

# LA INTERVENTORÍA EN EL CONTRATO ESTATAL

LUIS FERNANDO OLIVEROS VILLARREAL

ABOGADO EXPERTO EN CONTRATACIÓN ESTATAL, OBRA PÚBLICA Y CONCESIONES

Una figura que se debe repensar. El desequilibrio obligacional en contra del interventor y su excesivo régimen de responsabilidad frente a sus limitadas competencias.

A no dudarlo, en Colombia, la figura de la interventoría en los contratos de obra o de concesión de infraestructura, resulta de extrema relevancia por cuanto, por lo general, la entidad estatal descansa su gestión en el interventor a quien, en las más de las veces, considera que, por vía de una particular delegación, entrega la competencia funcional de la gestión contractual, con lo cual, cree comprometerlo junto con el contratista, objeto de interventoría, para que en forma conjunta sean los únicos responsables de la suerte del contrato, al margen de lo que a la propia entidad le corresponde por lo hecho en la fase precontractual y ya, en la fase propiamente contractual, etapas dentro de las cuales, por razón del error,

la acción u omisión en la que incurra el Estado, bien puede llevarse al traste el proyecto por causa del yerro en la planeación, en las más de las veces, y/o por las desacertadas o erráticas decisiones que durante el desarrollo del contrato pueda adoptar e imponer la entidad estatal contratante.

Así, a pesar de que bien escasa es la regulación normativa en relación con la figura del interventor<sup>1</sup>, la poca que hay plantea un enorme desequilibrio entre las responsabilidades que se le asignan —las cuales sí prevé la ley<sup>2</sup>—, y las reales y verdaderas competencias

<sup>1</sup> Decreto 2090 de 1989, Ley 400 de 1997, Leyes 80, 1474 y decreto 1082, Guía ACNP CCE.

<sup>2</sup> Artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, según el cual: RESPONSABILIDAD DE LOS INTERVENTORES. Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, 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 les sean imputables 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. (Se destaca)



que puede ejercer, las cuales, aun cuando parecen que comprenden un amplio espectro de temáticas, al final, en la práctica, resultan limitadas por el propio contrato que las vincula con el proyecto o la regulación interna de la entidad, por la vía de sus manuales de contratación, mecanismos con los cuales se precisa qué es lo que certeramente podrá hacer la interventoría, a propósito de la restricción que de su actividad le impone su contratante, lo que al final se circunscribe a evaluar, valorar y controlar la conducta del contratista, sin alcance alguno sobre la propia entidad.

Tal escenario, aun cuando en el imaginario pareciera algo distinto, propone una débil posición de la figura del interventor, cuando en la dimensión de la responsabilidad se llama a concurrir, puesto que, en la realidad, poca es la autonomía e independencia de la cual goza, a pesar de que se supone, se encuentra ubicada en un plano de igualdad con su cocontratante, la cual, supone se deriva de la celebración de un contrato bilateral, conmutativo y sinalagmático, no obstante lo cual, entidades estatales y agentes del estado la visualizan más dentro de una relación de subordinación. Por ello, los agentes del estado consideran que se encuentran sometidos, en las más de las veces, incluso a sus peculiares caprichos, cuestión que apareja como consecuencia la postración de lo que debiera ser un ente independiente, autónomo e imparcial que impulse y garantice el cumplimiento de las obligaciones asumidas legal y contractualmente por las partes, incluido el estado.

Así, en la práctica, el interventor termina haciendo lo que directa o veladamente le impone la entidad, so pena de resultar siendo castigado en forma unilateral frente al desacato que ose proponer. Naturalmente esta situación impide que la interventoría ejerza su función dentro del marco del respeto mutuo de su condición de paridad, que supone la relación contractual, peor aún, que termine res-

pondiendo en forma ilimitada por los desatinos o yerros en los que incurra la entidad, cuando define el quehacer de la interventoría, modo mediante el cual, usualmente el estado y los agentes que actúan por él, terminan ocultando su actuar para negar su responsabilidad por el eventual nefasto resultado que se llegue a obtener respecto del proyecto no concluido.

De ese modo, conforme al imperativo régimen legal vigente —el cual se generó como improvisado paliativo para regular una específica situación que se llegó a desbocar en la realidad nacional—, las interventorías podrán ser contratadas para hacer el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable y jurídico del objeto o contrato<sup>3</sup> y, por ello, asumen una res-

<sup>3</sup> Artículo 83, *ibidem*, según el cual: 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 interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre



ponsabilidad solidaria, junto con el contratista, por la suerte del contrato, se supone, frente al evento de no informar: (i) o el acto de corrupción o (ii) un supuesto incumplimiento en el que esté incurriendo el contratista. Así, de cara a tales causales, responderá por los daños y perjuicios que supuestamente ello le llegue a ocasionar al estado, lo cual se deducirá dentro del marco de un amplio escenario de responsabilidad: penal, civil (patrimonial o económico), disciplinario y fiscal (detrimento patrimonial del erario público)<sup>4</sup>, todo lo cual,

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.

<sup>4</sup> Artículo 84, ibídem, según el cual: FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional 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 2000 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.

Parágrafo 2o. Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8o, numeral 1, con el siguiente literal:

k) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el cumplimiento del contrato, con 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.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

PARÁGRAFO 3o. El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.

bien puede en forma injusta ocurrir, a pesar de que el contrato y/o la entidad estatal contratante limite su facultad de intervención en aspectos determinantes, no obstante lo cual, frente al infortunio del devenir contractual, termina inculpada, respondiendo por el todo de la cuestión, se insiste, a pesar de que la entidad contratante limitó su injerencia desde el texto del contrato, o cuando ella misma, esto es, la entidad contratante, impidió el ejercicio pleno de su labor.

En ese mismo sentido, es práctica común de las entidades del estado contratar en forma plena la gestión de la interventoría (como ya se indicó, el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable y jurídico), no obstante lo cual, violentando el principio de conmutatividad, esto es, la equivalencia prestacional, con ello, el pago del justo precio o precio real del mercado, pretermiten o niegan el pago de los costos fijos que implica el desarrollo de esa plena gestión<sup>5</sup>, a pesar de lo cual, osan permanentemente exigirla sin contraprestación.

Así, conforme al desarrollo del régimen jurídico actual:

(a) No existe en el marco dispositivo actual una regulación integral sobre la figura o instituto de la interventoría.

Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo comine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen.

PARÁGRAFO 4o. Cuando el interventor sea consorcio o unión temporal, la solidaridad se aplicará en los términos previstos en el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, respecto del régimen sancionatorio. (Se destaca)

<sup>5</sup> Debiendo recordar que los costos fijos son aquellos que se causan en función del plazo y no del avance de la obra contratada.

(b) El marco normativo existente sólo regula aspectos dispersos del instituto, lo cual ha ocurrido por la relación que existe entre la figura de la interventoría y ciertas temáticas coyunturales que marginalmente ha regulado el legislador.

(c) Esa dispersa técnica legislativa ha generado una anarquía dispositiva que fuerza a que los operadores jurídicos deban recurrir a la desorganizada normatividad para tratar de resolver problemáticas generadas en torno a lo que debe ser el ejercicio de la función de la interventoría.

(d) Dicha situación fuerza a que las partes, contratante y consultor interventor, en cada caso concreto y en virtud del acuerdo surgido de la autonomía de la voluntad deban determinar cuál es el alcance de los deberes, obligaciones, derechos, facultades y responsabilidades de cada una de ellas, en el ejercicio de la función de la interventoría, a fin de llenar los vacíos normativos.

(e) La cuestión se encuentra mayormente regulada para los contratos de derecho público, más que para los contratos regidos por el derecho privado, lo cual implica mayor cuidado cuando se trate de determinar qué es lo que debe hacer el interventor.

(f) Siendo la interventoría una figura análoga a la de la auditoría, el rol a desempeñar debe ser imparcial, autónomo e independiente, en contraste con el modo o entendimiento de subordinación al que se cree se encuentra sometida, como ha sido la usanza y el error conceptual con la cual se ha tratado el instituto, lo que debiera conducir a que la figura deba ser repensada, incluso para que cuente con la facultad de exigirle al estado el cumplimiento oportuno y completo de sus obligaciones legales y convencionales, en lo que debiera mirarse más como el instituto del auditor.

(g) En materia de derecho público, la responsabilidad de quien ejerce la función de interventor, lo expone a un riguroso y extenso régimen de responsabilidad, en contraste con lo que realmente le deja la entidad estatal hacer, a propósito de los límites que unilateralmente le impone en las bases formativas del contrato o ya, en forma sobreviniente, durante su desarrollo.

(h) Es claro que, en los términos de la ley, de cara a cualquier contrato estatal (incluido el de concesión), es facultad dada al interventor ejercer control sobre la calidad del objeto pactado, conforme a lo contratado y/o técnicamente normado, sin distingo, excepción, exclusión o cortapisa alguna, luego ello no es una temática que pueda limitar la contratante, en el contrato que por adhesión extienda, por cuanto no es posible pactar en contrario de una ley de orden público que así lo dispone<sup>6</sup>.

(i) Del mismo modo, porque así legalmente se lo facultó, sin límite alguno, el interventor podrá exigir al contratista, toda y cualquier información de cualquier orden y cualesquiera índole (técnica, administrativa, contable, jurídica, entre otras) que se derive y guarde relación directa con el contrato celebrado,

objeto de interventoría<sup>7</sup>, sin que contra ello, el contratista pueda oponer reserva constitucional o legal alguna, entre otras porque la gestión contractual del estado se rige por el principio de la publicidad<sup>8</sup>.

(j) En manera alguna es posible entender que la entidad vacía su competencia o capacidad jurídica en el interventor, luego, quien define y decide siempre es la entidad estatal, entre otras, porque es la parte contratante, al paso que la interventoría es un mero delegado de ésta, con limitada capacidad jurídica para actuar en nombre y representación de aquélla.

(k) Subjetiva y objetivamente, el interventor sólo puede y debe responder por el incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, no por lo que le imponga en forma sobreviniente quien lo contrata.

(l) Salvo las precisas instrucciones u órdenes que deba impartir en materia técnica, las cuales bien puede controvertir, tanto el contratista como la entidad contratante, los pronunciamientos que emita la interventoría tienen por naturaleza que constituir conceptos, recomendaciones o sugerencias, dejando en claro que quien puede tomar decisiones con carácter vinculante es la entidad, dueña de la obra o proyecto, no la interventoría, salvo que, por la vía del contrato, la entidad contratante le entregue a ésta explícitamente la representación, a manera de un acto de apoderamiento, siendo claro que, de ocurrir así, habrá de responder en forma distinta a como sino representara a la entidad, ni obrara por su cuenta y riesgo. ♥

<sup>6</sup> Parágrafo 1º del artículo 84, ya citado.

<sup>7</sup> Inciso 2º del artículo 84, antes citado.

<sup>8</sup> Artículo 24 de la Ley 80 de 1993.