

SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA: COMPETENCIAS, OBLIGACIONES Y PAGO CON RECURSOS DEL CONTRATISTA¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. Actualmente, el legislador dispone de dos modalidades de seguimiento a la ejecución de los contratos estatales: la supervisión, que se ejerce directamente por la entidad y sus servidores públicos; y la interventoría, que supone la contratación de un tercero ajeno con conocimientos técnicos especializados. Tanto supervisores como interventores tienen un rol activo en la ejecución y liquidación de los contratos, una multiplicidad de actividades y facultades que se han consolidado en la *praxis* más que en el ordenamiento. El texto indaga por sus funciones, su fundamento jurídico y el límite a estas. A su vez, problematiza brevemente el pago de la interventoría con recursos del contratista.

Introducción

La vigilancia sobre la ejecución de los contratos es una actividad inherente a su celebración en el sector público y privado. Se trata de una conducta lógica de protección de intereses que, en el mercado de los particulares se traduce en la consecución del ánimo de lucro, mientras que en la contratación estatal se sustenta en un valor o principio aún más importante: el interés general. Actualmente, el Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– investiga las modalidades de seguimiento a la ejecución de los contratos, es decir, la supervisión y la interventoría, en los términos que dispuso la Ley 1474 de 2011, comúnmente denominada *Estatuto Anticorrupción*.

El control y la verificación en el cumplimiento de los contratos no es una novedad legislativa; sin embargo, brilla por su ausencia una regulación amplia y suficiente, que especifique con claridad las funciones, las actividades y las facultades propias de cada modalidad, así como los límites a la participación de los supervisores e interventores en la planeación, ejecución y liquidación de los contratos. El texto se ocupa de estos asuntos, con el ánimo de esquematizar,

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 8 de julio de 2023, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Fabián G. Marín Cortés, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: Interventoría y supervisión, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Sebastián Ramírez Grisales, texto que pertenecerá a la Serie: Cláusulas del Contrato Estatal.

² Auxiliar de Investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel IV, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

sucintamente, el alcance que las normas, la jurisprudencia y la *praxis* le han asignado al rol de quienes vigilan el cumplimiento de las obligaciones.

Se advierte que si bien se hace uso indistinto de expresiones como «función», «competencia», «facultad», «actividad» o «atributo», deben diferenciarse subjetivamente las modalidades de seguimiento en cuanto al uso de estos términos. Como se trató en sesiones anteriores, la supervisión la ejercen servidores públicos de la entidad estatal y, en esa medida, se adecúan a la lógica de la *competencia* o las *facultades*; mientras que los interventores son consultores externos que ejercen la vigilancia en cumplimiento de un contrato independiente, de modo que sus labores se equiparan al *cumplimiento de obligaciones*. A partir de lo anterior, se propone un análisis funcional u objetivo respecto a la naturaleza de las actividades de cada rol.

Por otra parte, circunscrito al ámbito de la interventoría, se analiza la posibilidad de que este contrato se pague con recursos del contratista. Este asunto es de especial relevancia considerando su adopción en el transcurso de los negocios estatales sin un examen profundo sobre su validez como cláusula de pago en los contratos. Se estudia la teleología que subyace a esta práctica, los eventuales límites presupuestales y la forma en que se realiza. No obstante, no supone un análisis profundo sobre la determinación del precio en el contratos de interventoría, tópico que bien podría incluir un gran cúmulo de temas adicionales.

1. Perspectiva funcional de la supervisión y la interventoría

El artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 dispuso que la supervisión es una modalidad de seguimiento integral de los contratos, pues comprende los componentes técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico de la ejecución del contrato. por el contrario, el legislador previó que la interventoría consiste en una vigilancia eminentemente técnica. Sin embargo, no es una regla absoluta, pues se excepcionó en los siguientes términos: «[...] 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». Lo que en principio es una diferencia fundamental se desdibuja ante la excepción legislativa. De este modo, parece que no existe una diferencia funcional entre ambas modalidades respecto del objeto de control y seguimiento, pues la supervisión es integral, y la interventoría también puede serlo en ejercicio de una facultad discrecional.

Ahora bien, el inciso cuarto de la norma evitó la confusión entre las funciones del supervisor y del interventor, en caso de concurrencia, pues, aunque admite la fragmentación de la vigilancia del contrato entre ambos sujetos, demanda que se delimiten las tareas del interventor en el contrato de consultoría, asumiendo

que todo lo demás se encuentra a cargo de la supervisión³. En pocas palabras, el artículo 83 exige cinco tipos de seguimiento: técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico; y cuando procede la supervisión incluye todos los componentes. Cuando se requiere interventoría, esta comprende exclusivamente el seguimiento técnico, los demás aspectos los asume la supervisión, escenario que suscita la precisión clara de tareas en el contrato de consultoría. Finalmente, si la entidad lo considera necesario y conveniente, la interventoría puede realizarse sobre los cinco elementos, prescindiendo de la supervisión. En ningún caso la concurrencia del supervisor e interventor puede duplicar las labores.

Sobre el carácter *técnico* de la interventoría, este aspecto puede contener multiplicidad de asuntos, y si la entidad cuenta con la capacidad operativa y la cualificación necesaria de los servidores, puede fragmentar el seguimiento de este componente entre objetos a cargo del supervisor y a cargo del interventor. Por ejemplo, si en un contrato de obra el componente técnico se subdivide en arquitectura, ingeniería civil e ingeniería eléctrica, y la entidad cuenta con profesionales destacados en las dos primeras áreas, no en la última, podría contratar un interventor exclusivamente para vigilar la ejecución en lo relacionado con la parte eléctrica.

1.1. Seguimientos

La Ley 1474 exige el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico del contrato, pero no indica qué actividades incluyen estas categorías. Colombia Compra Eficiente –CCE– propone que la vigilancia técnica implica la vigilancia y aprobación de las condiciones para el inicio de la ejecución del contrato, las condiciones de idoneidad del personal o equipo ofrecido, el estudio de los requerimientos de carácter técnico y la propuesta de hacer efectiva la garantía de cumplimiento, cuando sea necesario⁴. Podemos decir que el seguimiento técnico verifica que los bienes o servicios se ejecuten de acuerdo con las especificaciones técnicas de cantidad, calidad y oportunidad establecidas en los documentos precontractuales, en el pliego de condiciones y en el clausulado contractual. Según se trate del objeto del contrato y del área del conocimiento implicada, es posible que existan normas técnicas o de calidad aplicables, de carácter específico, que también se integran a este componente. Por ejemplo, el artículo 6.1.2.1 del Decreto 2090 de 1989 –que perdió vigencia con la expedición de la Ley 80 de 1993– disponía

³ El inciso cuarto del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 dispone: «Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor».

⁴ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado. G-EFSICE-01.

que la interventoría técnica «[...] se encamina a velar por el correcto desarrollo de los planos y por el cumplimiento de las normas de calidad, seguridad y economía adecuadas a la obra. En cumplimiento de sus funciones el interventor exigirá al constructor cuando sea necesario, la realización de ensayos y pruebas. De todos los trabajos autorizados el interventor deberá dejar constancia escrita»⁵.

Nótese que la norma aplicable a la arquitectura hace énfasis en el seguimiento fidedigno de los *planos*. No es posible agotar *a priori* las labores de seguimiento técnico, pero conceptualmente se asocian a: *i)* la calidad de los insumos o la cualificación del personal exigida; *ii)* la verificación de las condiciones del sitio en el caso de contratos de obra; *iii)* las mediciones, pruebas o exámenes técnicos periódicos; *iv)* el cumplimiento de normas de calidad; *v)* el seguimiento del cronograma; *vi)* ordenar la remoción o reemplazo de lo que se ejecute indebidamente; y *vii)* la elaboración de actas, informes periódicos y alertas relacionadas con los puntos anteriores.

Sobre la vigilancia administrativa, está comúnmente asociada a otros seguimientos. Verbigracia, Jiménez Moriones estudia la interventoría financiera y administrativa en conjunto, y agrega elementos que bien podrían calificarse como seguimiento jurídico. Considera que corresponde a la verificación de la administración y uso de los recursos financieros como, por ejemplo, el anticipo; al igual que el cumplimiento de deberes legales como el pago de aportes de la seguridad social, parafiscales, impuestos, expedición de licencias, entre otros⁶. CCE formula una confusión similar, pues asume que la observación de normas ambientales y la publicidad de los documentos del contrato en SECOP integran el seguimiento administrativo, asuntos que bien podría calificarse como seguimiento jurídico⁷. Al respecto, entendemos que el seguimiento administrativo se relaciona con la *coordinación interna*, de modo que incluye labores de comunicación entre la entidad contratante y el contratista, la elaboración de un expediente contractual acorde con normas de archivo y el apoyo a las gestiones internas que garanticen el cumplimiento del contrato por parte de la entidad estatal. Se trata de todo lo relacionado con la autogestión para la ejecución y vigilancia del contrato.

Entre los seguimientos más complejos de diferenciar están el financiero y contable. Es común que las entidades estatales expidan manuales de interventoría y supervisión donde hacen uso de estos términos, indistintamente. La Real Academia Española define lo *financiero* como aquello «Pertenciente o relativo a la Hacienda pública, a las cuestiones bancarias y bursátiles o a los grandes negocios

⁵ Este Decreto se expidió en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 39 del Decreto Ley 222 de 1983, el cual fue derogado por la Ley 80 de 1993, operando el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria o *decaimiento*.

⁶ JIMÉNEZ MORIONES, Manuel Fulgencio. *Interventoría de proyectos públicos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007. p. 93.

⁷ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA — COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. *Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado*. G-EFSICE-01.

mercantiles»⁸ y lo *contable* como «Perteneiente o relativo a la contabilidad»⁹. Asu vez, define la contabilidad como el «Sistema adoptado para llevar la cuenta y razón en las oficinas públicas y particulares»¹⁰. Sin lugar a duda, los conocimientos en el área de finanzas y contabilidad logran diferenciarse, son disimiles; no obstante, no se reprocha la equiparación entre estas respecto del seguimiento del contrato. Por el contrario, el seguimiento financiero y contable comprende la revisión y autorización de documentos para pago¹¹, la elaboración de un balance presupuestal, la vigilancia en la administración de los anticipos¹², la verificación de certificados y registros presupuestales, y la coordinación de la liquidación del contrato. Pese a que el legislador los diferenció en el artículo 83 de la Ley 1474, una interpretación teleológica permite concluir que ambos seguimientos se refieren a la forma cómo se ejecutan los recursos durante el cumplimiento del contrato.

Por su parte, el seguimiento jurídico corresponde a la verificación del cumplimiento de los deberes legales a cargo del contratista, como el pago de la seguridad social de los empleados, parafiscales, impuestos, el cumplimiento de las normas urbanísticas y ambientales, el control sobre la vigencia de las garantías, entre otros. También se ha propuesto que la proyección de documentos de ejecución, como el acta de inicio, de finalización y de liquidación, se incluyen en este tipo de funciones. A su vez, se asocia con el informe y levantamiento de alertas sobre la necesidad de imponer multas, modificar el contrato, suspenderlo, hacer efectivas las pólizas y, en general, asesorar la entidad contratante en la toma de decisiones, considerando la información disponible sobre la ejecución y las eventuales dificultades.

Los cinco seguimientos se logran por medio de actividades transversales, como la elaboración de actas, asistencia a reuniones, comités de obra, solicitud de información, pruebas técnicas, requerimientos, monitoreo de riesgos y presencia en el sitio donde se ejecuta el contrato. La preocupación por estos *ítems* durante la ejecución de los contratos no es una cuestión moderna, la doctrina clásica argentina definió, desde los años ochenta, que la dirección y el control de las obras públicas comprende cuatro aspectos: material, técnico, financiero y legal. En palabras de Escola:

«[...] esa potestad de dirección y control abarca cuatro aspectos o fases diferentes de la actividad del cocontratante particular, a saber: un

⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Financiero [En línea]. Recuperado de: <https://dle.rae.es/financiero>

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Contable [En línea]. Recuperado de: <https://dle.rae.es/contable>

¹⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Contabilidad [En línea]. Recuperado de: <https://dle.rae.es/contabilidad>

¹¹ En la práctica, esta función se relaciona con la verificación del plan de pagos en relación con la entrega periódica de productos o la prestación de servicios.

¹² Esta obligación se traduce en verificar que los gastos se ajusten al plan de inversión del anticipo.

aspecto *material*, para determinar si ejecuta debidamente el contrato; un aspecto *técnico*, que tiende a precisar si esa ejecución se lleva a cabo con todos los requisitos de ese tipo que deban observarse; un aspecto *financiero*, en el cual se verifica el respeto de las inversiones, la formalización de las adquisiciones y acopios, etc; y un aspecto *legal* en el cual se determina si se respetan las condiciones jurídicas impuestas por el contrato, el ejercicio de ciertos poderes otorgado al cocontratante, etc.» (énfasis fuera de texto)¹³.

Si bien el autor se refirió exclusivamente a contratos de obra, las variables objeto de seguimiento no han mutado significativamente en muchos años, y se trata de criterios análogos en varias legislaciones, de allí que no vale la pena cuestionar si la Ley 1474 debió referirse a otros seguimientos más específicos, como sería, verbigracia, el «ambiental». Cualquier componente del contrato objeto de revisión es posible clasificarlo en una de estas categorías. En cualquier caso, lo más importante es distinguir entre el seguimiento técnico y los demás, especialmente para afrontar escenarios de concurrencia entre supervisor e interventor.

1.2. Facultades y límites

Descritos los tipos de seguimiento inherentes a la supervisión y la interventoría que prescribe la Ley 1474 de 2011, es preciso preguntarse por las facultades de quienes ejercen este rol y, especialmente, sus límites¹⁴. En primer lugar, el origen de estas facultades puede ser la ley, el reglamento o el contrato. El artículo 84 *ejusdem* dispone que están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y que serán responsables de mantener informada a la entidad de posibles actos de corrupción o circunstancias que pongan en riesgo la adecuada ejecución del contrato, así como la consolidación de incumplimientos. Por otra parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 previó, en el numeral segundo, que ninguna orden o sugerencia del interventor de obra puede ser verbal ni exceder los términos del contrato, a lo que

¹³ ESCOLA, Jorge Héctor. Tratado Integral de los contratos administrativos. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. p. 235-236.

¹⁴ La lectura de Escola expone una concepción antigua de la vigilancia de los contratos en Argentina como una facultad excepcional. De allí que las órdenes del «inspector de obra» eran denominadas «órdenes de servicio» y daban cuenta del modo, forma y circunstancia como se debían llevar a cabo los trabajos, estas eran de obligatoria observancia por los contratistas. En sus términos: «[...] en todos los contratos administrativos la administración pública tiene fuertes facultades de dirección y control sobre la forma y modo como el cocontratante particular cumple las obligaciones a su cargo.

»Estas facultades de dirección y control, que son exorbitantes del derecho privado, constituyen una potestad que es inherente a la administración pública, ya que, si ésta es verdaderamente tal, si debe regir y regular, si debe organizar y ejecutar, es necesario que pueda imponer sus decisiones, dictar normas y disposiciones, fijar criterios y métodos, y todo lo que sea atinente al mejor desenvolvimiento y al logro de las finalidades que debe alcanzar» (Ibid.).

subyace una competencia para expedir dichas órdenes. En síntesis, la ley autoriza a los supervisores e interventores para solicitar informes de ejecución, emitir órdenes y sugerir actuaciones. No obstante, estas facultades continúan en un alto nivel de abstracción respecto de lo que comúnmente supone esta labor en la práctica, considerando, además, el importantísimo rol de «representantes» de la entidad en la ejecución del contrato, que la jurisprudencia ha reconocido.

El reglamento puede precisar de mejor manera estas funciones; sin embargo, no lo ha hecho en los términos del artículo 189 *superior*, es decir, en desarrollo de los preceptos legales referenciados, sino que encuentra por lo menos dos manifestaciones diferentes: *por un lado*, las entidades estatales suelen expedir «manuales de supervisión e interventoría» donde precisan los deberes a cargo de estos sujetos y su participación en cada etapa del contrato. Se trata de regulaciones polémicas porque, eventualmente, asignan competencias u obligaciones que no están concebidas en la naturaleza del concepto de supervisión o de interventoría. *Por otro lado* están los pliegos de condiciones, documentos que son un reglamento durante el proceso de selección, pero se transforman en clausulado contractual una vez se suscribe el contrato. Son un límite o fuente de atribuciones insignia, pues desde la participación en el proceso el contratista asume que la interventoría debe cumplir con lo allí descrito, al igual que el consultor que accede a contratar para cumplir este rol.

Por otra parte, en el caso de los interventores, el contrato es fuente de obligaciones —actividades o funciones— que estos deben cumplir a riesgo de incurrir en el supuesto del artículo 53 de la Ley 80 de 1993, según el cual «[...] 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 [...]». De allí que, idealmente, el contrato de interventoría debe redactarse de forma precisa y descriptiva, ubicando con especificidad las atribuciones y deberes del consultor.

En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que existen actividades de la naturaleza del contrato de interventoría, como el control y la vigilancia a la ejecución; no obstante, las que exceden labores de fiscalización del contrato o aquellas sobre las cuales exista duda, deben ser pactadas de manera expresa y son válidas con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad¹⁵. Incluso, la Corporación ha reconocido que las obligaciones del

¹⁵ En términos de la Corporación: «[...] hace parte de la naturaleza del contrato que el interventor controle, supervise, vigile, fiscalice las obras, pero no que elabore presupuestos, cantidades y especificaciones técnicas, razón por la cual, desde una perspectiva de lo que es natural al contrato, un interventor no está obligado a cumplir con tales actividades, salvo que dentro del clausulado correspondiente, en el caso sometido al análisis de la Sala, hubiera asumido esa obligación de manera expresa, dado que la autonomía de las partes —como fundamento básico de la contratación de acuerdo con los artículos 1602 del Código Civil y 32 de la Ley 80 de 1993, entre otros— permite que los

interventor pueden incluirse en el contrato vigilado y no en el de consultoría, sin perjuicio de que este no sea parte y haya prestado su voluntad en el acuerdo, con fundamento en la *coligación negocial*. Así lo consideró la Sección:

«Estas obligaciones *se atribuyen al interventor aun cuando consten en un contrato del cual no es parte, pues la doctrina en casos como el presente, bajo la denominación de coligación negocial* ha explicado la interdependencia que entre dos contratos se establece, la cual puede ser voluntaria, cuando específicamente se ha hecho depender un contrato del otro por la común intención expresa de las partes, o funcional, cuando resulta de la unidad de la función perseguida, es decir, cuando las diferentes relaciones contractuales tienden a realizar un fin práctico único, de acuerdo con el significado objetivo de la operación social y económica. Los efectos que la coligación origina no obedecen a prescripciones legales específicas de los tipos contractuales, sino a la interpretación de la común intención de contratantes y de la función práctica del negocio» (énfasis fuera de texto)¹⁶.

Luego de esta breve reconstrucción, se concluye que la Ley no determina con especificidad las funciones, actividades u obligaciones de los supervisores y los interventores. Este vacío puede suplirse en cada caso concreto con disposiciones reglamentarias en un manual de supervisión e interventoría, el pliego de condiciones –que a su vez es clausulado contractual– y los acuerdos expresos en el contrato. Sin embargo, esto no resuelve cuestionamientos clave que subyacen a la discusión ¿cuáles son las funciones o atribuciones de la naturaleza de la supervisión y la interventoría? ¿qué pueden y qué no pueden hacer de acuerdo con la noción?

Se sostiene que los supervisores e interventores son representantes de la entidad en la ejecución del contrato y, en principio, pueden hacer todo lo que esta podría. Sin embargo, estos sujetos no pueden reemplazar a los representantes legales o jefes de la entidad en el ejercicio de sus competencias que, finalmente, se traducen en la manifestación de la voluntad de la Administración. Descendiendo esta idea que se propone como *límite* a ejemplos concretos, los supervisores e interventores pueden suscribir el acta de inicio, actas de pago, actas de suspensión, actas de recibo, actas de terminación de trabajos, participar de la liquidación del contrato, entre otros; pero les está vedado modificar las especificaciones del contrato, ampliarlo, adicionarlo, acordar precios sobre ítems nuevos, entre otros.

En síntesis, tienen una participación significativa, pero no están autorizados para exteriorizar la voluntad contractual de la entidad, asunto reservado a los jefes o representantes legales. Piénsese, dos ejemplos problemáticos: la imposición de

particulares y el Estado acuerden libremente sus obligaciones y derechos, en tanto que con ello no se afecte el orden público» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Exp. 24.266. M.P. Danilo Rojas Betancourth).

¹⁶ Ibid.

sanciones y la firma del acta de liquidación. En el primer caso, quien debe advertir sobre los supuestos de incumplimiento y constituir las pruebas que posteriormente darán sustento y motivación al acto administrativo es el supervisor o interventor. No obstante, se trata de una competencia exclusiva del jefe o representante de la entidad como vocero de su voluntad. La misma lógica se traslada a la liquidación del contrato. Si bien quienes vigilan tienen toda la información y disponen del estado actual de la ejecución del contrato de primera mano, la suscripción del «cierre de cuentas» corresponde a la entidad directamente, como parte del contrato, por lo tanto, le corresponde a quien ejerce por ella la capacidad contractual. Esto no implica que por ningún motivo puedan suscribir este tipo de documentos, solo que lo hacen para dar cuenta de su acompañamiento y participación, pero no en representación de la entidad contratante.

2. Pago de la interventoría con recursos del contratista

En algunos contratos es recurrente que se acuerde que la interventoría será pagada con recursos del contratista. Esta práctica se admite sin mayores consideraciones; no obstante, es pertinente estudiar su posibilidad jurídica. Primero hay que considerar los móviles para acordar esta forma de pago. Se trata una solución conveniente para cubrir el costo en contratos de concesión, aquellos donde el Estado concede la prestación, operación, explotación, organización o gestión de un servicio público, construcción u obra, para que sea el particular quien la ejecute en favor de la comunidad y a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos tarifas o tasas. El ejemplo típico es la construcción de una vía a cambio de la posibilidad de instalar un peaje. Se satisface el interés general con el mejoramiento de la infraestructura de transporte y se atiende el ánimo de lucro privado con la cuantiosa contribución de aquellos ciudadanos que hagan uso o se beneficien de la obra. Tratándose de contratos con un elevado precio y un objeto complejo, la interventoría también tiene un precio elevado, el cual la entidad prefiere diferir en lo dejado de percibir que en lo dispuesto a erogar. De allí que sea absolutamente conveniente acordar el pago de la interventoría con recursos del contratista, pues este es quien tiene un mayor flujo de caja en atención a la explotación del peaje.

El Consejo de Estado ha sostenido es una modalidad de pago admisible en atención al principio de la autonomía de la voluntad¹⁷. Asimismo, Colombia

¹⁷ La Corporación admitió esta posibilidad en los siguientes términos: «[...] pues las partes pueden pactar diferentes mecanismos de remuneración del interventor y ello incluye la posibilidad de que los recursos provengan de recursos del contratista. Lo anterior no implica que los deberes del interventor como persona independiente de las partes del contrato dejen de existir. Es preciso añadir que, si se siguiera la línea de pensamiento del apelante, los pagos del interventor tampoco podrían venir de la entidad contratante, pues tal conducta sería contraria a la independencia en relación con la entidad; otro argumento para negar las pretensiones» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de abril de 2021. Exp. 52.085. M.P. Alberto Montaña Plata).

Compra Eficiente comparte esta posición, con fundamento en los artículos 1530, 1531, 1532 y 1534 del Código Civil¹⁸. Este argumento es válido, pero no el único. Si bien las partes son libres para proponer y acordar múltiples formas de pago, también es cierto que existen múltiples formas de extinguir las obligaciones. De allí que Karl Larenz considera que la prestación hecha en favor de un tercero libera al deudor de su obligación en tres escenarios, dos de ellos aplicables al caso que se estudia: cuando el acreedor está dispuesto a recibir el pago de un tercero distinto al deudor y cuando el tercero posee un *título jurídico* en virtud del cual la ley habilita el pago al acreedor por parte del tercero¹⁹. Son supuestos aplicables pues la inclusión de una cláusula determinando la forma de pago con recursos del contratista configura exactamente el primer escenario, y en el segundo el título jurídico es la calidad de contratista vigilado el que permite que pague y extinga la obligación en favor de la entidad.

En cuanto a los límites presupuestales que ponen en duda esta forma de pago, el numeral 6 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone que, en virtud del principio de economía, las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales. En consecuencia, los numerales 13 y 14 prescriben que las autoridades tienen el deber de constituir las reservas y compromisos presupuestales que sean necesarios y, además, que deben incluir en el presupuesto anual una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos o alteraciones que se ocasionen durante la ejecución de los contratos celebrados, respectivamente. En otras palabras, la celebración de cada contrato supone la expedición de un certificado de disponibilidad presupuestal. Este requisito se escapa a la lógica del mercado en contratos como el de concesión, donde la entidad no debe acreditar que posee los recursos para pagar las obligaciones derivadas del contrato, sino que prefiere dejar de percibir las rentas de un servicio público ante su dificultad para financiar la construcción o ejecución de un proyecto.

Bibliografía

¹⁸ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-650 del 22 de diciembre de 2021.

¹⁹ El doctrinante propone la idea en los siguientes términos: «Por lo demás, la prestación hecha a un tercero libera al deudor de su obligación en los siguientes casos: [...] 2. Cuando el *deudor*, según el contenido del contrato o por especial declaración del acreedor, esté autorizado para cumplir la obligación a favor de un tercero con eficacia frente al acreedor. Así cuando el comprador le pide al vendedor entregue la cosa a aquella persona a quien el comprador la reexpide, y también en el caso de asignación [...] 3. Cuando sin estar legitimado de otra forma para recibir la prestación, el tercero posee un *título jurídico* sobre cuya base el deudor puede según la ley cumplir la prestación a favor de aquel con eficacia liberatoria en caso de que lo haga de buena fe» (LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 414-415).

Doctrina

ESCOLA, Jorge Héctor. Tratado Integral de los contratos administrativos. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. 649 p.

JIMÉNEZ MORIONES, Manuel Fulgencio. Interventoría de proyectos públicos. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007. 192 p.

LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. 542 p.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Exp. 24.266. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de abril de 2021. Exp. 52.085. M.P. Alberto Montaña Plata.

Conceptos

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA — COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado. G-EFSICE-01.

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA — COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-650 del 22 de diciembre de 2021.

AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA — COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-053 del 7 de marzo de 2022.

