

000100

1. PROBLEMA JURIDICO

“Concepto sobre la pertinencia de que esta Subdirección (Bienes y Servicios) reciba directamente por parte del contratista de obra N° _____ de 2015.”

Para resolver este interrogante, es necesario analizar desde el punto de vista jurídico, su viabilidad y los límites que se deben tener en cuenta al momento de su solicitud.

2. MARCO JURIDICO

2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA

“(…)

Artículo 2: *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Artículo 83. *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.*

Artículo 209. *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.*

2.2. LEY 80 DE 1993

“(…)

Artículo 3.- De los Fines de la Contratación Estatal. *Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan 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.*

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Artículo 26.- Del Principio de Responsabilidad. *En virtud de este principio:*

Página 1 de 9

1°. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2°. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. (Subrayado fuera de texto)

3°. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

La expresión "Concurso" y "Términos de referencia" fueron derogadas por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

4°. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5°. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

(...)

8°. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales 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, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

1. Contrato de Obra

Son contratos de obra los 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 o concurso públicos, 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.

Artículo 50°.- De la Responsabilidad de las Entidades Estatales. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

Artículo 51°.- De la Responsabilidad de los Servidores Públicos. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley. (Subrayado fuera de texto)

Artículo 52°.- De la Responsabilidad de los Contratistas. 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.

2.3. LEY 1474 DE 2011¹

Artículo 83. Supervisión e interventoría contractual. 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.

Parágrafo 1°. 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

¹ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública

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.

Parágrafo 2º. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Artículo 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligatorio por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores 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.

Parágrafo 1º. El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

No exigir, el supervisor o el interventor, 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.

Artículo 85. Continuidad de la interventoría. 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 parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Parágrafo. Para la ejecución de los contratos de interventoría es obligatoria la constitución y aprobación de la garantía de cumplimiento hasta por el mismo término de la garantía de estabilidad del contrato principal; el Gobierno Nacional regulará la materia. En este evento podrá darse aplicación al artículo 7º de la Ley 1150, en cuanto a la posibilidad de que la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

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:

Ver el art. 5.1.13 del Decreto Nacional 734 de 2012

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.

2.4. LEY 1882 DE 2018 ²

Artículo 2. *Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:*

(...)

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 le sean imputables y; causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y la ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría”.

² Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones

3. JURISPRUDENCIA

3.1. Honorable CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA SUBSECCION B. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199) de fecha 28 de febrero de 2013. Consejero Ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

“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 ellas pueden utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación (...) 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 121 del antiguo estatuto, señalaba que en los contratos se detallarían las funciones que correspondían al interventor, entre ellas la de revisar los libros de contabilidad, si así se hubiere convenido en el contrato, y la de exigir al contratista la información que considerara necesaria. Y el artículo 123 ibídem, consagraba la responsabilidad del interventor –como hoy en día lo hace el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011-, estableciendo que además de las sanciones penales a que hubiere lugar, la sociedad o persona natural que ejerciere una interventoría sería civilmente responsable de los perjuicios originados en el mal desempeño de sus funciones.” (Subrayado fuera de texto)

4. CIRCULAR 019 DE 2017.³

5. MANUAL DE CONTRATACIÓN V 5 SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD

6. ANALISIS JURIDICO

Así las cosas y de conformidad con la normatividad aquí citada, se observa que en la contratación estatal prima el interés general, sobre el particular, en tanto que el contrato estatal es un instrumento para cumplir las finalidades del Estado, hacer ciertos los deberes públicos con la colaboración de los particulares.

De acuerdo con lo consagrado en la Ley 1474 de 2011 la supervisión es el seguimiento integral (técnico, administrativo, financiero y jurídico), realizado por la Entidad para asegurar que cumpla con su objeto; lo cual obliga a una revisión periódica de la ejecución del contrato.

³ Lineamientos para la liquidación de contratos o convenios, pérdida de competencia para liquidar y ejercicio de la supervisión e interventoría.

A su vez la interventoría es el seguimiento técnico especializado a la ejecución del contrato a través de un tercero, contratado para tal fin, independiente de la Entidad Estatal.

En este orden de ideas la supervisión al igual que la interventoría soportan su existencia en el artículo 83 de la Ley 1474, toda vez que la supervisión es ejercida por la Entidad Estatal y tiene un carácter integral, en la cual se adelanta un seguimiento administrativo, financiero, contable y jurídico; que no requiere conocimientos especializados; mientras que la interventoría tiene un carácter técnico especializado y se encuentra a cargo de un tercero independiente.

Respecto al caso en particular y remitiéndonos a los contratos N° ____ y ____ de 2015, suscritos con N.N. y X.Y., respectivamente, se observa que:

1. En el contrato de obra N° ____ **de 2015**, en la cláusula novena se estableció que la supervisión del contrato estaba a cargo del Subdirector de Bienes y Servicios de la Dirección de Bienes y Servicios, lo cual fue modificado a través de otro si de fecha 24 de febrero de 2016, quedando como supervisor el Director Administrativo.

A su vez el párrafo segundo de la citada cláusula establece como funciones del supervisor entre otras:

“

1. *Atender el desarrollo de la ejecución del contrato.*
 2. *Exigir la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado*
(...)
 4. *Elaborar técnica y oportunamente las actas y/o constancias requeridas para el cumplimiento y eficaz ejecución del contrato.*
(...)
 7. *Comunicar en forma oportuna a la Dirección Jurídica y de Contratación de la SDS la ocurrencia de hechos constitutivos de mora e incumplimiento por parte del CONTRATISTA”.*
2. Posteriormente, se suscribió el contrato N° ____ de fecha 10 de septiembre de 2015 con X.Y., con el objeto de adelantar la interventoría al contrato de obra N° ____ de 2015, el cual se estableció que la supervisión estaría a cargo del Subdirector de Bienes y Servicios de la Secretaría Distrital de Salud.

A numeral 2 de los estudios previos los cuales forman parte integral del contrato de interventoría N° ____ **de 2015**, suscrito con La firma X.Y., en especial los sub-numerales 14, 15, 16, 35, 43 se establecen entre otras clara e inequívocamente las siguientes obligaciones para el interventor del contrato así.

“14. Realizar informe final de obra que contenga entre otros los siguientes documentos: Memorias descriptivas, presupuesto real, cuadro de relación de obras ejecutadas con sus respectivas especificaciones técnicas y recomendaciones técnicas y administrativas, pólizas actualizadas, manuales de operación y

mantenimiento, y pruebas de estanquidad (en caso de ser necesario), registro fotográfico, informe del cumplimiento del contratista de obra entre otros. El presente informe podrá ser realizado y presentado en conjunto con el contratista de mantenimiento.

15. *Elaborar las certificaciones parciales y totales de recibo a satisfacción de las actividades realizadas.*

16. *Elaborar el proyecto del acta de liquidación final del contrato de mantenimiento, e interventoría con los respectivos soportes.*
“ (...)

35. *Efectuar el recibo final del contrato de mantenimiento y proyectar el acta de liquidación del contrato, dentro de los dos (2) meses posteriores a la terminación del mismo, para lo cual reunirá la documentación exigida por la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD. Tales documentos se remitirán al supervisor del contrato o su delegado.*

(...)

43. *presentar oportunamente los informes periódicos y finales que le sean solicitados por el Supervisor, en los formatos establecidos por la Secretaría, para tal fin.”*

En el expediente contractual se observa que mediante R: _____ del 19 de diciembre de 2016, el contratista interventor “X.Y.”, allegó comunicación mediante la cual notifica su nueva dirección.

De otra parte, no se evidencia requerimiento alguno parte del supervisor del contrato de interventoría, en donde se requiera al contratista “X.Y.”, respecto del cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas.

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior según lo manifestado por usted en su calidad de supervisora ante un posible incumplimiento del contrato por parte del contratista (interventor), debe adelantarse el procedimiento respectivo; es decir, debe surtirse el debido proceso administrativo contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474, en el cual se brinda la oportunidad al contratista de controvertir los hechos que llevaron a la administración a adelantar este proceso, la cual estará sujeto a control judicial ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por ende y de considerarlo así, la supervisora del contrato de interventoría en observancia de lo establecido en el artículo 86 del Decreto 1474 de 2011, y en el numeral 10.2.6 “Imposición de multas, declaratoria de incumplimiento y efectividad de las garantías y procedimiento administrativo” del manual de contratación V5, deberá adelantar en el menor tiempo posible y con observancia de las garantías del debido proceso la declaración de incumplimiento del contrato de interventoría, mas aun cuando estamos ad portas de perder competencia para liquidar.

7. CONCLUSIONES

Tal y como se desprende de las normativas antes citadas y el análisis de las mismas, se concluye salvo mejor criterio en contrario respecto por lo usted consultado, que:

Con el fin de dar cumplimiento al artículo 83 y ss de la Ley 1474 de 2011, y con fin de garantizar la obligación de vigilancia y control que radica en cabeza del Supervisor, se deben evitar situaciones que puedan afectar el cumplimiento del objeto y obligaciones contractuales.

Con observancia de las obligaciones de la supervisión establecidas para el supervisor del contrato de obra *“Directora Administrativa”* y en especial la contenida en el numeral 4 del párrafo segundo de la cláusula novena que cita: *“4. Elaborar técnica y oportunamente las actas y/o constancias requeridas para el cumplimiento y eficaz ejecución del contrato.”*, y sin perjuicio de la declaración de incumplimiento del contrato de interventoría; si la administración, toma la decisión de recibir la obra directamente, es necesario que se cuente con el personal idóneo que acredite el cumplimiento del objeto y las obligaciones contractuales

Efectuadas las menciones previas en el sentido en que usted las ha consultado, debe puntualizarse por parte de la Oficina Asesora Jurídica que, de conformidad con lo previsto por los numerales 1 y 3 del artículo 4 del Decreto Distrital 507 de 2013 (*“Por el cual se modifica la Estructura Organizacional de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, D. C.”*), dentro de las funciones de esta Oficina se encuentran las de *“Asesorar y apoyar en materia jurídica a las distintas dependencias de la Secretaría Distrital de Salud y a las entidades adscritas del sector salud en el Distrito Capital”*, y *“Emitir conceptos, responder las tutelas, y absolver consultas y derechos de petición que en materia jurídica formulen los ciudadanos o ciudadanas, las entidades y las autoridades en general que tengan relación con los asuntos de su competencia”*, y que de conformidad con lo indicado por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil diez (2010) Radicación núm. : 11001 0324 000 2007 00050 01 Actor: Jairo José Arenas Romer. Los conceptos emitidos por las autoridades públicas como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, todo lo cual implica que el concepto emitido por esta Oficina Asesora Jurídica a través del presente memorando, constituye sólo un criterio orientador en la interpretación y aplicación de la normatividad aplicable al caso objeto de consulta, conservando la dependencia y autoridad pública consultante, la autonomía en el ejercicio de sus competencias legales y reglamentarias.

PAULA SUSANA OSPINA FRANCO

Elaboró: Heidy B/Olga V -Abogadas Oficina Asesora Jurídica