

MEMORANDO

450

PARA: **LIZETH JAHIRA GONZÁLEZ VARGAS**

Alcaldesa Local de Bosa

DE: **Director de Contratación**

ASUNTO: Respuesta solicitud de concepto jurídico – Contrato de Interventoría No. 258 de 2018
Consortio Bogotá DC. - conforme al memorando No. 20205720015853.

Respetada señora Alcaldesa,

Reciba un cordial saludo, conforme al memorando No. 20205720015853 del 16 de septiembre de 2020, la Dirección de Contratación en el marco de sus competencias procede a dar respuesta a la solicitud de concepto en los siguientes términos:

1. COMPETENCIA DIRECCION DE CONTRATACION

Conforme con lo dispuesto en los literales L y M del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo tenor indica:

“Artículo 25 Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

l. Organizar el seguimiento y control jurídico sobre el ejercicio de los contratos a que hace parte la Secretaría de Gobierno y de aquellos suscritos por la Secretaría como unidad Ejecutiva Local con cargo a los Recursos de los Fondos de Desarrollo Local.

(...)

m. Atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia”

2. CONTEXTO JURÍDICO PREVIO

2.1 Definición de contrato estatal

La contratación estatal ha sido definida legal y jurisprudencialmente, como el instrumento a través del cual, las entidades públicas garantizan el cumplimiento de los fines del estado consagrados en el artículo 2 constitucional, así como asegurar 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.¹

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-449 de 1992, señaló

*“Dentro de la misma finalidad, el Estado cuenta con instrumentos apropiados para alcanzar esos fines a través del ejercicio de la autonomía para contratar que detenta. De esta forma, **los contratos de la administración pública no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para “...la adquisición***

¹ Artículo 3 Ley 80 de 1993

de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz”²
(Negrilla fuera del texto)

Luego, en Sentencia C- 154 de 1997, se precisó:

“Como instrumento contractual que facilita la consecución de los fines estatales, en el entendido de que la contratación es uno de los recursos más importantes para alcanzarlos, el Legislador ordinario expidió el nuevo Estatuto General de Contratación Administrativa contenido en la Ley 80 de 1993, objeto de reglamentación gubernamental.

(...)

Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación”³ (Subrayas fuera de texto).

2.2 CONTRATO DE CONSULTORIA

El contrato de consultoría se celebra con fundamento en las normas de la referida Ley 80, la cual en su artículo 32 define esta clase de contratos como “(...) los que celebran 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”

En los contratos estatales como el que es objeto de la presente consulta, las decisiones que comprometen contractualmente a la administración, tales como la suscripción del contrato, la sanción del contratista, la interpretación, modificación o terminación unilateral del negocio jurídico, la declaratoria de caducidad del mismo o su liquidación –de común acuerdo o unilateral-, etc., le corresponden exclusivamente al representante legal de la entidad, por ser la persona a la que la ley ha otorgado de manera expresa la competencia para comprometerla contractualmente⁴, salvo aquellos casos en los que lo autoriza para delegar tal función, siempre

² Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

³ Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara

⁴ El numeral 2º del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, establece que para los efectos de esta ley, “Se denominan servidores públicos: a) las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquellas. b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas”. El artículo 11 de la misma ley establece quiénes tienen competencia para celebrar contratos en las entidades estatales, aludiendo a sus máximos jefes o representantes legales y el artículo 12 contempla su facultad de delegar total o parcialmente dicha competencia en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. Por su parte, el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, estableció: “**Artículo 21. De la delegación y la desconcentración para contratar.** El artículo 12 de la Ley 80 de 1993, tendrá un inciso 2º y un párrafo del siguiente tenor: // (...) En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. // Párrafo. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso”. El artículo 110 del Decreto 111 de 1996, “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto”, establece que la representación en materia contractual la tiene el jefe de cada órgano o sección con capacidad contractual, “(...) quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes”.

que dicha delegación se haya efectuado también en forma legal, es decir observando las formalidades dispuestas para ello, las cuales apuntan a brindar la necesaria seguridad jurídica que exigen los intereses públicos. En tal sentido, para delegar las funciones que en materia de contratación permite el estatuto contractual, deberá darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 489 de 1998⁵ que consagra los requisitos de la delegación, al establecer:

“Artículo 10. Requisitos de la delegación. En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren.

El Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas”

2.3 LA INTERVENTORIA EN LOS CONTRATOS ESTATALES

La existencia de la interventoría en los contratos estatales, obedece al deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1° del artículo 14 Ley 80 de 1993, en el cual se consagran los medios que ellas pueden utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación. La norma establece que *“las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”*, por lo que es en virtud de tal responsabilidad que se acude a la colaboración de un interventor –bien sea funcionario de la entidad o persona externa a la administración- que ejerza directamente dichos control y vigilancia, en virtud de los cuales se le exige que, a nombre de la entidad, *“(…) realice una inspección de las obras, imparta órdenes por escrito⁶ necesarias para el adecuado cumplimiento del objeto y con sujeción a los términos del contrato, solucione inquietudes, haga recomendaciones y sugerencias, pida cambios, evalúe y apruebe los trabajos, controle las cantidades de obra y su calidad, rechace las actividades inadecuadamente ejecutadas, requiera informes del cumplimiento de las obligaciones, revise las cuentas, etc.; en fin, resulta indispensable un contacto directo y permanente con el contratista y, sobre todo, con las obras y trabajos, así como el conocimiento exacto del avance físico, técnico, jurídico y financiero del objeto contractual”*, sin que las labores del interventor lleguen al extremo de representar a la entidad como parte contratante, pues como ya se dijo, tal competencia está expresamente asignada a su máximo jefe o a quien éste se la hubiere delegado en legal forma.

El actual estatuto de contratación estatal no define el contrato de interventoría ni lo regula directamente, como sí lo hacía el anterior Decreto-Ley 222 de 1983, el cual disponía, en su artículo 120, que la entidad pública contratante debía verificar *“la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas por medio de un interventor”* que podía ser funcionario suyo o que podía contratar la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas que poseyeran experiencia en la materia y que estuvieran registradas, calificadas y clasificadas como tales. Por su parte, el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011-, estableciendo que *“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*

⁵ *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.*

⁶ [70] *“El inciso último del artículo 30 de Ley 80 dispone que ninguna orden del interventor de obra podrá darse verbalmente; es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes y sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”.*

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 17031, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

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”

3. DEL CASO CONCRETO

En primera medida, es necesario hacer alusión al principio general “lex contractus, pacta sunt servanda”, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. (...) ⁸. Teniendo de presente que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato). (...).

3.1 FORMA DE PAGO ESTABLECIDA EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES Y EL CONTRATO

Conforme con la documentación aportada, se evidencia que el objeto de consulta gira en torno a la solicitud del contratista acerca del **último pago** contenido en la cláusula referida a la forma de pago (solicitud que fue rechazada por el área de contabilidad del FDL), último pago que está redactado de forma idéntica, tanto en el contrato como en los pliegos de condiciones, y no se configuran discrepancias o contradicciones entre estos dos documentos, puesto que se estableció de la siguiente forma: **“El último pago, equivalente al valor retenido, será cancelado previa suscripción del Acta de Liquidación, la cual está supeditada a la entrega de los informes finales de gestión de trámites, permisos, aprobaciones y/o licencias de las diferentes entidades, Empresas de Servicios Públicos, entidades ambientales, etc, que permitan el adecuado inicio de las obras, previa verificación y certificación de cumplimiento por parte del supervisor y la debida presentación de la factura y demás documentos requeridos como soporte de la respectiva cuenta de cobro”**

En caso que existieran efectivamente diferencias entre el pliego y el contrato, la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo ha delimitado el tema, en los siguientes términos: *“La Sala ha considerado que el pliego es la ley del contrato y, que frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar. Ahora bien, para precisar el alcance de esta orientación jurisprudencial, conviene tener en cuenta que, en el pliego de condiciones, se distinguen dos grupos normativos: los que rigen el procedimiento de selección del contratista y los que fijan el contenido del contrato que habrá de suscribirse. Respecto del primero la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección. En relación con el segundo grupo, es decir con las normas que establecen las disposiciones jurídico negociales del contrato a celebrarse, la intangibilidad del pliego garantiza la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros co-contratantes. (...)*

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, CE-SIII-E-24217 DE 2013, C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH

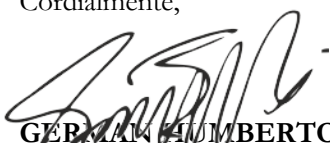
Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario (...)"⁹.

Así mismo es pertinente traer a colación el efecto vinculante del pliego de condiciones, el cual lo ha desarrollado la jurisprudencia del Consejo de Estado, así: «(...) Debe observarse la carga de claridad y precisión en la facción de los pliegos de condiciones lo exige la naturaleza jurídica de los mismos que, sabido se tiene, despliegan un efecto vinculante y normativo para los participantes dentro del proceso de selección, como que las exigencias y requisitos en ellos contenidas, constituyen los criterios con arreglo a los cuales habrán de valorarse las correspondientes ofertas, sin que sea permitido a la entidad licitante, modificar inconsulta y arbitrariamente las exigencias en ellos dispuestas, so pena de viciar con dicho proceder el procedimiento de selección. (...) En últimas, se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación»¹⁰

Así las cosas, en los anteriores términos se emite el presente concepto, con base en la información y documentación que fue remitida a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias de la Alcaldía Local, acorde con la facultad delegada por el Decreto 768 de 2019, y es su responsabilidad acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esperamos de esta forma haber dado respuesta a la solicitud no sin antes señalarle que, cualquier otra inquietud sobre el particular con gusto estaremos dispuestos a atenderla, quedado a su entera disposición.

Cordialmente,



GERMAN GABRIEL MEDELLÍN MORA

Director de Contratación

german.medellin@gobiernobogota.gov.co

Revisó: German Giraldo Agudelo - Abogado Contratista Dirección de Contratación 

Elaboró: Mónica Parra - Abogada Contratista Dirección de Contratación

⁹ Consejo de Estado Sección Tercera. M.P: Alíer Eduardo Hernández.- 29 de enero de 2004. Radicado 10779

¹⁰ Consejo de Estado Sección Tercera Subsección C. M.P. Enrique Gil Botero.- 24 de Julio de 2013. Radicado 25642