DE DATOS JURÍDICAS CONSULTADAS**

- Contratación en Línea
- Base datos Universidad del Rosario – Recursos Electrónicos
- Banco Datos Jurídicos – Contratación Estatal Universidad Externado