

Asuntos interventorías.

Boletín





Cláusulas excepcionales al derecho común en contratos de Interventoría y el efecto de su inclusión –Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S.III, Sub. A, sentencia radicado 24996 de mayo de 2013.

Es preciso reconocer que, en relaciones contractuales de contratistas de interventoría y entidades estatales, pueden darse casos en que estas últimas asimilen criterios legales que, en la práctica, suelen desarrollar en otros tipos de contratos como son los de obra, concesión, prestación de servicios profesionales, entre otros. Por tal motivo, es útil recordar que, el contrato de interventoría, entendido como uno de consultoría de los descritos en numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no está contemplado como uno de aquellos donde la ley permite que la entidad estatal incluya unilateralmente las cláusulas excepcionales o donde autoriza su pacto entre los suscribientes.

Infortunadamente, la indebida inclusión de cláusulas excepcionales en contratos de interventoría es un error común en los procesos precontractuales de las entidades estatales, que afecta directamente al interventor y vicia de nulidad absoluta las cláusulas contractuales objeto de discusión. La nulidad en comento deriva de que la Ley 80 de 1993 es explícita en la determinación de los tipos de contratos que, de manera unilateral o consensuada, pueden integrar tales cláusulas excepcionales. Tales tipos contractuales no comprenden el de consultoría.

Así, el Consejo de Estado concluyó que la celebración o estipulación de cláusulas excepcionales, sin la facultad o autorización legal correspondiente, desconoce el principio planteado en artículo 121 de la Constitución Política que impone límites a las funciones de los servidores públicos, además de configurar las causales de nulidad absoluta descritas en numerales 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.



Por último, ha de reconocerse que, con relación a los contratos celebrados por Empresas de Servicios Públicos, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 permite que, previa autorización de la respectiva Comisión de Regulación, las cláusulas excepcionales sean incluidas. Sin embargo, indica el mismo artículo que tal integración, se realizará con arreglo a lo determinado en Ley 80 de 1993. Por lo tanto, se concluye que incluso con autorización de la Comisión de Regulación, tales cláusulas no son aplicables en contratos de interventoría.

Consideraciones sobre los efectos de las cláusulas de retribución en contratos de interventoría, cuyo cobro se supedita al cumplimiento y avance del contrato vigilado o supervisado – Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, S.III, Sub. A, sentencia radicado 69492 de octubre de 2023.

En sentencia referida, el Consejo de Estado aborda el análisis de un contrato de interventoría cuya cláusula de retribución fue dispuesta por la entidad contratante, en sentido que, los pagos a realizar dependían absolutamente de la efectiva ejecución del contrato objeto de seguimiento. Sobre el particular, indica el Consejo de Estado que el contrato de interventoría, al ser principal y autónomo, supone que su retribución no puede supeditarse al cumplimiento de un tercero que no haga parte de la relación jurídica. Lo anterior, resalta esta Corporación, debe entenderse a la luz de que la función del interventor se centra en realizar el seguimiento técnico, financiero y jurídico del contrato sobre el que recae su objeto, mas no asegurarlo.

La condición antes expuesta, es decir: la sujeción de la totalidad del pago del contrato de interventoría al cumplimiento del contrato supervisado, revisada a la luz del supuesto previsto en literal d, numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, lleva a reconocer la ineficacia de tal condición por constituirse en una estipulación de imposible cumplimiento.



El Consejo de Estado afirma que la condición de ineficacia antes referida se materializa en que el interventor, dentro de su función contractual no puede operar como garante de las obligaciones del contratista supervisado. En tal sentido, contraría el orden jurídico una estipulación pre contractual o contractual que imponga la carga al interventor de asegurar el cumplimiento de un contrato en el que no es parte, para así, consecuentemente, lograr el cumplimiento propio.

Sobre el análisis de esta sentencia, resta comentar que, la misma, además de extenderse en la identificación del contrato de interventoría y de su naturaleza autónoma frente al contrato supervisado, se refiere, además, a las consideraciones que deben cumplir los pliegos de condiciones y las cláusulas contractuales de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993. Advierte la sala de revisión de la demanda que, las condiciones de los pliegos y cláusulas contractuales, analizados a la luz de los principios de la contratación estatal, desarrollados en los artículos 23 y siguientes del Estatuto, pueden dar lugar a considerar tales disposiciones precontractuales y contractuales como ineficaces y por ende impedir que produzcan efectos en las relaciones jurídicas.

Las adiciones en recursos a contratos de interventoría, a la luz de la normativa en contratación estatal y las excepciones aplicables – Colombia Compra Eficiente Concepto C-266 de 2023.

En Concepto referido, la Agencia Nacional de Contratación Pública resalta las particularidades de los contratos de interventoría, cuando los mismos se analizan a la luz y bajo los parámetros generales de las normas de contratación pública. Así pues, tal concepto reitera al contrato de interventoría como un contrato estatal, que más precisamente ha de ser entendido como uno de consultoría de los dispuestos en numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.



Por lo tanto, el marco normativo aplicable a este tipo de contrato, prevalentemente, es el Estatuto de Contratación Pública, el cual, como ha advertido el Consejo de Estado, reconoce en los artículos 13, 32 y 40 la autonomía que le asiste a las entidades estatales para configurar los precios y el sistema de pago de los contratos que celebra.

De igual manera, y a través de interpretaciones jurisprudenciales del Estatuto en comento, se ha reconocido que la ejecución de los contratos estatales está sujeta a los cambios propios del paso del tiempo que pueden suponer: i) la necesidad de mayores cantidades de bienes o actividades inicialmente previstos; y ii) la necesidad de ampliar las prestaciones contractuales, materias que han sido objeto de intensas discusiones por la determinación de si dichas modificaciones suponen un nuevo contrato.

Al margen de lo anterior, sea cual fuere la naturaleza y alcance de la modificación, lo cierto es que la Ley 80 de 1993 restringió cualquier adición de valor en los contratos estatales, indicando en artículo 40 que:

“Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”

Lo anterior fue cierto para el contrato de interventoría hasta la fecha de expedición de la Ley 1474 de 2011, la cual, en el artículo 85 desarrolló el concepto de “continuidad de la interventoría”. Este concepto, principalmente, supone una excepción a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, por cuanto de requerirse, permite a la entidad pública adicionar el contrato de interventoría en valor que exceda el 50% del valor original de tal contrato. La disposición anterior tiene como finalidad que se mantenga la vigilancia frente a la ejecución de los contratos estatales, mediante el mecanismo especializado de la interventoría, y que tal supervisión no quede supeditada a las vicisitudes del contrato vigilado.



La inaplicabilidad del límite de adiciones en recursos a contratos de interventoría desarrollado en el Estatuto de Contratación Pública no significa que la posibilidad de incrementar su valor sea absoluta. Sobre este asunto, la Corte Constitucional conceptuó en sentencia C-300 de 2012 que tales adiciones de recursos deberán, de cualquier modo, guardar correspondencia con la observancia del principio de planeación y aquellos asociados al ejercicio de la función administrativa.

Responsabilidad fiscal de interventores.

Los procesos de responsabilidad fiscal, a la luz de la Ley 610 de 2000, tienen como fuente la materialización de un daño patrimonial, entendido como el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos público. Este daño podrá ocasionarse por la acción u omisión de: 1. Los servidores públicos o por 2. la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzca directamente o contribuya al detrimento.

Sin perjuicio de que en ciertas ocasiones el interventor sea considerado gestor fiscal, lo cierto es que la fuente directa de la responsabilidad fiscal de éste se deriva principalmente de su condición de contratista que lo lleva a responder solidariamente por el detrimento que sus actuaciones contractuales pueden generar en el patrimonio público, siempre que las funciones de tal contrato y su correspondiente inobservancia afecten el patrimonio público. En otras palabras, y como lo ha advertido la Corte Constitucional en sentencia 338 de 2014, la responsabilidad fiscal del interventor tiene origen en el eventual incumplimiento de sus obligaciones contractuales siempre que genere detrimento patrimonial para el Estado de acuerdo con lo descrito en artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, y no únicamente cuando existe un vínculo contractual con el Estado.



Así pues, lo que lleva a el desarrollo de un juicio de responsabilidad fiscal contra un interventor, se basa en que haya una relación contractual, que dicha relación contractual asigne funciones específicas que, de inaplicares, omitirse o realizarse a manera indebida, derivan en un impacto al patrimonio público que genera un daño.

Es por lo anterior que, Colombia Compra Eficiente, en su guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado, ha indicado que:

“son responsables fiscales los supervisores o interventores cuando por el incumplimiento de sus funciones de control y vigilancia sobre determinado contrato estatal se ocasiona un detrimento patrimonial para la Entidad Estatal que, entre otros, puede ser consecuencia de deficiencias en la ejecución del objeto contractual o en el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad establecidas en el contrato vigilado.”

Responsabilidad civil de Interventores.

La responsabilidad civil, entendida como la obligación de reparar patrimonialmente un daño generado a otro, propiamente, bajo el marco legal colombiano, es aplicable a las acciones u omisiones de las interventorías. Así, la responsabilidad civil de un interventor puede predicarse en dos casos: en el primero, por perjuicios ocasionados a la entidad con ocasión de la ejecución de su propio contrato y el segundo, por perjuicios ocasionados a la entidad con ocasión de la ejecución del contrato objeto de interventoría, de donde se deriva que la responsabilidad civil acá comentada es contractual y no extracontractual.



En referencia a circunstancias particulares, la Ley 80 de 1993, indica que: “los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.”. De ahí que se ha reconocido que, por las funciones propias del interventor dentro del esquema de contratación estatal, el mismo al no informar oportunamente a la entidad estatal contratante de un posible incumplimiento de las obligaciones del contrato vigilado, se constituye en responsable civil solidario. Así pues, el debido cumplimiento de las obligaciones del contrato de interventoría, que a su vez constituyan o hagan parte de una afectación objeto de reparación, serán sujetas de asignación de responsabilidad civil,

La comprobación de la responsabilidad civil debe darse en el marco de un proceso como mecanismo que demostrará si existió un perjuicio y si la interventoría actuó dolosa o gravemente culposa. Para determinar esta responsabilidad se debe recurrir a los medios de control que consagra la Ley 1437 de 2011.