



## MEMORANDO

Bogotá, D.C.

**PARA:** JOSÉ IGNACIO GUTIÉRREZ BOLIVAR  
Alcalde Local de San Cristóbal

**DE:** DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN

**ASUNTO:** Respuesta a la solicitud de concepto de concepto jurídico en relación con el contrato de obra No. 109 de 2014, suscrito entre el Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal y el Consorcio Raz San Cristóbal, así como el contrato de interventoría No. 140 de 2014 suscrito con el Consorcio GEA, según radicado No. 20175420006433 del 27 de junio de 2017. Radicado en esta Dirección el día 04 de julio de 2017.

Cordial saludo estimado Alcalde Gutiérrez,

En atención al memorando radicado bajo el número del asunto, y en cumplimiento de la Directiva 012 de noviembre 11 de 2016, suscrita entre el Alcalde Mayor de Bogotá y el Secretario Distrital de Gobierno, una vez efectuada la revisión de la solicitud y los documentos asociados a la misma, me permito remitirle para su conocimiento y fines pertinentes el concepto jurídico emitido por nuestro Asesor Externo – Dr. Martín Bermúdez Muñoz en temas de derecho público, el cual esta Dirección comparte:

Al respecto el Dr. Martín Bermúdez Muñoz en respuesta a la solicitud indicó lo siguiente:

"(...)

*En relación con el concepto sobre el procedimiento a seguir respecto de la liquidación del contrato de obra No. 109 de 2014, suscrito entre el Fondo de Desarrollo Local de San Cristóbal y el Consorcio Raz San Cristóbal, así como el contrato de interventoría No. 140 de 2014 suscrito con el Consorcio GEA, nos permitimos dar respuesta a cada uno de los interrogantes, así:*

***I.- Es viable liquidar el contrato de obra sin el aval del interventor contratado?***

*1.-En nuestro concepto, es viable.*



*En el presente caso se ha advertido la dificultad consistente en que el Interventor del contrato se negó a suscribir el acta de entrega y recibo final del contrato de obra y se negó a realizar las actividades relativas a la liquidación del contrato objeto de interventoría.*

*El hecho de que no se cuente con el aval del interventor del contrato de obra no constituye, en nuestro concepto, un obstáculo para liquidar el contrato toda vez que la competencia para liquidar el contrato es de la entidad estatal. El interventor es un colaborador de la administración en la ejecución del contrato.*

2.- El artículo 83 de la ley 1474 de 2011 establece que “las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda” y en relación con la interventoría precisa que esta es 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”

Por su parte el artículo 84 de la misma norma señala 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”.

3.- En este caso se contrató la interventoría técnica, legal, ambiental, social y financiera al contrato de obra No. 109 de 2014, lo cual se justifica en la necesidad de contar con conocimientos especializados para realizar un adecuado seguimiento al contrato de obra.

El deber ser, y así se previó expresamente, era que el Interventor realizara todas las verificaciones y actividades propias de liquidación del contrato; no obstante es claro que dicho propósito no puede lograrse, toda vez que el Interventor se ha negado a cumplir con sus obligaciones contractuales.

4.- La pregunta puntual consiste en establecer si es posible liquidar sin el aval del interventor. En nuestro concepto es posible en la medida que la competencia para liquidar es de la entidad y no del Interventor, que es un colaborador de la administración para la ejecución contractual, punto sobre el cual la jurisprudencia ha señalado:

#### **“La interventoría en los contratos estatales**

13. La existencia de la interventoría [1] en los contratos estatales, obedece al deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1° del artículo 14 de la 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 escrito [2] 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" [3], **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 (...)**

"15. De acuerdo con lo expuesto, el interventor adelanta, básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista. Es por ello que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que "Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente", que "Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias" y además, que "ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato", es decir que el negocio jurídico sobre el cual ejercerá vigilancia, constituye el marco dentro del cual la misma debe llevarse a cabo.

17. Resulta claro entonces, que la función del interventor es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y 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, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial."

5.- De los antecedentes remitidos se observa un informe elaborado por funcionarios de la entidad (ingenieros) que dan cuenta del cumplimiento del contrato y de la posibilidad de liquidarlo, con lo cual se cumple con el propósito de determinar esta circunstancia que es esencial para proceder a realizar su liquidación: la medida - se itera - no es la ideal ni es la que se tenía prevista en el contrato, pero es necesario adoptarla en vista del incumplimiento del interventor y en la medida en que no tendrá lógica contratar una interventoría en este momento.

## **II.- Dado el tiempo transcurrido, ¿es procedente iniciar proceso de incumplimiento al contratista de interventoría?**

Antes del vencimiento del término para liquidar (30 meses desde el vencimiento del término del contrato), es posible adelantar el procedimiento sancionatorio contractual establecido por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 con el

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Danilo Rojas Belancourth. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Exp. 25199



*objeto de declarar el incumplimiento, cuantificar los perjuicios e imponer la cláusula penal (establecida en la cláusula décima primera del contrato).*

*En esta oportunidad ya no es posible declarar la caducidad, ni imponer multas, para lo cual es necesario que el contrato se encuentre en ejecución.*

*Así lo ha establecido de manera reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado, que señala:*

*"5. Competencia temporal de la entidad estatal para declarar el incumplimiento del contrato, y hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria.*

*"Definido el anterior problema, se debe considerar ahora si era posible declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, vencido su plazo, teniendo en cuenta que BENEDAN impuso la sanción dos semanas después de vencido el término del contrato -resolución No. 392-, decisión confirmada cuatro meses después -resolución No. 811-.*

*"La Sala recuerda que en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 -aplicable al contrato sub iudice- la jurisprudencia admitió que la administración podía declarar el incumplimiento -no la caducidad- de los contratos de tracto sucesivo, después de vencido el plazo de ejecución, pero sólo para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso antes de efectuarse la liquidación del contrato, tal como se desprende del siguiente pronunciamiento, que recoge una línea jurisprudencial ininterrumpida hasta hoy (....)*

*"De acuerdo con lo anterior y conforme a la legislación y a la jurisprudencia vigente en la época en que ocurrieron los hechos-, la Sala considera que BENEDAN sí podía declarar el incumplimiento del mismo, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, de allí que actuó con competencia para adoptar la decisión.*

*"Esta postura, inclusive, la conserva esta Corporación en la actualidad. Es decir, que hoy admite la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato, para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, una vez vencido el contrato. Esto no se discute ni siquiera en vigencia de la ley 1150 de 2007; menos tratándose de un contrato regido por el Decreto 222 de 1983 y algunas normas especiales que regulan el juego del chance -como en el caso concreto-.*

*"En este orden de ideas, la Sala precisa que luego de terminado el plazo de ejecución del contrato..., lo procedente, actualmente, como se establece en la reforma que introdujo al régimen de contratación pública la Ley 1150 de 2007, será la declaratoria unilateral de incumplimiento del contratista por parte de la entidad pública contratante para hacer efectiva la cláusula penal y a la vez las garantías que amparen el contrato, como constitutivo ese hecho del siniestro que las hace exigibles, además, por supuesto, podrá ejercer la acción contractual por el incumplimiento. Esta solución tiene precedentes en nuestra legislación, pues en vigencia del Decreto ley 222 de 1983 (arts. 72 y 73), si el plazo se vencía y se advertía el incumplimiento del*



*contrato, la Administración, mediante acto administrativo motivado, podía declararlo y hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria..."*

*(...)*

*"En estos eventos, luego de terminado el plazo de ejecución, la Administración, como se dijo, podrá declarar el incumplimiento del contrato (según se establecía expresamente en el artículo 62 del Decreto ley 222 de 1983 y actualmente en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007), para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento y la cláusula penal si trata de obtener anticipada y previamente a la instancia judicial el resarcimiento de los perjuicios que la infracción del contrato le generó, pero ya le habrá fenecido la facultad excepcional de imponer la sanción de caducidad al contratista."<sup>14</sup>*

***En los términos indicados, queda claro que en vigencia de todos los estatutos contractuales, incluidas las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, la potestad sancionatoria para cobrar la cláusula penal se puede ejercer durante el plazo del contrato e incluso con posterioridad a su vencimiento.***

*En relación con las multas, en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 la Sección Tercera sostuvo la misma tesis expresada en relación con la caducidad, es decir, que la administración podía imponerlas pero sólo mientras estuviera vigente el contrato; vencido éste desaparecía el poder exorbitante.*

*No obstante, en vigencia de la Ley 1150 de 2007 este mismo problema -competencia temporal para imponer sanciones-, en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, cambió de sentido, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva "mientras esté pendiente la ejecución" del contrato, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo "durante el plazo" del contrato. En este sentido, el inciso primero del art. 17 de esta ley expresa categóricamente: "... Esta decisión... procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista..."*

*En los términos indicados, dependiendo del régimen jurídico que rija cada contrato (Decreto-ley 222 de 1983, Ley 80 de 1993 o ley 1150 de 2007-, el problema de la temporalidad para ejercer el poder de declaración unilateral del incumplimiento tiene diversas respuestas, según se sea: la caducidad, las multas o la cláusula penal pecuniaria."<sup>15</sup>*

*Así las cosas, toda vez que el contrato de interventoría terminó el 10 de octubre de 2015, la entidad aún está en término para liquidar el contrato y por lo tanto para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal.*

*b*

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de octubre de 2013. C.P. Enrique Gil Botero.



**3.- Teniendo en cuenta que se modificó el plazo contractual del contrato de obra, pero no el de interventoría; ¿ello afectaría en alguna medida el proceso de liquidación o de incumplimiento que se adelante frente al contratista de interventoría?**

No vemos cómo pueda afectar el proceso sancionatorio o el proceso de liquidación del contrato. Lo que resulta determinante aquí es que para el momento en que el Interventor debía adelantar las actividades propias de la verificación de la entrega de las obras y la liquidación del contrato, este estaba vigente y por lo tanto estaba en la obligación de cumplir con sus obligaciones.

La Nota 5 del contrato 140 (de Interventoría) estableció que el valor del mismo era "a precio global, por lo tanto se pagará al contratista el valor total del mismo sin importar si aumenta el plazo del contrato a supervisar. Sin embargo, de conformidad con lo señalado por el artículo 85 de la Ley 1474 de 2011, el contrato de interventoría podrá prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de supervisión", sin que esto sea una obligación por parte de la Contratante.

Ahora bien, en este caso, el contrato de obra fue prorrogado por treinta días solo para la entrega de las obras y el Interventor no tenía derecho a un aumento del valor por la forma como se pactó el precio del contrato, así que su obligación era realizar la interventoría durante el término adicional sin exigir un pago adicional.

**4.- El contrato de interventoría se debe liquidar de forma bilateral o unilateralmente?**

Para realizar la liquidación del contrato se debe observar el procedimiento establecido en la ley que impone la obligación de intentar la liquidación bilateral y de no lograrlo realizar la liquidación unilateral.

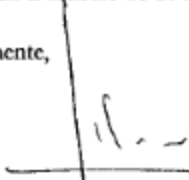
Actualmente, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, dispone que "La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. // En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A. // Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A. Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo."



*No creemos posible obviar el trámite de liquidación bilateral, así se crea que no dará ningún resultado.” (Cursiva por fuera del texto original)*

Finalmente esta Dirección hace la salvedad de que es responsabilidad del Alcalde Local, como representante legal del Fondo de Desarrollo Local, acorde a la facultad delegada por el artículo 8° del Decreto Distrital 101 de 2010, adelantar el trámite objeto de estas recomendaciones, acogiendo las mismas de forma total, parcial o negativamente, siendo además norma aplicable a este trámite lo descrito en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,

  
**CÁRMEN YOLANDA VILLABONA**  
Directora

Prescribió: John Freddy Silva Tenorio  
Revisó: John Freddy Silva Tenorio

Cc: copia. Dra. Diana del Pilar Morales Decanourt,  
Directora para la Gestión del Desarrollo Local.