

BOLETÍN JURÍDICO CCI

27 DE MARZO DE 2025

UNA PUBLICACIÓN DE LA CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA



Contenido

(i)	Novedades jurisprudenciales	2
1.	El alcance del deber de supervisión de la entidad estatal.....	2
(ii)	Novedades administrativas y reglamentarias	6
1.	Concepto Colombia Compra Eficiente C – 964 de 2024	6

(i) Novedades jurisprudenciales

1. El alcance del deber de supervisión de la entidad estatal

En sentencia del pasado 7 de febrero de 2025, la subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado José Roberto Sáchica Méndez, conoció de una demanda de controversias contractuales, en segunda instancia, en la que estudió, entre otras cosas, el alcance del deber de supervisión de las entidades estatales contratantes frente a aquellas propias de los interventores.

En esta ocasión, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo precisó que si bien es cierto la entidad tiene la posibilidad, y en algunas ocasiones la obligación, de contratar una interventoría con miras a adelantar el seguimiento y control técnico cuando ello implique un conocimiento especializado o cuando la complejidad del objeto contractual lo amerite, esto no releva a la entidad contratante del ejercicio de su potestad de vigilancia ni de aquellas que la ley le ha otorgado para adoptar decisiones en el marco de su función administrativa o contractual, en aras de lograr el cumplimiento efectivo de las intervenciones por parte del contratista.

Bajo ese entendido, señaló que es claro el deber de información que tiene la interventoría en atención a los incumplimientos de los contratistas, en el sentido de comunicarle a la entidad la situación de forma tal que esta de inicio a los procesos sancionatorios correspondientes, sin embargo, no debe perderse de vista que se trata de una obligación de medio y no de resultado en la medida en que no es el interventor el llamado a tomar las decisiones contractuales a que haya lugar, encaminadas a lograr el cumplimiento total y oportuno del contrato intervenido.

Si bien el informe de interventoría es un insumo indispensable para ello, no se le puede otorgar el carácter de requisito incluyente para declarar el incumplimiento, comoquiera que la entidad, en atención al debido proceso del procedimiento sancionatorio, tiene el deber de verificar y confrontar el grado de certeza de los cargos con el material probatorio que se presente en el proceso.

Es así como, según el Consejo de Estado, el ejercicio de las actividades del interventor no reemplaza, de ninguna manera, a la entidad en el cumplimiento de sus deberes de vigilancia, control, facultad sancionatoria, dirección y toma de decisiones en el marco de la ejecución contractual, puesto que son deberes que primigeniamente se le adjudicaron a la parte estatal contratante y es esta la encargada de sancionar al contratista por los incumplimientos en que incurra.

Con fundamento en ello y teniendo en cuenta que la vigilancia y control de los contratos es un deber permanente radicado en cabeza de la entidad pública, es perfectamente válido que, como directora de la ejecución contractual, adelante las actuaciones necesarias encaminadas a cominar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones cuando identifique su incumplimiento, independientemente de si la interventoría emite o no su

informe respectivo. Esto, puesto que, de hacerlo, podría resultar responsable solidariamente con el contratista por los daños que genere tal inobservancia contractual.

"De conformidad con el artículo 83 de la Ley 1473 de 2011, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda. Así mismo, establece que la supervisión consiste en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato se ejerce directamente por la entidad estatal cuando no se requieren conocimientos especializados, mientras que la interventoría corresponde al seguimiento técnico del negocio jurídico con una persona independiente de la entidad contratante cuando ello suponga un conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad del mismo lo justifique, sin perjuicio de que atendiendo a la naturaleza del contrato principal, la entidad pueda contratar su seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable y jurídico con la interventoría.

17. Conforme a los artículos 82 y 84 de la Ley 1474 de 2011, la interventoría contractual implica la vigilancia y el seguimiento al cumplimiento obligacional a cargo del contratista bajo otro negocio jurídico; en consecuencia, los interventores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución de ese contrato para cumplir con su deber principal, consistente en exigir la calidad de los bienes, servicios u obras en los términos definidos en los pliegos, anexos o en las normas técnicas obligatorias, manteniendo oportunamente informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias constitutivos de incumplimiento bajo el contrato vigilado, o que pongan o puedan poner en riesgo su cumplimiento.

18. Se destaca que este deber de información a cargo de la interventoría es de suma importancia, en tanto le corresponde alertar a la entidad sobre cualquier inconsistencia en el desarrollo del contrato vigilado con el objetivo de asegurar el cumplimiento de su objeto y de los fines de la contratación estatal, y en esa medida, el interventor es civil, fiscal, penal y disciplinariamente responsable por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales haya ejercido o ejerza funciones de interventoría.

(...)

Como se observa, aunque existe un deber de información y verificación del interventor con la entidad, a fin de que la última adopte fundada y oportunamente las medidas necesarias para garantizar las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en el contrato y lograr la consecución de los fines fijados con su celebración y ejecución, los interventores no sustituyen ni reemplazan a la entidad estatal en su posición contractual ni en las potestades que la ley les concede para garantizar la ejecución del contrato vigilado, y por tanto, no pueden adoptar las

decisiones que en el marco de sus funciones administrativas o contractuales le correspondan. De esta manera, la contratación de una interventoría por parte de la entidad estatal, no la releva de sus deberes de control y vigilancia frente al contrato principal, menos de su competencia decisoria sobre los asuntos que atañen al desarrollo del contrato. De esta manera la interventoría no sustituye ni reemplaza a la entidad contratante en la toma de las decisiones, conservando dicha potestad a través de su propio representante legal en virtud de la relación negocial existente.

Es por esto que las funciones de la interventoría no implican una obligación de resultado, sino de medio, pues no se puede atribuir al interventor una conducta que asegure el resultado esperado, esto es, el cumplimiento total y oportuno del contrato principal, toda vez que para ello deben concurrir situaciones o factores que no dependen exclusivamente de la gestión o actuar del interventor.

22. El artículo 86 de la Ley 1471 de 2011 establece que es la entidad contratante quien tiene la facultad de declarar el incumplimiento del contratista, cuantificar los perjuicios e imponer las multas y sanciones pactadas, de manera que cuando evidencie un posible incumplimiento de las obligaciones acordadas bajo un negocio jurídico que celebró, indistintamente de cómo se obtuvo el conocimiento de la desatención de las prestaciones, es a ella a quien le corresponde dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio -definido en esa misma norma- citando a audiencia a su contratista.

23. El inicio de un procedimiento sancionatorio contractual, corresponde a una decisión de la entidad y se origina a partir de su conocimiento del incumplimiento del negocio jurídico en que el actúa como contratante, con independencia del medio o instrumento a través del cual ello acontezca, pues ante la evidencia de hechos o circunstancias constitutivos de incumplimiento, es a ésta a quien corresponde tanto la facultad como el deber de hacer uso de los instrumentos contractuales y legales tendientes a garantizar la consecución del objeto contratado, así como de hacer efectivas las sanciones y garantías pactadas. En este sentido, el parágrafo 3 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 establece que cuando el ordenador del gasto sea informado de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo convine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con éste de los perjuicios que se occasionen.

En virtud de lo anterior, la dirección, control y vigilancia corresponde primigeniamente al jefe de la entidad contratante o a quien éste delegue dicha responsabilidad, así como la facultad sancionatoria, de manera que los interventores no reemplazan a la entidad en las decisiones relacionadas con el contrato, ni definen sancionar o no al contratista, como tampoco tienen la facultad de declarar el incumplimiento; es la entidad pública contratante, a partir de los hechos conocidos y de las pruebas practicadas en el marco del proceso sancionatorio y su valoración, quien determina la responsabilidad del contratista. Aunque el informe de interventoría puede ser el origen del conocimiento del incumplimiento por parte de la entidad dado su carácter técnico e ilustrativo sobre

la realidad del contrato y atendiendo a las funciones de verificación a cargo del interventor, su informe no puede calificarse como requisito ineludible para declarar la responsabilidad o no del contratista, toda vez que la ley no impone una tarifa probatoria a la entidad para efectos de determinar el incumplimiento del contrato, y por otra parte, porque aun existiendo ese documento, la entidad en virtud de la garantía del debido proceso y de presunción de inocencia debe verificar su grado de certeza y confrontarlo las demás pruebas allegadas al procedimiento sancionatorio.

Así las cosas, la Sala destaca que la vigilancia y control de los contratos es un deber permanente en cabeza de la entidad pública contratante, en virtud del cual, se busca la consecución de los fines del estado y la garantía por la calidad y debida prestación de los servicios, independientemente de que se haya contratado una interventoría integral, pues con ocasión de ello la entidad estatal como directora y responsable de los contratos que suscribe no se desliga de este deber, como tampoco del consistente en adelantar las actuaciones necesarias para conminar al contratista al cumplimiento del contrato principal, incluyendo el ejercicio de sus facultades sancionatorias cuando por cualquier medio identifique o tenga conocimiento de la desatención del contenido obligacional del negocio jurídico que celebró.

26. Aunque no se desconoce que el informe del interventor puede constituir un insumo importante para la toma de decisiones por parte de la administración frente al contrato vigilado, es a la entidad a quien le corresponde el ejercicio de esa competencia e iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio de ser el caso, esto, en su calidad de parte en el contrato, en virtud del deber legal y permanente de supervisión y vigilancia que le compete, y porque es a ella a quien la ley le otorga esa potestad, sin perjuicio de que la interventoría tenga el deber de mantener informada a la entidad de esos incumplimientos y de cualquier circunstancia que pueden afectar la correcta ejecución del contrato principal”.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, consejero ponente José Roberto Sáchica Méndez. 7 de febrero de 2025, radicado 150012333000-2018-00156-02 (69997)

(ii) Novedades administrativas y reglamentarias

1. Concepto Colombia Compra Eficiente C – 964 de 2024

El pasado 24 de diciembre de 2024, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente profirió el concepto C – 964, en el que realizó un estudio respecto de las obligaciones de las entidades estatales con un régimen de contratación especial, especialmente aquellas referentes a la publicación de documentos en el SECOP II.

Lo anterior, en la medida en que por tratarse de entidades que llevan a cabo procesos de contratación a través de un régimen distinto al establecido en la Ley 80 de 1994 y Ley 1150 de 2007, pareciera que, en principio, ostentaran facultad para inaplicar, en todos los aspectos, el Estatuto General de Contratación Pública y sus normas complementarias.

Sin embargo, el concepto de Colombia Compra resalta dicha facultad para precisamente recordar que aun cuando se trate de regímenes exceptuados de contratación, lo cierto es que, por ser entidades públicas cuyo fin último supone la garantía del interés general alcanzado este a través del uso de recursos públicos, no le es posible entonces desvincularse completamente de los mandados de la Ley 80 de 1993 y las normas que la complementen.

En ese sentido, el régimen de contratación no modifica el deber de observancia de las entidades de los principios de la función administrativa, gestión fiscal y régimen de inhabilidades e incompatibilidades, entre otras cosas. Por tal motivo, las entidades públicas con régimen de contratación exceptuado están obligadas a cumplir con el contenido de los principios de la función pública, así como con los mandatos propios de la contratación pública, dentro de los cuales se encuentra la publicación de sus procesos de selección en la herramienta virtual SECOP.

“Las entidades con régimen especial de contratación son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de las normas que rigen su gestión contractual. Esto quiere decir que no están sujetas al EGCAP y, por ende, sus procedimientos contractuales se rigen por las normas definidas para el efecto, en la disposición que consagre su régimen excepcional, que normalmente es el derecho privado.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente expidió la “Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación”¹. Este instrumento define las entidades con regímenes exceptuados de contratación como aquellas que contratan con un régimen distinto al establecido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y demás normas legales que las modifiquen o adicionen, así como las disposiciones reglamentarias que las desarrollos para su cabal ejecución². En ese sentido, dichas entidades están facultadas legalmente para aplicar reglas diferentes a la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias³, conforme a lo definido en la norma que crea el régimen especial.

No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo. En virtud de ello, este tipo de entidades no son ajenas a los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar, entre otros imperativos jurídicos dispuestos en la normativa de contratación pública que son trasversales a todas las entidades, sin importar su régimen contractual.

De esta manera, las Entidades Estatales con régimen especial de contratación deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública. Entre ellas se destaca la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP, hacer uso del clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, analizar el sector económico de los oferentes, aplicar los Acuerdos Comerciales, en los casos en que les resulten aplicables, observar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, entre otras”.