

DEL “DESCONTROL” DE LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA*

THE “CHAOS” OF PUBLIC PROCUREMENT LEGISLATION IN COLOMBIA

*Javier G. Rincón Salcedo***

Fecha de recepción: 13 de junio de 2012

Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2012

Para citar este artículo / To cite this article

Rincón Salcedo, Javier G., *Del “descontrol” de la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia*, 125 *Vniversitas*, 319-337 (2012)

SICI: 0041-9060(201212)61:125<319:DPNMCD>2.0.TX;2-K

* Esta temática se encuentra inscrita dentro de la línea de investigación en Globalización y Derecho Administrativo del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Facultad de Ciencias jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Magíster en Derecho Público Fundamental y Doctor en Derecho de la Universidad de Poitiers, Francia. Profesor investigador del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, Bogotá. Áreas principales de investigación: derecho público militar, globalización y derecho administrativo, función pública, contratación pública. Correo electrónico: rincon.javier@javeriana.edu.co

RESUMEN

El presente artículo busca presentar una reflexión sobre los efectos que se derivan de la disfuncionalidad en la expedición de normas en materia de contratación pública. Una reflexión que concentrada en el análisis de las actividades de interventoría y supervisión contractual, procura demostrar cómo las disfuncionalidades normativas impiden alcanzar estándares adecuados de eficiencia en el desarrollo de la función pública. A su vez, aproximándose desde una perspectiva normativa a la reflexión sobre las consecuencias prácticas de las disfuncionalidades de tipo reglamentario y de control, el artículo busca dejar en evidencia que, contrario a lo afirmado por los órganos gubernamentales, las reglas de la contratación pública no son claras y presentan múltiples incoherencias que contribuyen a la ineficiencia en el ejercicio de la gerencia pública.

Palabras clave autor: Contratación administrativa, eficiencia, gerencia pública, interventoría, supervisión, disfuncionalidad normativa, corrupción.

ABSTRACT

This article presents a reflection on the effects resulting from the dysfunction in issuing rules on public procurement in Colombia. A reflection which, concentrated on the analysis of the activities of auditing contracts, seeks to demonstrate how regulatory dysfunctions interfere from achieving adequate standards of efficiency in the development of the civil service. Also, this article, reflecting on the practical implications of the dysfunctions of regulatory, tries to put in evidence that, contrary to what the Colombian government sustains, the rules of public procurement are not clear and have multiple inconsistencies that contribute to inefficiency in the performance of public management.

Keywords author: Public procurement, efficiency, public management, supervision, monitoring, regulatory dysfunction, corruption.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. LA INTERVENTORÍA Y LA SUPERVISIÓN COMO REFLEJO DE LA CONFUSIÓN REGULATORIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.- II. LA RESPONSABILIDAD DE INTERVENTORES Y SUPERVISORES COMO REFLEJO DE LA CONFUSIÓN REGULATORIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.- CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

“La multitud de leyes frecuentemente presta excusas a los vicios”
René Descartes

La contratación de la Administración Pública es una actividad estatal que, por la complejidad de las materias que confluyen en su desarrollo, ha sido siempre instrumento de análisis de las transformaciones tanto organizacionales como puramente materiales del Sector Público. En efecto, dado que en la contratación pública confluyen elementos de tipo jurídico, económico, gerencial y de servicio público, entre otros, esta constituye, no solo un reflejo de la manera en cómo se administra un Estado, de la manera en cómo se construyen y se desarrollan sus políticas públicas, sino a su vez, un excelente ‘campo de prueba’ de las transformaciones jurídico políticas y en gran parte sociales que vive dicho Estado¹.

Inscrito en esta lógica, a propósito de la contratación administrativa, manifestó el Ministerio del Interior y de Justicia en su presentación del Estatuto Anticorrupción², que es en este sector en el cual se vienen presentando los casos más graves de corrupción pública y que *“por ello se proponen medidas orientadas a garantizar la transparencia y la sanción a la corrupción o fraude en esta actividad estatal”*. Esta presentación bastante alentadora, no es sin embargo consecuente con el contenido de las “nuevas” disposiciones consagradas en la Ley 1474 de 2011 y en el Decreto 734 de 2012, entre otras, ni tampoco con la realidad que encontramos a diario en las diferentes entidades estatales, como consecuencia de la manera en que se ha venido desarrollando la regulación legislativa y reglamentaria de la contratación administrativa en Colombia por parte de los órganos competentes y de otros órganos, especialmente de control, que por la vía de interpretaciones supuestamente “preventivas”, derogan tácitamente, modifican y le dan alcances especiales a las normas de la contratación³.

En efecto, tanto en los aspectos puramente normativos como en los prácticos, encontramos que los instrumentos establecidos para

1 J. Rincón Salcedo, *La eficiencia y la eficacia en el contrato de interventoría*, 12 (Abeledo Perrot – Universidad Javeriana, Bogotá, 2011).

2 Ministerio del Interior y de Justicia, Estatuto Anticorrupción, 14 (Imprenta Nacional, Bogotá, 2011).

3 Un análisis sobre el desbordamiento de funciones y de los efectos prácticos de la multiplicación de circulares en materia de contratación será próximamente publicado y en él analizaré esta situación de manera conceptual y práctica.

regular el ejercicio de la actividad contractual del Estado conforman una maraña de actividades que material y formalmente contribuyen, no solo a aumentar los niveles de corrupción⁴, sino adicionalmente a la parálisis del sistema. De allí que podamos afirmar la existencia de una disfuncionalidad tanto normativa como operativa al interior de la contratación pública⁵, que sin duda alguna redunde en una directa afectación al ciudadano como único destinatario de la actividad administrativa⁶.

Lo anterior por cuanto no solo las normas que regulan la materia por la vía, entre otras, de la violación sistemática del principio de unidad legislativa⁷ y de la excesiva reglamentación⁸, han aumentado la complejidad en la comprensión de las normas y en particular la complejidad en la aplicación de las mismas, sino que, a su vez, la inmisión por parte de los organismos de control en decisiones de carácter gerencial y su inadecuada tendencia a “legislar” en materia de contratación⁹, están llevando a que para los funcionarios sea simplemente imposible entender, en el día a día, cómo se le da

4 Desde una perspectiva un poco diferente pero que guarda relación con el tema aquí analizado ver, R. Rivero Ortega, *Instituciones Administrativas Desarrollo y Control de la Corrupción. El caso colombiano* (Unión Iberoamericana de Municipalistas, Granada, 2006). Y. Gorbaneff & G. Cabarcas, *Equilibrio económico y la contratación pública*, 31 *Revista de Derecho* (2009).

5 Para un análisis detallado de la disfuncionalidad normativa en materia de contratación ver, J. Rincón Salcedo et ál., *La globalización del Derecho Administrativo colombiano* (Universidad del Rosario, Bogotá, 2010).

6 Ver en este sentido M. A. Restrepo, *El Derecho Administrativo en los albores del Siglo XXI*, 30 y ss. (Universidad del Rosario, Bogotá, 2007).

7 La violación de este principio se materializa, por ejemplo, en las normas expedidas con el único fin de corregir los errores cometidos en la expedición de la Ley 1150 de 2007 y que no pudieron ser saldados mediante la expedición de los decretos 2474 de 2008, 2025 y 3576 de 2009 por evidente violación de los límites del poder reglamentario —el Consejo de Estado ha anulado más de 20 normas y suspendido más de 25 contenidas, entre otros, en los precitados decretos—. Entre las normas expedidas podemos hacer referencia al Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), la Ley Antitrámites (Decreto-Ley 019 de 2012) y la ley aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1450 de 2011).

8 De acuerdo con el estudio realizado por el profesor Gómez Lee, “(...) hoy las normas reglamentarias de las leyes de contratación ascienden al absurdo de 74 decretos, y un total de 161 fuentes que contienen 3.600 reglas contractuales (...)”. Iván Darío Gómez Lee, *El Derecho de la Contratación Pública en Colombia*, 50 (1a. ed., Legis, Bogotá, 2011). De estas normas reglamentarias, 27 decretos fueron burdamente condensados en el reciente Decreto 734 de 2012, es decir, no se redujo el número de normas, sino que se agruparon en un solo texto reglamentario el cual contiene un articulado que triplica en cantidad, al del recientemente expedido Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). A lo anterior se suma que existen nueve leyes (80 de 1993, 361 de 1997, 816 de 2003, 905 de 2004, 996 de 2005, 1150 de 2007, 1450 de 2011, 1474 de 2011 y 019 de 2012), que contienen normas en materia de contratación pública, sin perjuicio de que existan muchas otras que tratan el tema.

9 Un análisis institucional de esta situación puede ser estudiado en P. Ronsanvallon, *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad* (Paidós, Madrid, 2010).

correcta aplicación a las múltiples disposiciones referentes a la contratación¹⁰. Lo que en definitiva deja en evidencia que el régimen de la contratación pública colombiana opera en contravía de los postulados más modernos del derecho administrativo, de acuerdo con los cuales la renovación de la administración pública debe estar encaminada a establecer procedimientos eficientes que puedan ser medidos con un criterio de resultado¹¹ y en los que, se insiste, el único destinatario de la actuación administrativa sea el ciudadano, pues este se considera “el propietario” de dicha administración¹².

En este orden, resulta interesante, sin querer abarcar el análisis del conjunto de normas contenidas en todos los decretos que regulan la actividad contractual en Colombia, ni tampoco desarrollar un análisis exhaustivo de todos los procedimientos desarrollados por los organismos de control, realizar un análisis reflexivo sobre la manera como el inadecuado planteamiento normativo y la inmisión de los organismos de control en la contratación administrativa no contribuyen al mejoramiento de los niveles de transparencia, objetividad, moralidad y economía de la actividad contractual pública¹³, sino por el contrario, son instrumentos que cada vez contribuyen más a entorpecer los procedimientos contractuales¹⁴.

Para abordar este análisis, teniendo en cuenta los límites formales del presente texto, circunscribiré mi reflexión al estudio puntual

10 Como lo analizaremos más adelante, por la vía de circulares tanto la Procuraduría General como la Contraloría y en ocasiones la misma Auditoría General de la Nación, “imponen” la manera en como deben ser interpretadas las normas de contratación. A manera de ejemplo ver Circular conjunta 014 del 2011 de la Procuraduría General, Auditoría General y Contraloría General.

11 Ver en este sentido, A. Brewer-Carias, *Principios fundamentales del Derecho Público* (Editorial jurídica venezolana, Caracas, 2005); J. C. Cassagne, *Derecho Administrativo* (Pontificia Universidad Javeriana - Abeledo Perrot, Bogotá, 2009); S. Cassese, *La globalización jurídica* (Marcial Pons, Madrid, 2005); P. Nevado-Batalla, *Legalidad y buena administración* (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009).

12 Ver a este respecto, entre otros, J. Rodríguez Arana, *Reforma administrativa y Estado del Bienestar* (Actualidad Administrativa, primera quincena, junio del 2006); M. Rufferte, *La transformation du droit administratif en Europe* (Sellier European Law Publishers, London, 2007); P. Rosanvallon, *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad* (Paidós, Madrid, 2010); J. A. Palacio, *Reflexiones de derecho administrativo para un Estado Social de Derecho* (Doctrina y Ley, Bogotá, 2005).

13 Ver a este respecto, para un análisis comparado, el interesante trabajo desarrollado por Mukai en Brasil: T. Mukai, *Licitacoes e contratos públicos* (Saraiva, Sao Paulo, 2009).

14 Ver a este respecto los análisis de los doctores Molano y Moncada respectivamente, quienes dejan en evidencia lo aquí resaltado. M. R. Molano, *La nueva estructura de los procesos selectivos en la contratación estatal análisis integral y actualizada* (Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2009). J. C. Moncada, *El reglamento como fuente de Derecho en Colombia* (Temis, Bogotá, 2007).

de dos de los aspectos recientemente tratados por parte del legislador en el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), los cuales, en mi concepto, constituyen una muestra clara de la inadecuada consagración e implementación práctica de la regulación en materia de contratación pública en Colombia. Estos aspectos son, por una parte, la supervisión e interventoría de los contratos estatales (I) y por otra la responsabilidad de los contratistas interventores, supervisores y asesores externos (II).

Estos dos aspectos reflejan la realidad de la regulación en materia de contratación administrativa, en la medida en que son muestra, en primer lugar, de la falsa idea desarrollada en Colombia mucho tiempo atrás de que la expedición indiscriminada de normas es la solución adecuada para el correcto ejercicio del control de las actividades contractuales¹⁵, y en segundo lugar, de la falsa idea de que entre más límites normativos y controles a la libertad contractual habrá mayor eficiencia y eficacia en el ejercicio de la función de control¹⁶. Dos falsas ideas que —aunadas a la constante intromisión que por vía de la interpretación doctrinal realizan los organismos de control en la actividad contractual del Estado— impiden por completo el desarrollo eficiente de la contratación pública en Colombia.

I. LA INTERVENTORÍA Y LA SUPERVISIÓN COMO REFLEJO DE LA CONFUSIÓN REGULATORIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Fueron recientemente introducidas en el articulado del Estatuto Anticorrupción una serie de normas con relación a la interventoría y a la supervisión contractual¹⁷, las cuales, con apariencia novadora¹⁸,

15 Para un desarrollo más amplio de esta idea ver E. García de Enterría, *Democracia, ley e inmunidades del poder* (Palestra editores, Lima, 2004).

16 Sobre esta discusión ver, F. Boehm & J. G. Lambsdorff, *Corrupción y anticorrupción: Una perspectiva neo institucional*, 11 Revista de Economía Institucional, 45-72 (2009). M. A. V. Galván, *El combate a la corrupción en los trámites administrativos. Una aproximación Teórica*, 9 Gestión y Política Pública, 305-349 (2000).

17 Las “nuevas normas” en materia de supervisión contractual, fueron introducidas en los artículos 82-84 de la Ley 1474 de julio 12 de 2011.

18 Se sostiene que se trata de una simple “apariencia” novadora, por cuanto como se irá analizando a lo largo del presente escrito, del estudio de la evolución de las figuras de los contratos de interventoría y supervisión contractual, en particular, de las normas contenidas en esta materia en los decretos 150 de 1976 y 222 de 1983, pero también en la jurisprudencia, es posible afirmar que no existe prácticamente nada nuevo en las normas recientemente expedidas. En este sentido se puede consultar el estudio que sobre este contrato había realizado desde 1996

simplemente dejan más cuestionamientos que instrumentos que puedan contribuir a la transparencia en la contratación administrativa. En efecto, como se puede observar a partir de una simple lectura de los artículos 82 a 84 de la Ley 1474 de 2011, las normas referentes al seguimiento del cumplimiento de los obligaciones contractuales, es decir, al ejercicio de la función de control de la actividad contractual, más que abrir la puerta al desarrollo de disposiciones que pudieran aclarar situaciones complejas para los funcionarios públicos, lo que hacen es abrir puertas al desconcierto y sin duda alguna a la confusión. En otros términos, estos artículos son un claro ejemplo de la disfuncionalidad normativa de la cual se deriva la ineficiencia e ineficacia del actuar de la administración en el marco de la contratación pública.

En este sentido, el artículo 83 del estatuto es bastante demostrativo de lo que acabamos de afirmar. Esta norma, aunque de alguna manera es novedosa en cuanto a que consagra de manera explícita que todo contrato debe tener un interventor o un supervisor¹⁹, pone una vez más en duda la naturaleza jurídica de estas actividades y la forma como la entidad estatal debe proceder en la práctica para seleccionar el mecanismo de seguimiento de la actividad contractual.

En efecto, a pesar de que resulta positivo resaltar que este estatuto deja, por ejemplo, absolutamente claro que la interventoría solo puede ser externa²⁰, mientras que la supervisión puede ser interna o externa²¹, con lo cual se esperaría que se acabaran las supuestas “interventorías internas” tan de moda en nuestra administración, la realidad es que, en definitiva, del texto de la norma se infiere que la única diferencia entre la interventoría y la supervisión consiste en que para el primero se requieren conocimientos especializados,

Parra. Ver J. E. Parra, *El contrato de interventoría* (Temis, Bogotá, 1996).

19 Ley 1474 de 2011, artículo 83. “*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. (...)*”.

20 Ley 1474 del 2011, artículo 83: “(...) *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, (...)*” (el subrayado y las negrillas son nuestros).

21 Ley 1474 del 2011, artículo 83. “(...) *La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos (...)*” (el subrayado y las negrillas son nuestros).

mientras que para el segundo no se requieren dichos conocimientos especializados.

Lo anterior, por cuanto al definir la interventoría contractual, si bien se manifiesta en un principio que se encuentra circunscrita a la supervisión técnica, lo que la diferenciaría de la supervisión en tanto esta última corresponde a un seguimiento de todas las actividades contractuales (técnica, jurídica, financiera, administrativa y contable), en la misma norma; a su vez, se consagra que “(...) 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”²². De esto se desprende que entre la interventoría y la supervisión, desde la perspectiva de su definición legal, el único elemento que los diferencia es, como ya se afirmó, el de la mediación o no de necesidad de conocimientos especializados para la realización del seguimiento del contrato.

Una situación que, aunada al hecho de que de acuerdo con las normas que reglamentan la materia, mientras el procedimiento de selección adecuado para la contratación de consultores, es decir, entre otros, de interventores, es el concurso de méritos y excepcionalmente la mínima cuantía, para contratar a un supervisor externo el procedimiento de selección es la contratación directa — esto último, por cuanto la supervisión, de acuerdo con las normas consagradas en la Ley 1474 de 2011, debe ser considerada como un contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión— conlleva a que, de entrada, el funcionario público encargado de contratar se encuentre en la difícil situación de tener que escoger, sin contar con un claro criterio diferenciador de los contratos, el mecanismo pertinente de selección del tercero a quien se confiará el seguimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución de cada uno de los contratos que decida celebrar.

Si a lo que acabo de mencionar le sumamos el hecho de que, en concordancia con la parte considerativa del Decreto 4266 de 2010²³, la supervisión, como contrato de prestación de servicios

22 Ley 1474 de 2011, artículo 83.

23 El Decreto 4266 de 2010 fue derogado por el Decreto 734 de 2012. Sin embargo, la modificación introducida por el Decreto 4266 al artículo 82 del también derogado Decreto 2474 del 2008, referente a la causal de contratación directa consagrada en el literal h) numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 (Prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión), fue retomada sin

de apoyo a la gestión, tiene por objeto el realizar un seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato para el cual no se requieren conocimientos especializados, y dicho seguimiento corresponde a aquellas actividades operativas, logísticas o asistenciales, vinculadas a la realización de las tareas propias de la entidad, forzoso es concluir que la administración posee todo, menos instrumentos claros que le permitan diferenciar los dos contratos mencionados y sobre todo identificar los elementos que le permitan fijar criterios objetivos de selección según el objeto del contrato a suscribir. En otros términos, las normas en comento, reguladoras de la actividad contractual, ubican a la administración en una situación caracterizada por la falta de claridad y de transparencia, en tanto y en cuanto continúa enfrentando a las entidades estatales al dilema de determinar por ellos mismos la diferencia entre un contrato de prestación de servicios (supervisión) y uno de consultoría (interventoría). Es decir, ante la evidente dificultad de intentar determinar cuáles son aquellas actividades de seguimiento técnico, administrativo, financiero, jurídico y contable, que “no requieren de conocimientos especializados” que son catalogados como supervisión y aquellas actividades de seguimiento técnico, administrativo, financiero, jurídico y contable, que “sí requieren de conocimientos especializados” y que deben ser catalogados como interventoría. En definitiva, se da el dilema de determinar cómo se puede desarrollar y reconocer una actividad de control para la cual no se requieren conocimientos especializados, para poder proceder a la selección del contratista mediante el procedimiento de contratación directa sin incurrir en una violación de la norma.

De lo anterior se infiere que el objeto de la ley, en este punto, pareciera ser erradicar toda la actividad de supervisión contractual en contratistas interventores; en otros términos, acabar de un tajo el contrato de prestación de servicios de supervisión. Sin embargo, en lugar de proceder a realizar una reforma en ese sentido, que en la práctica sería lo adecuado en términos de regulación, lo que se

ningún cambio en el artículo 3.4.2.5.1 del Decreto 734 de 2012. Es decir, el artículo 3.4.2.5.1 del Decreto 734 de 2012 es exactamente el mismo artículo 82 del Decreto 2474 de 2008, el cual fue modificado por el Decreto 4266 de 2010. De lo anterior se puede lógicamente colegir que la parte considerativa del Decreto 4266 se encuentra vigente como fuente de interpretación de la citada causal de contratación directa.

hizo fue trasladar al funcionario la responsabilidad de proscribir el uso de la prestación de servicios, en la práctica, como instrumento contractual para desarrollar el seguimiento de los contratos. Esta afirmación la sustentamos en el hecho de que las entidades estatales, al advertir que, en la realidad práctica, la casi totalidad de las actividades de control de un contrato, para que esta sea efectiva, requiere de conocimiento especializado y que el mismo estatuto obliga a que en todo contrato que supere el monto de la mínima cuantía sea obligatorio justificar la no contratación de un interventor, se inclinarán hacia la realización de concursos de méritos para contratar interventores, en lugar de decidir contratar supervisores, para así evitar incurrir en actuaciones de las cuales se pueda derivar una sanción penal, disciplinaria o fiscal. Una situación absolutamente absurda que entrabará la agilidad de la actividad contractual, la hará más onerosa, haciendo aumentar exponencialmente la suscripción de contratos de consultoría-interventoría y que desafortunadamente ayudará a enriquecer a unos cuantos avivatos que entenderán rápidamente cómo funciona este jugoso negocio.

En este punto resulta importante, con el fin de acentuar y reafirmar nuestra posición sobre la regulación de la contratación administrativa, hacer énfasis en el hecho de que la consagración, ahora sí con estatus legal²⁴, del procedimiento de mínima cuantía, como excepción al concurso de méritos —en tanto procedimiento para la selección de consultores, es decir, entre otros, de los interventores— deja en evidencia la total falta de coherencia que caracteriza la producción legislativa en materia de contratación en Colombia²⁵.

Esta afirmación se confirma, entre otros, en la contradicción que el “nuevo” procedimiento de mínima cuantía presenta con relación al criterio de selección de la oferta más favorable para la entidad al seleccionar consultores, frente a las disposiciones que la Ley 1150

24 En este punto se pone de presente que el Gobierno Nacional intentó saldar su evidente error al no consagrar el procedimiento de mínima cuantía en la Ley 1150 de 2007, a través de excesos en el ejercicio del poder reglamentario y solo en el 2011 y violentando de manera evidente el principio de unidad legislativa introdujo, con rango legal, el procedimiento de mínima cuantía. Una consagración, por demás, inexplicablemente introducida de manera exacta en dos leyes distintas (Ley 1474 de 2011 y Ley 1450 de 2011).

25 Esta situación de “proliferación normativa indiscriminada” no es nueva, de hecho la misma ya era resaltada desde la expedición de la Ley 80 de 1993, tal y como lo deja en evidencia en sus análisis el profesor Luis Guillermo Dávila. Ver L. Dávila, *Régimen jurídico de la contratación estatal* (2ª ed., Legis, Bogotá, 2000).

de 2007 y todos los decretos reglamentarios de la misma —incluido el “nuevo” Decreto 734 de 2012— consagran.

En efecto, el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, de manera clara y sin ambages consagra que para la selección de consultores, “*el precio no será factor de selección*”; sin embargo, para todas aquellas consultorías cuyo monto no supere el 10% de la menor cuantía de la entidad, el procedimiento de selección será el de mínima cuantía, dentro del cual el único factor de selección es el precio. ¿De lo anterior se debe inferir entonces que los consultores seleccionados por mínima cuantía se escogerán en función *del monto* de sus ofertas y aquellos seleccionados por concurso de méritos se escogerán en función de *la calidad* de dichas ofertas? ¿Qué nos habrá querido decir “el legislador”? ¿Cómo se pretende que actúen los funcionarios públicos? ¿Cómo se controlará el ejercicio de esta actividad contractual de selección, si desde el mismo momento en que la entidad debe decidir cómo contratar a aquel que deberá realizar el seguimiento al cumplimiento de las obligaciones de un contrato, la ley nubla completamente su entendimiento?

Los anteriores cuestionamientos simplemente constituyen una muestra de la manera en que las normas de contratación pública en Colombia no contribuyen al ejercicio transparente y eficaz de la actividad contractual, sino por el contrario contribuyen a confundir a los funcionarios públicos, a la hora, inclusive, de seleccionar a aquellos en quienes delegará su obligación de controlar la actividad contractual. Sin embargo, lo más grave no está allí, sino en el hecho de que a pesar de lo que muestra la realidad y de las “lúcidas” interpretaciones, no vinculantes en teoría, pero sí en la práctica, de los organismos de control sobre el rol de interventores y supervisores, se insiste en continuar fortaleciendo la tendencia a la externalización del seguimiento al cumplimiento de las obligaciones contractuales, en lugar de fortalecer los mecanismos internos de gestión contractual por la vía de la ampliación de las plantas de personal y de la vinculación de personal altamente especializado para dichas tareas. Una tendencia a la externalización que se quiere presentar como “controlada” a través de la supuesta consagración de normas que comprometerían de manera más directa y grave la responsabilidad de supervisores e interventores.

II. LA RESPONSABILIDAD DE INTERVENTORES Y SUPERVISORES COMO REFLEJO DE LA CONFUSIÓN REGULATORIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Sumado a la ineficiencia e ineficacia por parte de los contratistas y de los funcionarios encargados de hacer seguimiento al cumplimiento de las obligaciones contractuales —dejada en evidencia por los múltiples escándalos de corrupción— un interesante estudio sobre la interventoría de obras recientemente desarrollado y publicado por economistas de la Universidad Javeriana²⁶ nos reafirma en nuestra convicción de que la tercerización de la función de control no es más que una contribución al caos de la contratación en Colombia.

En el mencionado estudio, a pesar de no compartir la totalidad de las conclusiones propuestas —por considerar que la solución al ejercicio de la función de control no es la de ahondar en la tercerización imponiendo un régimen más rígido de responsabilidad a interventores y supervisores externos como lo proponen “intuitivamente” los profesores javerianos²⁷ y como parece haberlo entendido el legislador en el estatuto anticorrupción—, los autores dejan en evidencia que hoy “(...) *el papel de los interventores en la contratación pública colombiana (...)*”, no solo “*es irrelevante para construir buenas obras públicas*”²⁸, sino que adicionalmente es totalmente ineficiente, en nuestro concepto, por la falta de normas rígidas en materia de responsabilidad de interventores y supervisores, así como por la inaplicación de preceptos previamente establecidos que, nos parece, no necesitaban de desarrollo legal.

En el estudio realizado por los profesores javerianos, como en el realizado hace ya más de diez años por Urdaneta²⁹, se deja en evidencia la muy baja calidad de las interventorías como mecanis-

26 Yuri Gorbaneff, Juan Manuel González & Leonardo Barón, *¿Para qué sirve la interventoría de las obras públicas en Colombia?*, 13 *Revista de Economía Institucional*, No. 24, 413-428 (primer semestre del 2011).

27 Manifiestan en sus conclusiones los profesores javerianos lo siguiente: “¿Cuál es la solución? A corto plazo, se podría sugerir que los interventores se hagan responsables solidarios de las obras, junto con los constructores. Esta sugerencia, atractiva intuitivamente, requiere un análisis jurídico y económico porque puede reforzar los vínculos entre constructores e interventores e ir en contra del espíritu de las leyes y decretos vigentes”. *Ibidem*, 427.

28 *Ibidem*, 414.

29 G. Urdaneta, *Interventoría de la obra pública* (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1998).

mo tercerizado de control. Una conclusión que, sin duda, puede ser extendida a la supervisión contractual, la cual, como bien lo ha dejado en evidencia el legislador, en la consagración de las normas referentes a estos contratos en la Ley 1474 de 2011, es considerada como un mecanismo asimilable a la interventoría³⁰.

Sin embargo, a pesar del panorama desolador que ha dejado la ineficiencia del ejercicio de sus obligaciones contractuales por parte de interventores y supervisores, el “legislador” insiste en ahondar la tendencia a la tercerización, introduciendo normas “supuestamente” novadoras referentes a la responsabilidad de estos contratistas. Normas que pretendiendo surgir como salvadoras de estos tipos contractuales, por no constituir una copia-resumen de lo ya desarrollado jurisprudencialmente de manera clara por parte de la honorable Corte Constitucional, no puede esperarse que se traduzcan en mecanismos de garantía del cumplimiento de las obligaciones contractuales, tanto del contrato cuyo seguimiento se realiza, como de los contratos de supervisión o interventoría suscritos para dicho fin.

A lo anterior podría argumentarse que la introducción en el estatuto anticorrupción de normas referentes a la responsabilidad fiscal y disciplinaria de supervisores e interventores compensará o evitará la situación de corrupción y caos en la contratación resultante del inadecuado ejercicio de la función de control. Sin embargo, se insiste, en materia de responsabilidad de interventores

30 En la Ley 1474 de 2011 se observa que la actividad de supervisión e interventoría son asimilables, cuando al hacer referencia a sus obligaciones y deberes, se establece una norma común para los dos (art.84). “ARTÍCULO 84. 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 [sic, es 2002] quedará así:

No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento (...).

y supervisores no hay verdaderas novedades en la Ley 1474 de 2011. De hecho, el estatuto se limitó a hacer algunos ajustes menores y a consagrar en la ley lo que la honorable Corte Constitucional ya había establecido en cuanto al ejercicio de funciones públicas por los particulares en la Sentencia C-037 de 2002. De ello se infiere que no es la falta de rigidez en la responsabilidad imputable a supervisores e interventores la causante de la ineficiencia del ejercicio de este control contractual delegado en terceros externos a la entidad, sino la manera misma en que se desarrolla dicho control y la maraña de normas en que se fundamenta la contratación en Colombia.

En efecto, lo que se presenta como la “gran innovación” en materia de responsabilidad de los contratistas interventores y supervisores no es más que la refrendación de lo ya consagrado en el artículo 53 del Código Disciplinario Único y de lo que por vía de la jurisprudencia vinculante en materia de responsabilidad de particulares se encontraba vigente desde el 2003. En efecto, en el artículo 53 del CDU, no solo se consagró la responsabilidad disciplinaria de los interventores, sino que adicionalmente se consagró como sujetos disciplinables a todos aquellos particulares que desempeñaran funciones públicas, lo que en definitiva, de acuerdo con la interpretación dada por la honorable Corte Constitucional, implicaba que desde aquella fecha tanto interventores como supervisores eran sujetos de responsabilidad disciplinaria por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de sus contratos, resaltando entre ellas, evidentemente, la de garantizar la calidad de los bienes y servicios entregados por el contratista sujeto a seguimiento por parte del supervisor o el interventor. A este propósito en la Sentencia C-037 de 2003 sostuvo la Corte Constitucional que:

(...) [P]ara la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios. Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública.

Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime

necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con el [sic] se persiguen, implica la protección de esos recursos. Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria³¹.

Del texto transcrito se infiere con suma facilidad que la responsabilidad disciplinaria del interventor y la del supervisor, entendiendo que supervisor e interventor desarrollan materialmente actividades de función pública, estaba previamente establecida desde el 2002. Se podría argumentar que lo anterior, si bien estaba expresamente consagrado para los interventores, existían dudas con respecto a los supervisores; sin embargo esta afirmación carece de fundamento en la medida en que sobre la base de los criterios propuestos por la Corte Constitucional para considerar a la interventoría como una actividad de función pública, se podía sin ambages considerar que la supervisión también era, a su vez, desde entonces considerada como actividad de función pública. En lo referente a la responsabilidad fiscal, la situación es en la práctica la misma que acabamos de resaltar para el campo de la responsabilidad disciplinaria. Lo anterior, por cuanto el artículo primero de la Ley 610 de 2000 ya contemplaba claramente la responsabilidad de los particulares en materia fiscal, si estos podían ser los causantes de un detrimento patrimonial para el Estado.

31 Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003.

Sin embargo, el objeto del presente escrito en este punto no es el de realizar un análisis exhaustivo de la responsabilidad de supervisores e interventores, sino el poner de presente que las normas que regulan la materia, en lugar de aportar elementos novadores, se concentran en insistir en la comisión de errores ya ampliamente identificados, con el pretexto de que la simple consagración normativa le permitirá dar un giro a las prácticas de corrupción ampliamente difundidas en el marco de la contratación pública. Lo que significa no aceptar que es precisamente la amplia confusión creada por la inconsecuente y persistente expedición de normas de contratación en todas las direcciones la que induce a error a los funcionarios y la que crea espacios para que en lugar de disminuir aumenten los niveles de corrupción. En otros términos, es la legislación confusa la que crea los espacios para que el funcionario no pueda contratar adecuadamente, o se sienta simplemente caminando por “un campo minado” y que los espacios de corrupción aumenten. De hecho, en este punto creemos que es posible afirmar que la dificultad primordial en el control y seguimiento de las obligaciones contractuales está en la imposibilidad misma para el funcionario de identificar cuál es el alcance de las normas que rigen la contratación pública en Colombia y no en la ausencia de normas rígidas de responsabilidad.

CONCLUSIÓN

A manera de conclusión, se puede afirmar que el fracaso de las tentativas por reformar a cuentagotas y con absoluto irrespeto por el principio de unidad y coherencia legislativa redundan en un inadecuado ejercicio de la actividad contractual y en un correlativo e imposible ejercicio de una actividad seria y coherente de control contractual, que permita no solo reducir los niveles de corrupción, sino, particularmente, generar eficiencia en los mecanismos de contratación pública. En este sentido, resultará muy interesante analizar los futuros estudios que sobre la eficiencia de la Ley 1474 de 2011 se realicen en lo referente a las normas de contratación pública.

BIBLIOGRAFÍA

- A. Brewer-Carias, *Principios fundamentales del Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (2005).
- E. García de Enterría, *Democracia, ley e inmunidades del poder*, Palestra Editores, Lima (2004).
- F. Boehm & J.G. Lambsdorff, *Corrupción y anticorrupción: Una perspectiva neo institucional*, 11 *Revista de Economía Institucional*, 45-72 (2009).
- G. Urdaneta, *Interventoría de la obra pública*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (1998).
- J. Rincón Salcedo, *La eficiencia y la eficacia en el contrato de interventoría*, Abeledo Perrot – Universidad Javeriana, Bogotá (2011).
- J.A. Palacio, *Reflexiones de derecho administrativo para un Estado Social de Derecho*, Doctrina y Ley, Bogotá (2005).
- J.C. Cassagne, *Derecho Administrativo*, Pontificia Universidad Javeriana – Abeledo Perrot, Bogotá (2009).
- J.C. Moncada, *El reglamento como fuente de derecho en Colombia*, Temis, Bogotá (2007).
- J.E. Parra, *El contrato de interventoría*, Temis, Bogotá (1996).
- L. Dávila, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 2ª ed., Legis, Bogotá (2000).
- M. Rufferte, *La transformation du droit administratif en Europe*, Sellier European Law Publishers, London (2007).
- M.A.V. Galván, *El combate a la corrupción en los trámites administrativos. Una aproximación teórica*, 9 *Gestión y Política Pública*, 305-349 (2000).
- M.R. Molano, *La nueva estructura de los procesos selectivos en la contratación estatal análisis integral y actualizada*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá (2009).
- P. Nevado-Batalla, *Legalidad y buena administración*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (2009).
- P. Rosanvaillon, *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Paidós, Madrid (2010).
- Rivero Ortega, *Instituciones administrativas desarrollo y control de la corrupción. El caso colombiano*, Unión Iberoamericana de Municipalistas, Granada (2006).
- S. Cassese, *La globalización jurídica*, Marcial Pons, Madrid (2005).
- T. Mukai, *Licitacoes e contratos públicos*, Saraiva, São Paulo (2009).

