



**Universidad
Pontificia
Bolivariana**

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SOLIDARIA EN LA ACCIÓN DE
REPETICIÓN Y RESPONSABILIDAD FISCAL DEL INTERVENTOR POR
SOBRECOSTOS Y HECHOS IRREGULARES EN LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA Y SU EXONERACIÓN POR LA INDEBIDA PLANEACIÓN.**

MARINELA ZAPATA VILLADA

Director
FREDY ANDRÉS MÉNDEZ RÚA
ABOGADO
ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
MAGISTER EN DERECHO

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGISTER EN
DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
MEDELLÍN
2021**

Fecha: 23 de noviembre de 2022

Nombre: Marinela Zapata Villada

Declaro que esta tesis (o trabajo de grado) no ha sido presentada para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad” Art. 92 Régimen Discente de Formación Avanzada.

Firma



Fecha: 23 de noviembre de 2022

Nombre del estudiante: Marinela Zapata Villada

Nombre del director: Fredy Andres Mendez Rua

Nombre del jurado 1: Sebastián Ramírez Grisales

Nombre del jurado 2: Andrés Botero Bernal

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SOLIDARIA EN LA ACCIÓN DE REPETICIÓN Y RESPONSABILIDAD FISCAL DEL INTERVENTOR POR SOBRECOSTOS Y HECHOS IRREGULARES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU EXONERACIÓN POR LA INDEBIDA PLANEACIÓN.

Marinela Zapata Villada¹

Resumen.

El planteamiento de este artículo se desarrolla en torno a la solidaridad y la responsabilidad en las acciones de repetición y en los procesos de responsabilidad fiscal del interventor por sobrecostos y hechos irregulares en los procesos de contratación pública, y como se constituye la indebida planeación de la entidad pública contratante como una causal de exoneración. En este sentido, la acción de repetición y la responsabilidad fiscal tienen una finalidad resarcitoria, y debido a que el interventor actúa en la calidad de particular con funciones públicas, es susceptible de ser responsable. Se hace necesario una investigación dogmática de corte cualitativa, en la que se analice sobre tres tópicos: en primer lugar, los principios de la contratación estatal, haciendo énfasis en el principio de planeación; en segundo lugar, la interventoría como institución de vigilancia y control al contrato estatal principal, donde se realiza un estudio sobre su naturaleza y el régimen de responsabilidad; y, en tercer lugar, la solidaridad jurídica del interventor por hechos irregulares y sobrecostos en el proceso de contratación pública, teniendo en cuenta la participación de otros agentes, y cómo la indebida planeación puede constituirse en una causal de exoneración.

Palabras clave: acción de repetición, obligaciones del interventor, responsabilidad fiscal, solidaridad jurídica, principio de planeación.

¹ Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Especialista en derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia. E-mail: marinela.zapata@upb.edu.co.

Introducción

La contratación estatal no es ajena a que circunstancias afecten el cumplimiento de las obligaciones pactadas en un contrato, haciendo necesario que se estipulen mecanismos preventivos de control y vigilancia, con el fin que se cumpla su objeto, como es la consagración de instituciones, como la supervisión y la interventoría. La Ley 1474 de 2011 –Estatuto Anticorrupción– define la primera como un seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que sobre el cumplimiento del contrato, se ejerce por la misma entidad estatal cuando no requiere conocimientos especializados y, de forma eventual, puede contratarse personal de apoyo, por medio de contratos de prestación de servicios; mientras, la segunda es concebida, en principio, como un seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del negocio jurídico efectúa una persona natural o jurídica contratada para tal fin, cuando se requieren conocimientos especializados y sin perjuicio de que, eventualmente, se le encomienden algunos otros seguimientos.

Las actividades que asumen el supervisor e interventor implican determinar hasta qué punto los incumplimientos del contrato principal le son imputables por responsabilidad. El inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1882 de 2018 que modifica el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, dispone:

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 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.

El planteamiento de este artículo se desarrolla en torno a la solidaridad y la responsabilidad en las acciones de repetición y en los procesos de responsabilidad fiscal del interventor por sobrecostos y hechos irregulares en los procesos de contratación pública y como se constituye la indebida planeación de la entidad pública contratante en una causal de exoneración. En

este sentido, la acción de repetición y la responsabilidad fiscal tienen una finalidad resarcitoria, y debido a que el interventor actúa como un particular con funciones públicas, es responsable por el incumplimiento de sus actividades de control y seguimiento al contrato principal.

Sin embargo, no es fácil establecer una causal de exoneración de responsabilidad por una indebida planeación cuando el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 establece la solidaridad por sobrecostos y hechos irregulares en el proceso de contratación pública. Es decir, hay que determinar las condiciones para definir el concepto de sobrecostos y hechos irregulares en la contratación pública y establecer que la indebida planeación es una excepción a esta regla del artículo 119, teniendo en cuenta la problemática de las reglas de la profesión de lo cual se hablará más adelante.

La discusión es relevante desde tres aspectos: en primer lugar, la definición de solidaridad y su regulación en los procesos de responsabilidad fiscal y en las acciones de repetición; en segundo lugar, cómo el interventor adquiere la misma responsabilidad que cualquier otro servidor y cómo puede responder de forma solidaria con el ordenador del gasto; en tercer lugar, cómo la culpa exclusiva de la víctima –Estado– puede constituirse en una causal para una exoneración de responsabilidad por una indebida planeación, pero dependiendo de muchas condiciones particulares.

La línea argumentativa parte de la construcción de un trabajo basado en una investigación de corte cualitativo y se realiza un análisis hermenéutico de la normativa –constitucional, legal y reglamentaria–, de la jurisprudencia y la doctrina existente en Colombia. De acuerdo a lo anterior, este trabajo se desarrolla en tres tópicos: i) los principios de la contratación estatal, haciendo énfasis en el principio de planeación; ii) la interventoría como institución de vigilancia y control al contrato estatal principal, donde se realiza un estudio sobre su naturaleza, el derecho comparado, y la existencia de obligaciones de medio o de resultado del interventor; y iii) la solidaridad jurídica del interventor por hechos irregulares en el proceso de contratación pública, teniendo en cuenta la participación de otros agentes, y como

la indebida planeación puede constituirse en una causal de exoneración de responsabilidad, y por último, se abordarán las conclusiones.

1. Principios de la contratación estatal y la responsabilidad desde la perspectiva de la interventoría: conceptualización y revisión.

La Ley 80 de 1993, denominado Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante también EGCAP– se presentó como el último capítulo de la larga evolución del régimen de los contratos estatales. Como desarrollo del artículo 150 de la Constitución Política de 1991, que atribuyó al Congreso la competencia para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la Ley 80 de 1993 concretó el esfuerzo de unificación de valores que en principio se creían antagónicos.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública es concebido como un estatuto de principios, lo cual permitió “[...] salir al paso del casuismo y reglamentarismo que le hacía perder el propósito estabilizador y de seguridad que le es propio” (Dávila Vinuesa, 2016, p. 25). Es decir, un propósito que buscó contrarrestar la tradición latente que había impregnado la aplicación del Decreto-Ley 222 de 1983, conocido como un sistema de reglas. La complementariedad de instrumentos unilaterales de la Administración y de instrumentos consensuados de esta con los particulares ha implicado la modernización del derecho de los contratos estatales, en el que la conclusión ha sido que las administraciones se enfrentan a tantas situaciones o conflictos, que no pueden reaccionar con instrumentos de decisión unilateral.

El fenómeno de la *contractualización* ha permitido la creación de dos escenarios en los que la necesidad de estructurar el derecho contractual de la Administración ha respondido de manera opuesta, esto es: i) una vía de aplicación del derecho público en estricto sentido, pero con remisión al derecho privado; y ii) una vía de aplicación del derecho privado en estricto sentido, pero con remisión al derecho público. Entonces ¿cómo es posible resolverse? La respuesta más acertada es presentando al derecho contractual de la Administración como una

ley de principios, es decir, como un estatuto que permita la *participación* de los particulares no como subordinados, sino como socios o colaboradores, en la que se tiene un fin común: el bienestar general.

En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, el legislador señaló que la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública era un desarrollo del artículo 209 de la Constitución Política, conforme al cual, la función administrativa debía desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad, por cuanto se estructuraba sobre principios generales que eran aplicables tanto a las entidades públicas como a los contratistas en su devenir contractual. Con la consagración de los principios de transparencia, economía y responsabilidad se establecieron las garantías necesarias que han permitido que la contratación estatal se consolide como un instrumento eficaz en el cumplimiento de los objetivos estatales.

De acuerdo a lo expuesto, se plantea que los principios de la contratación pública pueden cumplir varias actividades: i) actividad de interpretación y aplicación para las entidades públicas en las diferentes etapas de la contratación pública; ii) una actividad de control, en la que los diferentes órganos de control y el juez administrativo establecen criterios para determinar el cumplimiento efectivo de los principios; y iii) una actividad de creación de normas e instituciones, en la que actúan como una ruta metodológica para la configuración de reglas en las diferentes cláusulas del contrato estatal. Teniendo en cuenta estas tres actividades que cumplen los principios de la contratación pública, se cita el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, que dispone:

Artículo 23. De los Principios en las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

La Ley 80 de 1993 consagró, originariamente, como *principios de la contratación estatal* a los de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva —este último, fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Al respecto, la jurisprudencia señala sobre los principios de la contratación pública: “[...] no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice” (Corte Constitucional, Sentencia C-508, 2002).

a) *Principio de transparencia y su relación con la moralidad administrativa.* En cuanto al principio de transparencia, ni la Ley 80 de 1993 como tampoco la Ley 1150 de 2007 definieron qué es transparencia. En virtud de este principio, la Administración está en la obligación de definir requisitos objetivos que permitan la correcta confección de ofrecimientos por parte de los contratistas. Para el Consejo de Estado:

[...] el principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe “edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración” (Consejo de Estado, Sentencia 17767, 2011)

Este principio tiene un vínculo estrecho con un principio de la función administrativa, como es la moralidad. En esta línea, la moralidad administrativa es una base para la instauración de instituciones en la contratación estatal, como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Igualmente, es un criterio de interpretación de las decisiones de las entidades, para no actuar con desviación de poder o con pretensiones particulares, en el momento de la selección, suscripción y ejecución de un contrato estatal.

b) *El principio de economía y el papel del principio de planeación.* En cuanto al principio de economía se considera que este concreta la preocupación del legislador por asegurar, de cierto modo, la eficacia en la actividad contractual. Para Benavides, las manifestaciones de

este principio pueden ser agrupadas en dos conjuntos, a saber: *i*) en la racionalización de la gestión contractual, y *ii*) en la lucha contra los vicios de la burocracia. En el primer conjunto, el autor señala que se encuentran las reglas elementales de administración de los contratos, esto es, la necesidad de limitarse a las formas y a los procedimientos estrictamente necesarios para cumplir con las misiones encomendadas a la Administración. En cuanto al segundo conjunto, alude a la prohibición de todos aquellos procedimientos o formalidades que no fueron previstos, ya sea en la ley o en los manuales de contratación de cada entidad (Benavides, 2004, p. 77). Este principio señala la obligación que tiene toda entidad estatal de actuar con alto grado de eficiencia y eficacia para que se logren proteger los recursos públicos, con una sujeción estricta al ordenamiento jurídico.

Desde la jurisprudencia se destaca de este principio, el cual busca obtener: “[...] los fines de la contratación (eficacia), pero, de otra, maximizar los beneficios colectivos perseguidos con el menor uso de recursos públicos (eficiencia), en el marco de actuaciones administrativas ágiles, céleres, sencillas y sin obstáculos de trámites engorrosos y requisitos innecesarios” (Consejo de Estado, Sentencia 24.715, 2007). La materialización de este principio también implica la prevalencia del principio de la buena fe precontractual, el principio de planeación y el debido proceso.

Respecto al tema objeto de estudio se pone de presente que la planeación se considera como una manifestación del principio de economía, toda vez que no se encuentra expresamente referenciado como un principio expreso en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, evidenciándose que nace de los debates jurisprudenciales. No obstante, dicho deber o principio se desprende de los artículos 4° y 5° del EGCAP; de los numerales 6°, 7°, 12, 13 y 14 del artículo 25 del EGCAP; del numeral 3° del artículo 26 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; de los numerales 1° y 2° del artículo 30 del EGCAP; y de los artículos 4°, 5° y 6° de la Ley 1150 de 2007.

Por consiguiente, la planeación busca que el negocio jurídico contractual se diseñe conforme a las necesidades y prioridades que demande el interés público, lo cual permite el

aseguramiento de la eficacia de la actividad contractual estatal, la efectiva satisfacción del interés general y la protección del patrimonio público, como aspectos que subyacen involucrados en todo contrato estatal. De ahí que, según la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, la ausencia de dicho principio afecta de forma directa la esencia del interés público, generando consecuencias negativas no solo para el logro del objeto contractual, sino también para el interés general y el patrimonio público (Consejo de Estado, Sentencia 51.489, 2015).

La importancia de este principio es destacada por Expósito Vélez, que expresa: “[...] diremos acá que la decisión de la Administración de un objeto determinado con la colaboración de un particular o de otra entidad pública requiere un análisis previo de la necesidad y especificaciones del mismo, la oportunidad y conveniencia de su ejecución en un momento determinado y las consecuencias fácticas y patrimoniales de su consecución” (Expósito Vélez, 2013). Así mismo, Benavides expresa sobre este principio:

La planeación o planificación de la actividad contractual se orienta hacia el respeto de las reglas –en su mayor parte– elementos de gestión (tanto pública como privada), cuya realización afectiva es esencial para lograr los cometidos de la contratación. Las manifestaciones de la planeación que la jurisprudencia ha calificado de verdadero principio, aunque no esté así enunciado en la Ley 80/93, están incluidas como expresiones del principio de economía (Benavides, 2014)

Además, la planeación tiene por finalidad: *i)* asegurar que todo proceso contractual esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica, así como para poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; *ii)* corroborar si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes presupuestales de la entidad contratante; *iii)* determinar qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; y *iv)* determinar las características que deba reunir el bien o servicio objeto de contratación, así como los costos y recursos que demande su celebración y ejecución. Ahora bien, la Corte Constitucional ha definido el principio de planeación, así:

El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos (Corte Constitucional, C-300/2012).

El principio de planeación pretende optimizar el ejercicio de esta función administrativa mediante la identificación con claridad de los diferentes factores que giran en torno a la contratación estatal, en la medida que una correcta planeación permite identificar y determinar el objeto que se buscará satisfacer en el marco del ejercicio de la actividad administrativa contractual, tanto en su etapa de preparación como de ejecución. Si no se cumple debidamente con el principio de planeación de los contratos estatales pueden presentarse sobrecostos y hechos irregulares en la ejecución de las obligaciones, lo cual puede implicar responsabilidad.

No obstante, el Consejo de Estado ha manifestado que la responsabilidad en la planeación no recae únicamente sobre la entidad pública, sino que también aplica a todos los actores que intervienen en la actividad contractual, quienes deberán revisar si hay problemas de planificación en el momento de ejecutar el contrato, por lo que alude a que la contratación pública es bifronte (Consejo de Estado, Sentencia 59.309, 2019). La responsabilidad está en la Administración, como en los contratistas y proponentes, quienes deberán revisar la consistencia de los estudios previos y demás elementos que componen la etapa precontractual. De esta manera, este Alto Tribunal manifiesta:

[...] el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración, puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas, sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse (Consejo de Estado, Sentencia 44.420, 2020)

Esta concepción del Consejo de Estado es importante para determinar si todos los colaboradores de la Administración, como es el caso de la interventoría tienen el deber de informar sobre fallas en la planeación, a pesar de no participar en la estructuración de los

diseños, estudios previos y demás elementos que componen la etapa precontractual. Este aspecto es el punto fundamental en los próximos apartados para determinar la indebida planeación como causal de exoneración de responsabilidad.

c) *El principio de responsabilidad como componente de las actuaciones contractuales.* En cuanto a este principio, la jurisprudencia ha destacado que este persigue que los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual cumplan con los fines de la contratación, vigilando la correcta ejecución de lo contratado y velando por la protección de los derechos de la entidad y del contratista. A ese tenor, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de comentar que:

[...] La consagración del principio de responsabilidad contractual, obedece a la necesaria articulación y armonía que debe existir para garantizar la efectividad y vigencia de los principios de transparencia, economía, de mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato y de selección objetiva que igualmente se establecen en el estatuto contractual, así como a la necesidad de asegurar un equilibrio o balance entre la mayor autonomía y libertad de gestión contractual que se otorga a las entidades estatales, las potestades o privilegios que se les reconocen, y la finalidad de interés público o social a que debe apuntar la actividad contractual de dichas entidades, cual es la de procurarse la satisfacción de los objetos contractuales, (obras, bienes, servicios etc.), bajo una gestión signada por la eficiencia, la economía, la celeridad y la moralidad, en los términos del art. 209 de la C.P., que garantice no sólo los intereses de la administración sino de los contratistas que intervienen en la actividad contractual (Corte Constitucional, Sentencia C-004, 1996).

Matallana Camacho señala que en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 el legislador, respecto a este principio, aclaró que si bien el nuevo estatuto les otorga una gran autonomía a los administradores “[...] desprovista de la exorbitancia que hasta el presente ha caracterizado a la legislación contractual, ello tiene como contrapartida la aplicación del principio de responsabilidad en la gestión contractual tanto de los servidores públicos como de los contratistas” (Matallana Camacho, 2015, p. 435).

De ese modo, el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 establece unos precisos supuestos en los que no solo se compromete la responsabilidad del Estado con ocasión de los daños antijurídicos que ocasione con motivo de la gestión contractual, sino que también compromete la responsabilidad de los servidores públicos y de los contratistas que allí

intervienen. Como puede apreciarse, este principio está consagrado para que los sujetos que intervienen en la actividad contractual actúen en el estricto marco que impone la Constitución y la ley.

La Ley 80 de 1993 se identifica por haber suprimido una serie de controles administrativos que se caracterizaban por ser preventivos, con el fin de apoyarse sobre un fuerte sistema de responsabilidad personal, puesto que la autonomía reconocida a los servidores públicos que tienen a cargo la actividad contractual del Estado exigía el reforzamiento de su responsabilidad. En este sentido, a mayor autonomía, mayor responsabilidad. Este principio busca convertirse en la principal garantía de cumplimiento de las obligaciones a las que están sujetas las partes intervinientes en el contrato, responsabilidad que puede ser de tipo penal, disciplinaria o pecuniaria.

La responsabilidad penal, alude a la manera más drástica de combatir la corrupción que se ocasiona en ejercicio de la competencia contractual. De esta manera, el Título XV de la Ley 599 de 2000, consagra una serie de delitos contra la Administración Pública, entre los cuales se establecen los relativos a la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades o la celebración indebida de contratos.

Respecto a la responsabilidad disciplinaria, el artículo 16 de la Ley 734 de 2002, establece que esta “[...] tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública”. Bajo esta perspectiva, los servidores públicos pueden ser objeto de sanciones disciplinarias independientemente que el mismo hecho constituya un delito o una fuente de responsabilidad civil, dado que la responsabilidad disciplinaria está encaminada a proteger el debido funcionamiento de la Administración. Es de anotar que esta responsabilidad es aplicable en varios casos según los distintos regímenes de función pública de las entidades estatales, verbigracia, la falta disciplinaria de rango constitucional contenida en el numeral 2º, del artículo 180 que sanciona con destitución al

servidor público que celebre un contrato con un congresista, y el artículo 183 que sanciona al congresista con la pérdida de investidura.

Por su parte, la responsabilidad pecuniaria tiene una fuente constitucional específica contra los servidores públicos y particulares en el inciso 2° del artículo 90 de la Constitución Política que, para Benavides, “[...] consagra no la *posibilidad* de repetición contra los servidores públicos que hayan obrado con dolo o culpa grave, sino la *obligación* de repetir en cabeza de las entidades estatales que se vean condenadas económicamente” (Benavides, 2004, p. 229). Este deber se reguló en el artículo 54 de la Ley 80 de 1993, derogado por la Ley 678 de 2001 que reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado mediante la acción de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición. Su artículo 3° regula el fin de la acción de repetición: “[...] garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella”.

Se resalta que los contratistas también están sometidos a un régimen de responsabilidad, cuestión sumamente relevante si se tiene en cuenta que hubo una extensión de las sanciones aplicables a los servidores públicos, hacia los particulares que colaboran en la actividad contractual. El artículo 56 de la Ley 80 de 1993 dispone que para efectos penales:

[...] el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

Esa extensión del régimen de responsabilidad a los particulares es significativa, porque implica una medida adicional de lucha contra la corrupción y los comportamientos irregulares en la gestión contractual del Estado, y además porque también refuerza la noción de que los contratistas, efectivamente, son colaboradores de la Administración. En esta línea, el contrato estatal es una herramienta útil para el cumplimiento de funciones administrativas,

en las que los contratistas tienen un rol más allá del comportamiento habitual que asumirían en el caso de celebrar contratos con personas de naturaleza privada.

En tales condiciones, el principio de responsabilidad ha desplazado el modo de actuación de imposición unilateral de la Administración y también ha introducido la gestión contractual concertada bajo los lineamientos que impone el ordenamiento jurídico en el cumplimiento de los deberes y obligaciones que le corresponden a cada parte del contrato, y el compromiso de responder por los efectos que sus actuaciones puedan tener en relación con terceros. Este principio de la contratación estatal apunta a que los sujetos que intervienen en la actividad contractual actúen en el estricto marco de la legalidad, en cumplimiento de los deberes y obligaciones que les corresponde a cada cual, sin el ánimo de inferir daños y con la diligencia y cuidado que se exige en un ámbito que, como la contratación pública, se fundamenta en el interés general.

2. La interventoría como institución de vigilancia y control al contrato estatal principal: naturaleza, particularidades y derecho comparado

La contratación estatal no es ajena a que determinadas circunstancias afecten el cumplimiento de las obligaciones que se pactan en un contrato, motivo por el cual se hizo necesaria la creación de mecanismos preventivos de control y vigilancia, como la interventoría, la cual coadyuva al cumplimiento del objeto contractual por medio de un seguimiento especialmente técnico, que también puede ser administrativo, financiero, contable y jurídico. Para Jiménez Moriones, la práctica de la interventoría en Colombia se remonta a los años cincuenta con el desarrollo de obras de infraestructura asociadas a la construcción de puentes, vías, oleoductos, redes de servicios públicos, entre otros, cuando profesionales de la ingeniería y la arquitectura empezaron a verificar que la ejecución de sus proyectos sí estuviere acorde con los diseños y que los contratistas, efectivamente, cumplieran con los compromisos que se habían pactado (Jiménez, 2010).

El primer fundamento jurídico asociado con la interventoría data del Decreto Ley 150 de 1976 que disponía en su artículo 96 que la entidad contratante debía verificar la ejecución y el cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas mediante un interventor que podría ser funcionario suyo, o una persona natural o jurídica especializada en la materia que podría contratarse. Por su parte, el Decreto Ley 222 de 1983 recogió esta misma regulación en su artículo 123 y siguientes. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, el legislador fue menos explícito sobre la institución de la interventoría, en el entendido que en unos contados artículos —véanse los artículos 14, numeral 1º; 26, numeral 1º; 32, numerales 1º y 2—, se aludió al hecho de que las entidades estatales, como sus servidores públicos, debían ejercer un control directo sobre todo contrato que se celebre, con el cometido de asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación pública. Ante la evidente necesidad de consolidar la interventoría como una institución jurídica, el legislador dispuso en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 –Estatuto Anticorrupción– que:

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 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.

Con respecto al derecho comparado, la interventoría no se conoce por ser un agente externo dentro del proceso de contratación pública, como se estableció en la Ley 1474 de 2011. Por ejemplo, en la Ley 9 de 2017, Ley de Contratos del Sector Público en España, el interventor cumple una función de asesoría en las juntas de contratación, asumiendo una función de fiscalización en los procesos de contratación pública. Por otro lado, en Argentina no se regula la institución de la interventoría, pero establece en el Decreto 1023 de 2001, régimen de

contratación de la Administración Nacional, que las autoridades administrativas tiene dentro de sus facultades, el poder de control, inspección y dirección de la contratación.

En la Ley 19886 de 2003, Ley de base sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicio de Chile, no se regula la interventoría o la supervisión de los contratos. Así mismo, en países como México no se establece una institución similar a la supervisión e interventoría de los contratos estatales. Teniendo en cuenta esta búsqueda en el derecho comparado, se evidencia que la supervisión e interventoría de los contratos estatales en Colombia es una institución que se instauró y consolidó en la Ley 1474 de 2011 –Estatuto Anticorrupción– sin un antecedente preciso en el derecho comparado. Esta institución se fortaleció con la idea de combatir la corrupción pública y garantizar la moralidad administrativa, según lo dispuesto en el artículo 83 precitado.

Bajo la noción legal prescrita en la Ley 1474 de 2011, la doctrina considera que la interventoría se entiende como “[...] la actividad de control y vigilancia de un contrato, que tiene como *objetivo* verificar el cumplimiento integral de su objeto y de las obligaciones del contratista, coadyuvando al mismo tiempo con las partes contratantes para el éxito de dicho contrato”; y, por ende, se destaca que el objeto del control de la interventoría es un contrato debidamente individualizado, diferente al suyo, de ahí que esa “[...] precisión le da identidad y al mismo tiempo la diferencia de otros controles ejercidos por los entes estatales, como el control fiscal, el control interno, el control disciplinario o la supervisión, sin desconocer que existen vínculos con ellos, pero teniendo presente que en relación con el contrato controlado, la interventoría ejerce acciones exclusivas” (Jiménez, 2010).

Entonces, se pregunta: ¿cuáles son las acciones exclusivas propias de la interventoría y cómo se relacionan con la materia objeto de estudio? De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la interventoría se caracteriza por adelantar una función de verificación y control de la ejecución contractual de la Administración Pública, para lo cual, el interventor cumple con un deber de intermediación entre la entidad contratante y el contratista que se dirige a efectuar la inspección y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones

surgidas del contrato estatal y, bajo ninguna circunstancia, la de sustituir o reemplazar a la entidad contratante en la toma de las decisiones. Al interventor no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que es competencia exclusiva de las partes del contrato, esto es, entidad contratante y contratista (Consejo de Estado, Sentencia 25.199, 2013).

Por esa sola razón, al interventor le asiste el deber de informarle a la entidad contratante todo lo relacionado con el contrato que vigila, para lo que debe comunicar: *i)* en el caso del *seguimiento administrativo*, la información de las condiciones, procesos y procedimientos administrativos que deban cumplirse en la ejecución del contrato y hasta su liquidación. *ii)* *el seguimiento técnico*, que se relaciona con el cumplimiento o no de las condiciones de calidad y cantidad de materiales; ítems de construcción; cumplimiento de normas técnicas, de seguridad industrial, de salud ocupacional, de manejo ambiental, de gestión de calidad, entre otras. *iii)* En el caso del *seguimiento contable o financiero*, que se basa en la información del buen manejo e inversión de los recursos públicos, así como lo relacionado con el pago al contratista y, de este, a sus subcontratistas, proveedores o trabajadores. Y *iv)* sobre el *seguimiento legal o jurídico*, lo vinculado con la revisión de licencias y permisos, garantías, pago de impuestos, configuración de multas y sanciones, configuración de inhabilidades o incompatibilidades, entre otras (Vargas, 2020). En esa medida, para que surja la responsabilidad contractual del interventor, el daño debe resultar *del incumplimiento del contrato*, es decir, de sus obligaciones de control y vigilancia sobre el negocio jurídico principal.

El interventor responde por el cumplimiento de las obligaciones del contrato de interventoría², debido a que presentan acciones u omisiones en la vigilancia y control del contrato principal, configurándose la responsabilidad contractual. De este modo, responde por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones estipuladas en su contrato, que de

² Frente a la responsabilidad de los contratistas del Estado, el artículo 52 de la Ley 80 dispone: «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».

una u otra forma, están vinculadas a un contrato principal, puesto que es un colaborador de la Administración Pública, lo que connota que deba fundamentar sus actuaciones en los principios de lealtad, buena fe, transparencia y responsabilidad, en la medida que el Estatuto de Contratación contempla su responsabilidad civil derivada, no solo del incumplimiento de las obligaciones de su contrato, sino también de los daños irrogados por su actuación u omisión respecto de la ejecución del contrato sometido a interventoría (Lemoine, 2010).

Algún sector de la doctrina ha expresado que las obligaciones del interventor son de medio, esto es, que actúe con diligencia, cuidado e idoneidad de los medios, independiente del resultado, solo siendo responsable por actuaciones u omisiones que se le imputen (Lemoine Gaitán, 2010, citado en Jiménez, 2010). Al interventor se le presume inocente, mientras no se compruebe que ha existido una falta de control y vigilancia sobre el contrato principal, por lo que la entidad demandante debe establecer la culpabilidad del demandado. No obstante, la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado para determinar la responsabilidad del interventor en el contrato, no es tan simple, pues la doctrina no ha elaborado un criterio único para definir cuándo es una u otra, por lo que Tamayo Jaramillo aduce que: “[...] inclusive, si no se hace suficiente claridad, podría pensarse que, en el fondo, las obligaciones de medio son en cierta forma obligaciones de resultado [...]” (Tamayo Jaramillo, 1989).

La clasificación de las obligaciones se convierte en un juego de cargas probatorias, donde la responsabilidad profesional se torna compleja, como es el caso de la interventoría técnica, administrativa, financiera, contable y jurídica, ya que en el contrato se estipulan obligaciones de medio —como es la vigilancia al contrato—, pero adicionalmente existen actividades preventivas y de control, tales como: verificación de las condiciones técnicas para iniciar la ejecución del contrato; inspección de la calidad de los materiales; realización de informes y reuniones periódicas sobre el cumplimiento del contrato; suscripción del acta de inicio de obra; acta de liquidación; verificación del plan de manejo e inversión del anticipo; entre otras actividades. Todas estas son obligaciones que implican un papel activo que no se limita a un debido cuidado, estableciéndose un resultado, que no es más que el cumplimiento de la vigilancia del contrato principal.

Por consiguiente, se considera que las obligaciones estipuladas para el interventor subyacen en el cumplimiento de las reglas de su profesión, que implica que en la actividad existan resultados parciales en los que deben tenerse en cuenta los principios de la técnica o *lex artis*, como la forma en que se ejecutan ciertos procedimientos y donde, posteriormente, se constata si se incumplió o no con el contrato. Es importante determinar el alcance del contrato vigilado y los estándares técnicos que por su naturaleza son aplicables y estipulados en el contrato de interventoría, con el fin de determinar la responsabilidad patrimonial del sujeto que ejerce dicha labor.

Adicionalmente, es preciso atender al hecho que al tenor del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, el interventor también está obligado a 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. Respecto a la omisión de comunicar información relacionada con el *incumplimiento del contrato*, la doctrina —refiriéndose a la inhabilidad que se regula en el artículo 8º, numeral 1º, literal k (sic) de la Ley 80 de 1993³— ha señalado que esto se configura:

[...] cuando resulte evidente la configuración de la caducidad para el contrato respecto del cual se ejerce la interventoría, y ésta por connivencia o grave descuido, no informa ni hace nada, produciendo, por supuesto, graves y muchas veces irreparables consecuencias para los intereses colectivos a cuya protección y salvaguarda se dirige la referida caducidad (Dávila Vinuesa, 2016).

No obstante, se considera que esta posición no prospera de forma pacífica, por lo menos, por las siguientes dos razones: en primer lugar, teniendo en cuenta que la caducidad es una

³ Literal k, Art, 8 de la Ley 80 de 1993 “El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento 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.”

cláusula exorbitante que, conforme con el artículo 18 del Estatuto Contractual, aplica cuando se presenta algún hecho constitutivo de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, y que faculta a la entidad contratante a terminar y ordenar la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre.

El doctrinante desconoce que el Consejo de Estado determinó que la aplicación de las cláusulas excepcionales de los contratos estatales puede clasificarse en cuatro grupos bien diferenciados, es decir: *i)* Los contratos estatales en los cuales estas son obligatorias, a saber: contratos de obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal⁴; *ii)* Los contratos estatales en los cuales se encuentra prohibido incluirlas, esto es: los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento; y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2°, del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales; *iii)* Los contratos estatales en los cuales son facultativas, a saber: los contratos de prestación de servicios y de suministro; y *iv)* los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados, en los cuales no hay lugar a la

⁴ Es importante destacar que el artículo numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, fue modificado por el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022, en la que se incluye las potestades exorbitantes como elemento de naturaleza en los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar. Al respecto, este artículo dispone: ARTÍCULO 52. CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN CONTRATOS DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR. Modifíquese el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

2. Pactaran las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

inclusión y menos al ejercicio de tales potestades excepcionales, esto es: el contrato de consultoría, el de comodato, el de leasing (Consejo de Estado, Sentencia 30.832, 2006; Sentencia 15.797, 2009).

La conclusión de Dávila Vinueza en donde se afirma que la omisión de comunicar información relacionada con el *incumplimiento del contrato* por parte del interventor ocurre cuando este omite comunicar información relacionada con el incumplimiento del contrato y que, la misma, dé lugar a la declaratoria de la caducidad, no podría operar en aquellos contratos contenidos en los grupos *ii*) y *iv*); es decir, es una conclusión que solo resulta ser válida respecto a los contratos vertidos en los grupos *i*) y *iii*).

Esta posición doctrinal no pueda ser del todo admitida frente a las obligaciones del interventor pues, de lo contrario, se desconocería el hecho de que el legislador, en ningún momento, calificó la gravedad del incumplimiento, así como tampoco dispuso que la omisión de comunicar información relacionada con el *incumplimiento del contrato* únicamente proceda en los casos en los que sea posible dar lugar a la declaratoria de caducidad. Así mismo, la posición del doctrinante tampoco prospera porque respecto a las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 se queda sin sustento jurídico la declaratoria de caducidad en aquellas entidades que son exceptuadas del régimen general de contratación, y que, por lo general, por habilitaciones legales tienen la posibilidad de ejercer dichas potestades exorbitantes. Y, recuérdese, que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública también están sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Ahora bien, frente a la obligación del interventor de informar sobre aquellos hechos que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, se destaca que la Convención Interamericana contra la Corrupción —incorporada al ordenamiento jurídico por medio de la Ley 412 de 1997—, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

—aprobada por medio de la Ley 970 de 2005— y el Código Penal en su Título XV son normas de obligatoria sujeción para el interventor, en la medida que le permiten determinar cuáles conductas constituyen o no actos de corrupción.

Finalmente, otra obligación que posee el interventor consiste en comunicar la información relacionada con hechos o circunstancias que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato. Sobre este elemento, es evidente lo amplia que resulta la formulación del legislador dado que, de manera genérica, toda información que surja en el marco de un contrato estatal se relaciona, estrechamente, con el *cumplimiento* del objeto contractual y la satisfacción de la necesidad de la Administración contratante, máxime si se tiene en cuenta que el *interventor* despliega sus actividades de control y vigilancia a partir de la fase contractual que le es encomendada, es decir, posterior al perfeccionamiento del negocio jurídico, puesto que es en ese momento donde se torna útil la concreción de medidas preventivas y correctivas.

Por tanto, se advierte que la materialización de este elemento podrá presentarse en aquel evento en el cual resulte ser un hecho relevante que el interventor no desplegó actividades preventivas y correctivas frente al contratista, luego que se presente una desviación de importancia que, efectivamente, pueda poner en riesgo el cumplimiento del contrato y se evidencie la violación del deber del interventor de solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual —artículo 84 de la Ley 1474 de 2011—; en caso contrario, si el interventor sí cumple con su obligación, y el contratista adoptare actividades pertinentes que logren conjurar la desviación, se considera que no habría lugar a la materialización de dicho elemento.

De lo antedicho, es importante advertir lo siguiente: si el interventor no informa oportunamente a la entidad contratante de un posible incumplimiento, ya sea parcial o total, del contrato vigilado o principal, respecto alguna de las obligaciones a cargo del contratista, la legislación dispone que este será solidariamente responsable con el contratista de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al

interventor. En estos términos, la responsabilidad del interventor se presentaría por los problemas de ejecución contractual.

Sin embargo, es importante determinar si este también se le imputaría responsabilidad por fallas en la planeación, si se entiende que este debe informar los problemas que pueden presentarse en el contrato, o por el contrario, es una excepción a la responsabilidad fiscal. De este modo, es importante responder un interrogante: ¿cómo se asocia la indebida planeación de la entidad contratante, cuando en el contrato principal no se contemplaron *riesgos previsibles*, con las obligaciones del interventor? Como ya se tuvo la oportunidad de mencionar, la planeación se corresponde con un:

[...] postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado (Consejo de Estado, Sentencia 8.031, 2008).

En lo que respecta a la estimación, tipificación y asignación de los *riesgos* involucrados en la contratación pública, la indebida planeación se gestará cuando no se identifiquen, correctamente, aquellos posibles eventos que puedan producir un perjuicio o un daño en la ejecución del contrato estatal y que se relacionen con las referidas condiciones técnicas, económicas y financieras, las cuales son consideradas por los proponentes para formular una oferta o para suscribir el contrato. En tal sentido, el próximo apartado se centra en la responsabilidad patrimonial –acción de repetición y responsabilidad fiscal– y como la indebida planeación puede constituirse en una causal de exoneración de responsabilidad, teniendo en cuenta que el interventor es un agente de control y seguimiento de los contratos.

3. Responsabilidad patrimonial del interventor mediante la acción de repetición y la responsabilidad fiscal

Por las funciones y deberes que desempeña el interventor en la contratación pública, la Ley 1474 de 2011, en su Capítulo VIII, “Medidas Para la Eficiencia y Eficacia del Control Fiscal en la Lucha contra la Corrupción”, dispuso que tanto en los procesos de responsabilidad fiscal como en los de acción de repetición, habría solidaridad jurídica entre el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante, junto con el contratista y las demás personas que concurran al hecho hasta la recuperación del detrimento patrimonial.

La Ley 678 de 2001, “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado mediante el ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”, dispuso en el parágrafo 1° de su artículo 2° que la acción de repetición podrá ejercerse en contra del contratista, el interventor, el consultor y el asesor, al considerarlos particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que suscriban con las entidades estatales. Para que se configure la acción de repetición, el Consejo de Estado ha señalado:

Ahora bien, la prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos: *i*) la existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente; *ii*) el pago de la indemnización por parte de la entidad pública; *iii*) la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado demandado; *iv*) la culpa grave o el dolo en la conducta del demandado; *v*) que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico (Consejo de Estado, Sentencia 36.310, 2016).

La responsabilidad civil del interventor se establece mediante esta acción o el llamamiento en garantía con fines de repetición en el proceso contencioso administrativo que se instaura contra la entidad pública que deba indemnizar el daño antijurídico. Así mismo, el Consejo de Estado precisa que la existencia de dolo o culpa grave no se limita a las definiciones contenidas en el Código Civil Colombiano, sino que debe tener en cuenta las circunstancias y armonizarse con lo dispuesto en los artículos 6° y 91 de la Constitución Política, como de las funciones que se contemplan en los reglamentos (Consejo de Estado, Sentencia 36.310, 2016). En otras palabras: es posible que al interventor se le impute responsabilidad patrimonial tanto por el incumplimiento de las actividades estipuladas en el contrato, como

también por las prescritas en la ley, el reglamento e, inclusive, el manual de contratación de la entidad contratante, en la medida que sus obligaciones de vigilancia implican que el cuidado y la diligencia sea mayor, toda vez que están vinculadas al principio de legalidad de la actuación administrativa.

Sobre este punto, se pone de presente que el hecho de que al interventor también pueda imputársele responsabilidad patrimonial con base en el manual de contratación de la entidad contratante es una concepción problemática, ya que desborda el principio de relatividad de los contratos, al tener fuentes de obligaciones diferentes a las pactadas en el contrato. Por consiguiente, puede presentarse un debate en el proceso contencioso administrativo, en el que será el juez quien decida si el interventor puede someterse a unas reglas que no están en el contrato que suscribió y en el que se le imputa responsabilidad. En este escenario, se plantea que los manuales de contratación se adhieren al contrato, como ocurre con los mandatos, permisiones y prohibiciones legales, pues si no las funciones de la interventoría no cumplirían con sus fines de control y vigilancia.

Por su parte, la responsabilidad fiscal en la Ley 610 del 2000 es definida como el conjunto de actuaciones administrativas que se adelantan por las Contralorías, con el fin de determinar “[...] la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”. Este tipo de responsabilidad administrativa busca que se administre adecuadamente el patrimonio público, por lo que la doctrina ha establecido los siguientes elementos para su configuración: *i)* vinculación con el ejercicio de la gestión fiscal; *ii)* autonomía en torno a la responsabilidad civil; *iii)* carácter resarcitorio o reparatorio; y *iv)* constitución de elementos como el daño, culpa y nexo de causalidad (Sánchez Torres, 2004, p. 99).

Se destaca que la condición necesaria para que se configure y le brinde autonomía frente a la responsabilidad civil es la *gestión fiscal*, es decir: si bien tanto la *responsabilidad fiscal* como la *responsabilidad civil* buscan el resarcimiento de los daños que se hayan ocasionado tras la

configuración de un hecho ilícito, en la *responsabilidad fiscal* se busca reparar aquel daño que se haya ocasionado “*en ejercicio de la gestión fiscal*” (Thomas Arias, 2003, p. 49). Así la define la Ley 610 del 2000:

Artículo 3o. Gestión Fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que *manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas* en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales [énfasis fuera de texto].

Entonces, se pregunta: ¿de qué manera está llamado a responder el interventor en los procesos de responsabilidad fiscal? El concepto de *gestión fiscal* abarca múltiples actividades de la administración, que se basan en torno a las diferentes etapas de gestión del patrimonio público. Se resalta que no hay necesidad que el interventor tenga una relación directa con el fisco para ser llamado a responder en estos procesos, recuérdese que el artículo 1° de la Ley 610 establece que hay responsabilidad *en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta*. De ese modo, la Corte Constitucional ha expresado:

El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado (Corte Constitucional, Sentencia C-840, 2001).

Bajo esa lógica, si bien no es claro que los interventores son responsables de la gestión fiscal en la mayoría de los eventos donde intervienen, en la medida que si bien hacen una vigilancia a contratos financiados con recursos públicos, en un concepto estricto, no los administran, aunque pareciera ser que la Corte Constitucional posibilitó cierto grado de discrecionalidad

para las contralorías al momento de determinar si el servidor público y el particular que ejercen actividades de control son responsables por el cuidado del patrimonio público, ya sea por conexidad o por relación próxima.

El órgano de control está en el deber de analizar en las actividades del contrato, con el fin de determinar si en las obligaciones del interventor se establecieron deberes de conservación, administración, planeación, gasto, inversión, adjudicación, explotación, enajenación, consumo y disposición de bienes y recursos públicos. No obstante, es efímera la línea entre la responsabilidad fiscal y la administrativa contractual del interventor, la cual en muchas ocasiones no se deriva de la administración de recursos para generar un daño al patrimonio público, sino de recibir bienes sin la calidad o cantidad estipulada, implicando que puede responder patrimonialmente, ya sea por un incumplimiento de sus obligaciones de control o que por sus autorizaciones afecten indirectamente la *gestión fiscal*.

De lo comentado, se plantean dos ideas: *i*) debe existir una relación especial entre el interventor con las actividades que componen la *gestión fiscal*, por lo que su vigilancia al contrato es determinante para establecer la responsabilidad; y *ii*) la omisión o la acción del interventor puede afectar el patrimonio público, pero debe comprobarse la culpa grave o el dolo, esto es, no solo es necesario un simple descuido para que este responda, pues no todo incumplimiento del contrato principal que afecta la gestión fiscal es responsabilidad del interventor, en la medida que no pueden confundirse sus obligaciones con las del contratista.

Ahora bien, la responsabilidad fiscal en la Ley 610 del 2000 es individual y, en principio, no podía predicarse solidaridad. No obstante, el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 posibilitó, en los eventos en que se compruebe la existencia de daño patrimonial al Estado originado por sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, a que sí la haya. Se destaca que la expresión "*fiscal*" del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 fue sometida a la acción pública de inconstitucionalidad, ante la Corte Constitucional, argumentándose que contrariaba a los artículos 13, 90, 124 y 268 de la Constitución al establecer, según el demandante, un criterio objetivo de imputación para la responsabilidad en los procesos fiscales, entre los que se

encuentran los interventores de los contratos estatales. En esta línea, el Alto Tribunal declaró su constitucionalidad en la Sentencia C-338 de 2014, aduciendo:

[...] las previsiones de los artículos 4º y 5º de la ley 610 de 2000 y del artículo 118 de la ley 1474 de 2011 necesariamente determinan la lectura que se realice del tantas veces mencionado artículo 119 de la ley 1474 de 2011, precepto acusado en esta ocasión.

Una lectura conjunta de los preceptos legales conduce a concluir que:

i) El fundamento de la responsabilidad fiscal de los interventores se encuentra en el artículo 82 de la ley 1474 de 2011, disposición que establece que responderán fiscalmente por los hechos u omisiones *que le sean imputables*;

ii) La responsabilidad fiscal sólo será *imputable* cuando se haya comprobado la existencia de culpa grave o de dolo por parte de quien tenía a su cargo la administración o vigilancia de los bienes del Estado -incluso, el mismo artículo 118 prevé hipótesis en donde el dolo y la culpa grave, como elementos *sine qua non* en la imputación de responsabilidad fiscal, pueden presumirse-; y

iii) En aquellos casos en que haya sido posible imputar –con base en culpa grave o dolo- responsabilidad fiscal a más de un sujeto, éstos, por determinación expresa del artículo 119 de la ley 1474 de 2011, responderán solidariamente (énfasis dentro del texto) (Corte Constitucional, Sentencia C-338, 2014).

La solidaridad que se establece dentro de los parámetros de culpa o dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal y de repetición, solo se predica en los casos que se compruebe la existencia de un daño que se haya ocasionado por *sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares* —concepto amplio e indeterminado—, en los que sean responsables los ordenadores del gasto, el contratista y las demás personas que concurren, como es el caso del interventor. En esta línea, debe resaltarse que el concepto *sobrecosto* en la contratación u *otro hecho irregular* es amplio, en aras a que no se limitan únicamente a actos de corrupción, sino que también puede ser errores técnicos, administrativos o financieros en la ejecución del contrato.

Por consiguiente, al tenor del literal c, del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, la culpabilidad del interventor se determina así: *i) dolosa*, cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título; y *ii) culposa*, cuando haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta

ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas.

El interventor responde solidariamente, tanto en los procesos de responsabilidad fiscal como en los de acción de repetición, cuando se compruebe que actuó con dolo o culpa grave y, por tanto, se asiente en el hecho de que una negligencia o un simple descuido en los deberes de control y vigilancia lo exime de responsabilidad. Por tanto, una posibilidad de que el interventor no responda es comprobar que cumplió con las reglas de su profesión, los manuales, lo estipulado en el contrato y las demás obligaciones legales a las que debe atender, al no ser aplicable una culpa leve o levísima.

Ahora bien, el punto de discusión se desarrolla en torno a si las actividades del interventor como agente que hace un seguimiento a la ejecución del contrato, implica una responsabilidad por una indebida planeación de la entidad contratante. Se precisa que los interventores no hacen parte de la elaboración de los estudios previos o se configuran como agentes colaboradores en la construcción de la etapa de planeación contractual, sino que su actividad principal es el seguimiento a la ejecución del contrato principal.

A partir de un análisis deductivo, se entiende en principio, que los interventores no son responsables fiscalmente por *sobrecostos u otros hechos irregulares* en los procesos de contratación pública por una indebida planeación, pues no hacen parte de los agentes que intervienen en esta. Sin embargo, no es tan fácil la respuesta, en el sentido que los interventores si encuentran en el momento de inicio de ejecución del contrato fallas estructurales por una presunta indebida planeación, están en el deber de informar, en el marco de las reglas de *lex artis* y en aras de evitar sobrecostos en los procesos de contratación pública.

En estos eventos, se precisa que el interventor no es responsable fiscalmente por una indebida planeación por sobrecostos u otros hechos irregulares en la etapa de ejecución del contrato, sino por no informar sobre este tipo de situaciones. No obstante, esta responsabilidad será

una discusión probatoria, en la que debe demostrarse que se presentó un incumplimiento de las reglas de la profesión por parte de la interventoría. De este modo, es importante determinar el alcance del contrato vigilado, el ordenamiento jurídico y los estándares técnicos que por su naturaleza son aplicables y estipulados en el contrato de interventoría, para establecer la responsabilidad patrimonial por una presunta indebida planeación.

Expuesta la problemática, surge el interrogante sobre la determinación de la responsabilidad del interventor, esto es, si es solidaria con el contratista de acuerdo con el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 en todos los eventos o proporcional a su culpa. Se presenta una regla que está contenida en el párrafo 3° del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 que establece un supuesto de solidaridad por no informar a la entidad de un incumplimiento del contrato vigilado. Al respecto, prescribe: “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”.

Ahora bien, no hay una respuesta para los demás supuestos de incumplimiento, como la falta de estudio en la cantidad y calidad de material requerido, especificaciones de construcción y demás actividades, en las que en razón de su oficio o profesión hubiera advertido el interventor. En tal sentido, si se define la causa responde proporcionalmente con el contratista, pero si no es posible establecer la participación son responsables solidariamente o *in solidum* por la indemnización, teniendo el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011. No obstante, se presenta una problemática particular con la responsabilidad de los constructores, regulada en el numeral 3 del artículo 2060 del Código Civil, cuyo tenor literal dispone:

«3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041[sic, 2057], inciso final».

La norma establece la responsabilidad por vicios de los materiales, del suelo y de la construcción. Sin embargo, ¿quiénes son responsables? Es claro que el contratista-constructor y su personal que haya debido conocer los problemas por su arte u oficio. En cuanto al interventor, es posible imputarle por el daño, pues en razón a su profesión debió identificar los vicios que se presenten en el edificio, por lo que también se considera como empresario responsable, al ser contratado por la entidad para hacer control y vigilancia sobre la calidad y especificaciones de la edificación. En torno a este tema, Tamayo Jaramillo (p: 219) expresa:

En la mayoría de las construcciones de cierta envergadura se contrata a un interventor para que vaya supervisando y recibiendo los trabajos; creemos que esta persona es responsable de todos los daños que sobrevengan en la construcción después de haberse recibido los trabajos, ya que su oficio consiste precisamente en ir detectando, antes de terminar la construcción, todos los vicios que pueden aparecer en el edificio; su obligación contractual o extracontractual es de resultado, y por ello creemos que solamente la causa extraña no imputable a su culpa, podrá liberarlo.

Es válido que el interventor sea responsable solidario por los causales establecidas en el artículo 2060, pero también teniendo en cuenta que puede responder extracontractualmente por lo dispuesto en los artículos 2341, 2344 y 2351 del Código Civil. Ahora, si se demanda también a la entidad estatal –beneficiaria de la obra- la responsabilidad será conocida en un litigio por la jurisdicción contenciosa administrativa. En cuanto a los eventos que no se contemplan en el mencionado artículo, la responsabilidad es solidaria, teniendo en cuenta la regla dispuesta en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, que alude a la solidaridad en los hechos irregulares o sobrecostos en los procesos de contratación pública. En este caso, si no hay una excepción dentro de la ley, se entiende que hay solidaridad patrimonial del interventor.

CONCLUSIONES

1. La planeación, como manifestación del principio de economía, hace parte de uno de los pilares más importantes de la Administración Pública contratante en lo que respecta a las actividades propias del diseño, ejecución, evaluación y corrección de procedimientos contractuales, en la medida que se debe obrar de manera prudente, metodológica y planificada, en aras de contemplar las variables relacionadas con la necesidad a satisfacer, los medios para el efecto, los costos del proyecto, su sostenibilidad y, además, aquellas variables o elementos exógenos que pueden incidir en la contratación pública por adelantar. Sin embargo, la responsabilidad de la planeación recae en la Administración pública, y también en los demás colaboradores, quienes tienen el deber de informar sobre los problemas en la estructuración de la etapa precontractual.

2. Por las funciones y deberes que desempeña el interventor en la contratación pública, se hace evidente que el ejercicio de la interventoría es una actividad altamente reglada que contempla el cumplimiento de varias obligaciones legales, a saber: *i)* deber de información a la entidad contratante sobre los seguimientos técnico, administrativo, contable y jurídico que adelanta; *ii)* deber de cumplir con las reglas y procedimiento de la *lex artis*; *iii)* deber de información a la entidad contratante sobre hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles; *iv)* deber de información a la entidad contratante sobre hechos o circunstancias que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato; *v)* deber de información a la entidad contratante sobre hechos o circunstancias relacionadas con incumplimientos por parte del contratista; *vi)* entre otras.

3. Las actividades que asume el interventor implican determinar hasta qué punto el incumplimiento del contrato principal le son imputables por responsabilidad, pues se comprenden que sus obligaciones son de medio y no de resultado, al consistir en un seguimiento preponderantemente técnico. En este sentido, gira la responsabilidad del interventor, toda vez que es posible que a este se le impute responsabilidad patrimonial – acción de repetición o responsabilidad fiscal– no solo por el incumplimiento de las actividades encomendadas en el contrato, sino también por las prescritas en la ley, el reglamento y el manual de contratación. En otras palabras, sus obligaciones de vigilancia

implican que el cuidado y la diligencia sea mayor, ya que están vinculados al principio de legalidad de la actuación administrativa.

4. La solidaridad que se establece dentro de los parámetros de culpa o dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal y de repetición, solo se predica en los casos que se compruebe la existencia de un daño que se haya ocasionado por *sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares* en los que sean responsables los ordenadores del gasto, el contratista y las demás personas que concurran, como es el caso del interventor.

5. En los procesos de responsabilidad fiscal y de repetición, una negligencia o un simple descuido por parte del interventor en los deberes de control y vigilancia, lo exime de responsabilidad en lo que respecta a la indebida planeación del contrato principal que trae, como consecuencia, la generación de sobrecostos u otros hechos irregulares en los procesos de contratación pública, toda vez que no hacen parte de los agentes que intervienen en la etapa de planeación contractual, pues su actividad principal es el seguimiento a la ejecución del contrato principal. Sin embargo, su deber de informar implica que puedan ser responsables solidariamente si incumplieron de una u otra forma, las reglas de la profesión o *lex artis*, y se comprueba que hubo dolo o culpa grave en sus actuaciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

Benavides, J.L. (2004). *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia.

Benavides, J.L. (2014). *Contratos públicos. Estudios*. Universidad Externado de Colombia

Dávila Vinuesa, L.G. (2016). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. (3ª ed.). Legis Editores S.A.

Vélez, J. C. E. (2013). *Forma y contenido del contrato estatal* (No. 19). U. Externado de Colombia.

Jiménez, M.F. (2010). *Seminario Internacional de Interventoría y seguimiento de proyectos públicos*. Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional.

Lemoine Gaitán, J. *Responsabilidad del interventor*. En: (2010). *Seminario Internacional de Interventoría y seguimiento de proyectos públicos*. Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional.

Matallana Camacho, E. (2015). *Manual de contratación de la administración pública: reforma de la Ley 80 de 1993*. (4ª ed.). Universidad Externado de Colombia.

Sánchez Torres, C.A. (2004). *Responsabilidad fiscal y control al gasto público*. Editorial Jurídica Diké y Centro Editorial Universidad del Rosario.

Tamayo Jaramillo, J. (1989). *De la responsabilidad civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa*. (2 ed. Tomo I, Vol. 2). Editorial Temis.

Thomas Arias, A. *La culpa en la responsabilidad fiscal*. En: (2003). Revista Sindéresis No 7. Auditoría General de la República.

Jurisprudencia

Consejo de Estado. Sección Tercera. (2006, 30 de noviembre). Sentencia 30.832. (Alier Eduardo Hernández Enríquez, C.P).

Consejo de Estado. Sección Tercera. (2007, 03 de diciembre). Sentencia 24.715 (Ruth Stella Correa Palacio, C.P).

Consejo de Estado. Sección Tercera. (2008, 05 de junio). Sentencia 8.031 (Mauricio Fajardo Gómez, C.P).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. (2011, 31 de enero). Sentencia 17.667 (Olga Melida Valle de de la Hoz).

Consejo de Estado. Sección Tercera. (2013, 28 de febrero). Sentencia 25.199 (Danilo Rojas Betancourth, C.P).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C (2015, 10 de diciembre). Sentencia 51.489 (Jaime Orlando Santofimio Gamboa, C.P).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. (2016, 24 de febrero). Sentencia 36.310 (Hernán Andrade Rincón, C.P).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. (2019, 8 de mayo). Sentencia 59.309 (Martha Nubia Velásquez Rico, C.P)

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. (2020, 19 de junio). Sentencia 44.420. (María Adriana Marín, C.P).

Corte Constitucional. (1996, 18 de enero). Sentencia C-004/96 (Antonio Barrera Carbonell, M.P).

Corte Constitucional. (2001, 09 de agosto). Sentencia C-840/01 (Jaime Araujo Rentería, M.P).

Corte Constitucional. (2002, 03 de julio). Sentencia C-508/02 (Alfredo Beltrán Sierra, M.P).

Corte Constitucional. (2012, 25 de abril). Sentencia C-300/12 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M.P).

Corte Constitucional. (2014, 04 de junio). Sentencia C-338/14 (Alberto Rojas Ríos, M.P).