



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011).

Radicación interna: **2074**
Número Único: 11001-03-06-000-2011-00064-00
Referencia: **MINISTERIO DE TRANSPORTE.**
Contrato de Inteventoría. Aplicación de
Cláusulas Excepcionales.

El señor Ministro de Transporte, doctor Germán Cardona Gutiérrez, consulta a la Sala acerca de la posibilidad de aplicar en los contratos de interventoría, las cláusulas excepcionales al derecho común. Para el efecto expone los siguientes:

ANTECEDENTES

El Ministerio de Transporte suscribió un contrato de interventoría según el cual el contratista se obliga a realizar para el Ministerio la interventoría integral sobre la ejecución y liquidación de un contrato de concesión para la prestación de un servicio público por cuenta y riesgo del Concesionario, lo cual incluye planificación, diseño, implementación, administración, operación, actualización, mantenimiento, entre otros, de conformidad con lo previsto en el numeral 4o. del artículo 32 de la ley 80 de 1993.

A su vez, *"EL INTERVENTOR se obliga a revisar, verificar, analizar y conceptuar permanentemente sobre todos los aspectos técnicos, tecnológicos, legales, financieros, operativos y administrativos relacionados con el **Contrato de Concesión**, con el fin de constatar el cumplimiento por parte del **Concesionario** de las obligaciones asumidas por el mismo en virtud de la celebración de dicho Contrato, así como de determinar oportunamente las acciones necesarias para garantizar el logro de los objetivos de tal contrato"*

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00
Radicado interno: 2074
Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

En el referido contrato de interventoría se pactaron las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilateral, así como la de caducidad, las cuales podrá hacer efectivas el Ministerio ante las circunstancias que generen su aplicación conforme a las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

En la consulta se citan apartes de un pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹ en el cual se afirma que en los contratos de consultoría no procede la estipulación de las cláusulas exorbitantes, razón por la que, teniendo en cuenta que el contrato de Interventoría es una modalidad del contrato de consultoría, formula a la Sala los siguientes,

INTERROGANTES:

"1) ¿ Si en un contrato de interventoría (como modalidad del contrato de consultoría), cuyo objeto, de manera general, comprende la interventoría integral sobre la ejecución y liquidación de un contrato de concesión sobre la prestación de un servicio público, en el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, se pactó la cláusula de caducidad como cláusula excepcional al derecho común y se presentaron las circunstancias de hecho y de derecho previstas en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, se podría aplicar unilateralmente tal potestad excepcional por el Ministerio de Transporte declarándola mediante acto administrativo en acatamiento del principio de moralidad administrativa consagrada en el artículo 209 de la Constitución?.

2) ¿De igual forma si se pactó en dicho contrato la facultad de terminación unilateral del mismo, y se presentaron los eventos previstos en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, se podría declarar la terminación anticipada mediante acto administrativo?.

3) ¿En el evento de no poder el Ministerio de Transporte declarar la caducidad del contrato o la terminación del contrato en forma unilateral, como potestades excepcionales al derecho común, se tendría que acudir a la jurisdicción contenciosa para procurar la declaratoria de incumplimiento y en consecuencia la resolución del contrato? Y en ese interregno, mientras se profiere un fallo cuál sería el procedimiento más apropiado, ágil y eficaz que le permita a la entidad contratar una interventoría para preservar y proteger el principio de moralidad administrativa y de mantenimiento del servicio público que se desarrolla con ...[el contrato de concesión]".

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00

Radicado interno: 2074

Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

CONSIDERACIONES

Antes de entrar a resolver la presente consulta, la Sala considera oportuno precisar, como lo ha hecho en otras oportunidades, que si bien en ella se hace referencia a un proceso de contratación en concreto, su análisis se realiza de modo general y en consecuencia, con base en la información aportada, absolverá los interrogantes en forma abstracta y circunscrita a los temas planteados.

En este orden la Sala analizará *(i)* el contrato de interventoría como una modalidad del contrato de consultoría, *(ii)* la posibilidad de pactar, y por tanto de imponer cláusulas excepcionales en un contrato de interventoría y *(iii)* el principio de moralidad administrativa.

1. El contrato de Interventoría como una modalidad del contrato de Consultoría. Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011.

Al tenor del numeral 1o. del artículo 4o. de la ley 80 de 1993, dentro de los derechos y deberes con que cuentan las entidades estatales para el logro de los fines de la contratación estatal, se encuentra el de exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del respectivo contrato. Igualmente, en virtud del principio de responsabilidad consagrado en el numeral 1o. del artículo 26 ibídem, los servidores estatales están obligados a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan resultar afectados con la ejecución del contrato, para cuyo efecto, con base en el principio de autonomía de la voluntad consagrado en la legislación civil y comercial, en concordancia con el inciso segundo del artículo 40 de la ley 80 de 1993, *"las entidades podrán celebrar contratos y acuerdos, entre ellos el de interventoría, que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales"*

A diferencia del decreto ley 222 de 1983², que regulaba los tipos de contratos públicos, incluso haciendo la diferencia entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, la ley 80 de 1993 sólo habla

² DECRETO 222 DE 1983, *Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas:*

"ARTICULO 120. *De las calidades del interventor. La entidad contratante verificará la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas por medio de un interventor, que podrá ser funcionario suyo. También se podrá contratar la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas que posean experiencia en la materia y que estén registradas, clasificadas y calificadas como tales. En los contratos de obras el funcionario público que ejerza la interventoría o la persona que el contratista coloque al frente de la obra, deberá ser ingeniero o arquitecto matriculado, con experiencia profesional no menor de 3 años.*

ARTICULO 121. *De las atribuciones del interventor. En todo contrato se detallarán las funciones que corresponden al interventor. Dentro de sus facultades está la de revisar los libros de contabilidad, si así se hubiere convenido en el contrato, y la de exigir al constructor la información que considere necesaria.*

ARTICULO 122. *De las personas con quienes no puede contratarse la interventoría. La interventoría no podrá contratarse con el autor del proyecto o diseño correspondientes, a menos que así lo exigiere la complejidad técnica de la obra, según calificación escrita, hecha por la entidad contratante. Tampoco podrá contratarse la interventoría con las personas cuyo proyecto o diseño no se hubiere aceptado ni con quien hubiere quedado en segundo lugar en la licitación pública o privada que precedió a la obra objeto de la interventoría.*

ARTICULO 123. *De la responsabilidad del interventor. Además de las sanciones penales a que hubiere lugar, la sociedad o persona natural que ejerciere una interventoría será civilmente responsable de los perjuicios originados en el mal desempeño de sus funciones, sin que ello exima de la responsabilidad que por el mismo concepto pueda corresponder al contratista"*

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00
Radicado interno: 2074
Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

de contratos estatales y se refiere a ellos como los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades previstas en dicho estatuto, contemplados en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, y a título enunciativo en el artículo 32 describe algunos de ellos, dentro de los cuales figuran los de consultoría, que identifica como *“los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión”*.

Establece así mismo el referido artículo 32, que los contratos de interventoría forman parte de los llamados contratos de Consultoría, al efecto señala:

“Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría (...)”.

También advierte el artículo 53 de la ley 80 de 1993 que los interventores responderán civil, fiscal, disciplinaria y penalmente por el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de interventoría, y por los hechos u omisiones que les sean imputables y que ocasionen 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.

Por su parte el artículo 56 del mismo estatuto señala que para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo relacionado con la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, en consecuencia, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

Manteniendo el concepto del artículo 32 de la ley 80 de 1993, en el sentido que la interventoría es una subespecie de consultoría, la ley 1150 del 16 de julio de 2007 dispone que el concurso de méritos corresponde a la modalidad para la selección de consultores o proyectos. Como era apenas lógico el decreto 2474 de julio 7 de 2008, *“por el cual se reglamentan parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones”*, se limita a reglamentar todo lo atinente a las normas aplicables al concurso de méritos, insistiendo en que a través de esta modalidad se contratarán los servicios de consultoría a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, que como ya se ha dicho, incluye los contratos de interventoría.

Para efectos del presente análisis, puede afirmarse que la única gran modificación que introduce el artículo 17 de la ley 1150 respecto de la ley 80 consiste en la facultad expresa que se da a las Entidades sometidas al Estatuto General de Contratación del Estado para, en forma unilateral y como un poder exorbitante, imponer las multas pactadas y declarar el incumplimiento con el

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00
Radicado interno: 2074
Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

El 12 de julio de 2011 se promulgó la ley 1474 *"por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública."* El capítulo VII de la precitada ley contiene una serie de *"disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública"*, y a partir del artículo 82 se introducen importantes precisiones sobre el contrato de interventoría y el cumplimiento de las obligaciones por parte del interventor, entre las cuales es importante resaltar:

a) El artículo 82 modifica el artículo 53 de la ley 80, en materia *"de la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores"*.

b) El artículo 83 diferencia entre la supervisión y la interventoría.

c) El artículo 84 en su párrafo 2o. adiciona el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar: *"PARÁGRAFO 2o.. Adiciónese la ley 80 de 1993, artículo 8o., numeral 1, con el siguiente literal: K) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el 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 el término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente. (...)"*

d) El mismo artículo 84 en su párrafo 3o. dispone que *"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 éste de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor..."*.

e) El artículo 85 se refiere a *"la continuidad del contrato de interventoría cuando se haya prorrogado el contrato objeto de la vigilancia"*.

II. La posibilidad de pactar, y por tanto de imponer, cláusulas excepcionales en un contrato de interventoría.

a) Posición del Consejo de Estado (Sala de Consulta y Sección Tercera).

La discusión que suscita el Ministerio se debe a que cuando el artículo 14 de la ley 80 de 1993 se refirió a la obligación, posibilidad o prohibición a la administración para pactar cláusulas exorbitantes y hacer uso de facultades excepcionales en los contratos estatales, guardó absoluto silencio respecto de los contratos de interventoría.

Un tema similar que debe servir de guía para el presente estudio, por la posición allí asumida por la Sala, se desarrolló al responder las consultas contenidas en los radicados números 1293 del 14 de diciembre de 2000 con ponencia del magistrado doctor Luis Camilo Osorio y 1748 del 25 de mayo de

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00
Radicado interno: 2074
Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

2006, magistrado ponente doctor Enrique Arboleda Perdomo, por lo que se remite a dichos conceptos. Particularmente en la segunda, se indagó sobre la posibilidad para las entidades públicas de imponer unilateralmente las multas pactadas cuando se presentaba alguna de las causales que posibilitaban su imposición, teniendo en cuenta que el artículo 14 de la ley 80 no consagró expresamente dicha facultad.

En el caso sub-exámene, el punto central de discusión consiste en dilucidar si en un contrato de interventoría en el que se han pactado las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilateral y caducidad, entre otras, no obstante que el artículo 14 de la ley 80 de 1993 expresamente no las autoriza para ese tipo de contratos, la administración puede hacer uso de dichas facultades excepcionales.

Al efectuar el análisis de la norma transcrita y en relación con los contratos en los que se pueden pactar las cláusulas excepcionales, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 30832, dijo:

“En el primer grupo se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; -son las denominadas ‘cláusulas virtuales’-. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el 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 estatal.

Al segundo grupo pertenecen los contratos en los cuales se encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula. A este grupo pertenecen, según el parágrafo del art. 14 de la ley 80 ‘... 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 2o. de este artículo, 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...’

El tercer grupo lo integran los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no existen. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro.

Es importante señalar, en relación con éste último grupo, aunque resulta obvio, que el acuerdo correspondiente sólo puede favorecer a las entidades estatales, es decir, que no es posible pactar tales poderes en favor del contratista.

Esta última hipótesis hace evidente una característica especial de los poderes exorbitantes que en ella se contienen; en efecto, sólo

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00
Radicado interno: 2074
Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

contrato a negociar la inclusión de los mismos, de manera que su existencia no deviene, en forma 'inmediata', de la ley, como ocurre con el primer grupo de contratos, sino de manera 'mediata', porque si las partes no llegan a un acuerdo sobre la inclusión de dichos poderes, la ley no suple el vacío, y, por consiguiente, los mismos no existirán en el caso concreto.

Esta posibilidad abre un espacio al principio de la autonomía de la voluntad, en un tema donde la tradición administrativa había entendido que exclusivamente la ley, no las partes del contrato, podía disponer la inclusión de las cláusulas exorbitantes, sin perjuicio de que el origen de las potestades propias de tales cláusulas provenga siempre de la ley, en unos casos, porque las impone y, en otras, porque simplemente la autoriza.

En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales.

Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones:

De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales.

De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios³.

En este orden de ideas se tiene que, en relación con los contratos de consultoría, no existe habilitación legal expresa que permita la estipulación de cláusulas excepcionales en ellos, ni siquiera aduciendo la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, al respecto esta Corporación precisó⁴:

"3.1. A diferencia de lo señalado por el a quo, en el caso concreto no reviste importancia el hecho de que exista una cláusula contractual en la cual las partes, presuntamente, pactaron la caducidad; lo anterior, toda vez que el principio de autonomía de la

³ Esta tesis fue reiterada en sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera proferida el 10. de diciembre de 2008, dentro del expediente 35827

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00
Radicado interno: 2074
Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

voluntad no puede invadir la esfera reservada para el principio de legalidad, máxime si la discusión gira en torno a una potestad o cláusula de tipo excepcional al derecho común, que permite a la administración contratante ejercer determinaciones que modifican el contrato, y pueden llegar, inclusive, a imponer sanciones en cabeza del contratista.

En ese sentido, la autonomía de la voluntad no puede suplir la habilitación legal necesaria para estos efectos, toda vez que, como se precisó, la existencia y el ejercicio de la cláusula de caducidad depende de forma ineluctable de la previa y expresa consagración en la ley, en los términos fijados en el artículo 14 de la ley 80 de 1993.

3.2. Desde esa perspectiva, el principio de legalidad se erige como baluarte orientador, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Constitución Política, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones que explícitamente están contenidas en la ley y, por lo tanto, son responsables por extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

De otro lado, el principio de legalidad de la actuación administrativa, parte del hecho de que toda potestad o facultad pública debe estar previamente consignada o habilitada por la ley. Por consiguiente, en el caso concreto, es evidente que el principio de la autonomía de la voluntad, es entendido como la posibilidad con que cuentan las partes de un negocio jurídico de emitir, expresar y fijar libre y voluntariamente los actos jurídicos privados⁵.

En igual sentido se pronunció esta Sala en la parte pertinente del mencionado concepto 1748, en donde se afirmó:

“De acuerdo con lo expuesto, en los contratos en los que está prohibida la inclusión de las potestades excepcionales, o que siendo facultativa su estipulación no se hallen en el contrato, la administración carece de estas atribuciones, y por lo mismo los efectos del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista particular se rigen por el derecho privado. Dicho en otra forma, al no existir los privilegios propios de las cláusulas excepcionales al derecho privado, la administración debe actuar como cualquier particular en una relación contractual, pues, aunque el contrato se denomina estatal, las reglas del incumplimiento son las mismas del derecho de los particulares. Esta situación es similar a la que se vivía bajo el régimen del decreto ley 222 de 1983 con los contratos de derecho privado de la administración, o de aquellos contratos celebrados por entidades públicas que no están sometidos a la ley 80 de 1993”.

⁵ “La teoría de la autonomía de la voluntad no se contenta con esta exaltación de la voluntad soberana creando las relaciones jurídicas. Ella enseña que esta voluntad sólo debe limitarse por motivos imperiosos de orden público (art. 6 Cod. Civ.), que estas restricciones deben reducirse al mínimo, que los intereses privados libremente discutidos concuerdan con el bien público y que ninguna injusticia puede nacer del contrato, puesto que las obligaciones se

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00
 Radicado interno: 2074
 Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

De lo anteriormente expuesto resulta claro que la Sección Tercera y la Sala de Consulta y Servicio Civil coinciden en que para aquellos contratos, como el de interventoría que es una sub-especie de la consultoría, en los que de acuerdo con el artículo 14 de la ley 80 no existen potestades excepcionales, la administración no puede expedir actos administrativos para hacer efectivas esas potestades.

b) La doctrina del Consejo de Estado frente a las nuevas regulaciones legales.

Varias disposiciones normativas permiten a la Sala esbozar un nuevo análisis del asunto que es objeto de consulta. En efecto, vale la pena preguntarse si ha variado el alcance del artículo 14 de la ley 80 de 1993, en consideración a las regulaciones contenidas en disposiciones legales de distinta índole, expedidas con posterioridad o incluso antes de su vigencia.

La Sala se permite mencionar unas cuantas:

LEY 40 DE 1993⁶.

"ARTÍCULO 25. SANCIONES A EMPRESAS NACIONALES O EXTRANJERAS. Sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar, cuando algún directivo de una empresa nacional o extranjera, o su delegado oculten o colaboren en el pago de la liberación de un secuestro de un funcionario o empleado de la misma, o de una de sus filiales, el Gobierno quedará facultado para decretar la caducidad de los contratos que esta empresa tenga suscritos con entidades estatales. En caso de que el hecho sea cometido por un funcionario o delegado de un subcontratista de la anterior, si ésta es extranjera, el Gobierno ordenará su inmediata expulsión del país. Los subcontratistas nacionales serán objeto de las sanciones previstas en esta ley.

PARÁGRAFO 1o. El contratista nacional o extranjero que pague sumas de dinero a extorsionistas se hará acreedor a las sanciones previstas en este artículo.

PARÁGRAFO 2o. Los contratos que celebren las entidades estatales colombianas con compañías extranjeras y nacionales llevarán una cláusula en la cual se incluya lo preceptuado en este artículo."

LEY 610 DE 2000⁷

⁶ Por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00
 Radicado interno: 2074
 Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

“ARTÍCULO 61. CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL. Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado”

LEY 782 DE 2002⁸

“ARTÍCULO 31. El artículo 90 de la ley 418 de 1997, prorrogada por la ley 548 de 1999, quedará así:

ARTÍCULO 90. El Gobierno podrá declarar la caducidad o decretar la liquidación unilateral de todo contrato celebrado por una entidad pública, cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato y en relación con los grupos armados organizados al margen de la ley, en cualquiera de las siguientes causales:

Ceder injustamente antes las amenazas proferidas por dichos grupos. Recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales grupos o colaborara y prestar ayuda a los mismos.

Construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de dichos grupos.

Incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichos grupos, conocidos con ocasión del contrato.

PARÁGRAFO. Para efecto de lo dispuesto en el presente artículo, constituye hecho del contratista la conducta de sus agentes o dependientes, de la cual haya tenido conocimiento”.

Las normas transcritas permiten concluir, que si bien se han expedido disposiciones que permiten aplicar por mandato legal la sanción de caducidad a otros tipos de contrato estatal, cuando ocurra alguno de los motivos específicos contemplados en cada una de dichas leyes, ello no significa que contengan una derogatoria general a la regulación contenida en el artículo 14 de la ley 80 de 1993; en consecuencia, como lo han sostenido esta Sala y la Sección Tercera del Consejo de Estado, ante la falta de configuración legal, no es posible admitir que el principio de autonomía de la voluntad pueda llevar a las partes de un contrato de interventoría a revestir a la administración de una potestad excepcional que supone la asignación de una competencia administrativa, que sólo puede ser otorgada por disposición legal.

Ahora bien, al concordar el artículo 86⁹ de la ley 1474 de 2011 con el artículo 17¹⁰ de la ley 1150 de 2007, la Sala considera que la primera disposición

⁸ Por medio de la cual se proroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones.

⁹ LEY 1474 DE 2011. ARTÍCULO 86. IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00
Radicado interno: 2074
Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

desarrolla el procedimiento previsto por la última para efectos de la imposición de sanciones, de manera que si bien no es posible que la administración declare la caducidad del contrato, por carecer de autorización legal para ello, puede hacer uso del artículo 86 de la ley 1474 y utilizar el procedimiento allí consagrado para declarar el incumplimiento del contrato mediante *"resolución motivada en la que consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia"*. En este punto también concuerdan las dos disposiciones, pues el artículo 17 de la ley 1150, con idéntico propósito al del artículo 86 de la ley 1474, dispone en su parte final, que las entidades públicas podrán *"declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato"*.

Precisamente sobre este último aspecto, la ley 1474 señala que en el acto en que se declare el incumplimiento se deben cuantificar los perjuicios causados por el mismo, para lo cual puede darse aplicación a la cláusula penal en la

podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera; / b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad; / c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia; / d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento".

¹⁰ LEY 1150 DE 2007, "ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. / En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. / PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva. / PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00
Radicado interno: 2074
Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

forma y con los efectos explicados por esta Sala en el concepto número 1748 de 2006, cuyos apartes pertinentes dicen:

“A pesar de que de la ley 80 de 1993 reguló la totalidad de la contratación bajo la categoría jurídica del contrato estatal, el artículo 14 determinó que las potestades excepcionales sólo se incluirían obligatoriamente en algunos contratos¹¹ y de manera facultativa en otros,¹² prohibiendo su estipulación en los demás. De esta manera, creó en la práctica dos especies de contratos estatales, aquellos que tienen las cláusulas excepcionales y los que carecen de ellas, lo que significa, para los efectos de este análisis, que el régimen del incumplimiento de los contratistas particulares es diferente según se cuente o no con estas potestades, especialmente la de caducidad administrativa, como se estudia enseguida. Se anota que si la parte incumplida es la administración, sus efectos se rigen por el artículo 50 del Estatuto General de Contratación de la Administración. (...).”

Por otra parte, el referido concepto al interpretar los alcances de la norma respecto de la operatividad de las cláusulas penales en contratos sin cláusula de caducidad, explicó que:

“en los contratos estatales que carecen de la cláusula de caducidad, luego de explicar que hay contratos en los que está prohibida la inclusión de las potestades excepcionales, o que siendo facultativa su estipulación, no se hallan en el contrato, la administración carece de estas atribuciones, y por lo mismo los efectos del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista particular se rigen por el derecho privado. Dicho en otra forma, al no existir los privilegios propios de las cláusulas excepcionales al derecho privado, la administración debe actuar como cualquier particular en una relación contractual, pues, aunque el contrato se denomina estatal, las reglas del incumplimiento son las mismas del derecho de los particulares. Esta situación es similar a la que se vivía bajo el régimen del decreto ley 222 de 1983 con los contratos de derecho privado de la administración, o de aquellos contratos celebrados por entidades públicas que no están sometidos a la ley 80 de 1993.”

En igual sentido se pronunció la Sección Tercera de la Corporación en sentencia del 19 de octubre de 2005, expediente 15011, así:

“De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a

¹¹ Estos son: los que constituyan monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00
 Radicado interno: 2074
 Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista.”

III. El principio de moralidad y el derecho a la moralidad administrativa.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 209, consagró la moralidad como uno de los principios rectores de la función administrativa y en el artículo 88 instituyó la moralidad administrativa como un derecho colectivo, tutelado a través de la acción popular.

El concepto de moralidad administrativa se refiere a la obligación que tienen los servidores públicos y los particulares que administran recursos del Estado o los que cumplen funciones públicas, de ejercer la actividad administrativa conforme al ordenamiento jurídico, motivados sólo por razones del servicio, la protección de los usuarios y la defensa de los intereses estatales.

El derecho a la moralidad administrativa ha sido objeto de amplio desarrollo a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues si bien su estructura es abierta, su alcance se ha venido decantando con fundamento en la identificación de una serie de criterios que permiten su protección de manera objetiva, a partir de la aplicación a cada caso concreto de principios hermenéuticos y de sana crítica.

Respecto de la naturaleza del concepto de moralidad, esta Corporación ha precisado:

“Finalmente, en la actualidad la moralidad posee una doble connotación constitucional: i) Constituye un ‘principio’, incluido en varias normas de la Carta Política, entre ellas en el art. 209 CP.; pero ii) también es un derecho, del tipo de los colectivos, lo que le imprime características especiales que demandan distinguir los momentos diferenciados de su existencia.

*...
 En primer lugar, la moral a que se refiere el artículo 88 CP. no incluye todo tipo de moral, entre ellas, la subjetiva o particular, sino sólo la administrativa. De manera que aquellas conductas consideradas como éticamente buenas o virtuosas, pero que pertenecen al campo estrictamente personal, o al religioso, e incluso al social, y que no alcanzan a tener trascendencia política y jurídica, no están incluidos en este concepto. Atendiendo a tal criterio, este derecho-principio no protege la moralidad en abstracto, ni la moralidad en general, sino una especie de ella: la que el Constituyente dio en llamar ‘moral administrativa’.*

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00
Radicado interno: 2074
Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

...

En este sentido, el derecho colectivo a la moralidad, en principio, es exigible de todos los órganos que ejercen tareas o actividades a cargo del Estado, en cualquiera de las ramas del poder público, pero no es protegible, a través de esta acción, la vulneración a este principio, en que incurran las autoridades jurisdiccionales y la legislativa.

...

En este orden de ideas, resulta innegable que la elevación de la moral a derecho colectivo destaca su especial vinculación con la exigencia ética de que el Estado y sus funcionarios actúen correctamente en relación con la tarea que tienen a su cargo, así como en la forma como deben desarrollarla. Esta preocupación refleja la elevación de la conciencia moral del colectivo social y del Estado de Derecho, tratando de unirlos con los fines del Estado moderno”¹³.

En síntesis, la moralidad administrativa propende por el actuar ético del Estado y sus funcionarios durante el ejercicio de las actividades a él encomendadas, las cuales deben ser adelantadas conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico con miras a satisfacer el interés general.

Así mismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, que la moralidad administrativa guarda una estrecha relación con el principio de legalidad, es decir, que aquella se desconoce si se infringe la ley y el ordenamiento jurídico general.

“En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa.

...

(...) De tal suerte que el análisis del derecho a la moralidad administrativa, desde el ejercicio de la función pública, y bajo la perspectiva de los derechos colectivos y de la acción popular, como mecanismo de protección de éstos, requiere como un primer elemento, que la acción u omisión que se acusa de inmoral dentro del desempeño público o administrativo, necesita haber sido instituido, previamente, como deber en el derecho positivo, o en las reglas y los principios del derecho, y concurrir con el segundo elemento de desviación del interés general”¹⁴.

¹³ Sección Tercera, expediente AP-00009-01 del 30 de agosto de 2007.

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00
Radicado interno: 2074
Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

De lo anterior se infiere que el principio de legalidad es uno de los pilares en que se sustenta la moralidad administrativa, que exige de quienes ejercen actividades públicas respeto por el ordenamiento jurídico vigente durante el ejercicio de las mismas.

El principio de legalidad constituye uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un límite a los poderes del Estado, entre ellos, al ejercicio del poder punitivo. Al efecto, el artículo 29 de la Constitución al consagrarlo señaló:

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

...”

En este orden de ideas se tiene que las autoridades, bien sean éstas administrativas o judiciales, están en la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad, máxime en tratándose del ejercicio de la potestad sancionadora.

Ello significa, para el caso objeto de consulta y de acuerdo con el interrogante formulado a este respecto, que la administración no puede valerse de argumentos relacionados con una supuesta o real protección de la moralidad administrativa para ejercer atribuciones o competencias que no le han sido atribuidas por ley. Esta conexidad entre legalidad y moralidad administrativa se pone de manifiesto, por ejemplo, cuando el artículo 83 de la ley 1474 de 2001 dispone:

“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 están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contractual a través de un supervisor o un interventor, según corresponda

...

El contrato de interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal”.

Es importante anotar que la ley 1474 estructuró en debida forma la figura del supervisor y de esta manera otorga un importante elemento de vigilancia contractual, especialmente para aquellos casos en que el interventor no este cumpliendo con sus obligaciones.

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00
Radicado interno: 2074
Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

CONCLUSIONES

De lo expuesto en la parte de consideraciones de este concepto, y en atención al caso concreto planteado en la consulta, la Sala concluye que por tratarse de un contrato de interventoría no procede la aplicación de cláusula excepcional alguna, así éstas hayan sido pactadas en el contrato, por cuanto ello implicaría el desconocimiento del ordenamiento jurídico vigente, toda vez que no existe autorización legal para su inclusión y posterior utilización en los contratos que, como el de interventoría son una modalidad de los de consultoría.

Tampoco podría el Ministerio consultante, invocando el derecho de moralidad administrativa imponer al contratista la caducidad o la terminación unilateral del contrato como sanción por su incumplimiento, ya que como antes se dijo, no existe disposición alguna que autorice la inclusión o estipulación de las cláusulas excepcionales en este tipo de contratos, y ello implicaría un desconocimiento del principio de legalidad, que es precisamente el fundamento de la moralidad administrativa, lo cual constituiría un contrasentido.

Finalmente, en criterio de la Sala el Ministerio podría considerar la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva la cláusula penal, previa observancia del procedimiento previsto en los artículos 17 de la ley 1150 de 2007 y 86 de la ley 1474 de 2011.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil,

RESPONDE:

"1) ¿ Si en un contrato de interventoría (como modalidad del contrato de consultoría), cuyo objeto, de manera general, comprende la interventoría integral sobre la ejecución y liquidación de un contrato de concesión sobre la prestación de un servicio público, en el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, se pactó la cláusula de caducidad como cláusula excepcional al derecho común y se presentaron las circunstancias de hecho y de derecho previstas en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, se podría aplicar unilateralmente tal potestad excepcional por el Ministerio de Transporte declarándola mediante acto administrativo en acatamiento del principio de moralidad administrativa consagrada en el artículo 209 de la Constitución?.

2) ¿De igual forma si se pactó en dicho contrato la facultad de terminación unilateral del mismo, y se presentaron los eventos previstos en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, se podría declarar la terminación anticipada mediante acto administrativo?.

Consulta Número: 11001-03-06-000-2011-00064-00
 Radicado interno: 2074
 Ministerio de Transporte. Contrato de Interventoría

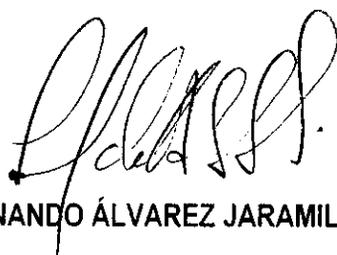
Las entidades estatales no pueden aplicar las potestades excepcionales en los contratos de interventoría, así éstas hayan sido pactadas en el contrato, por cuanto no existe habilitación legal expresa que las faculte para ello.

3) *¿En el evento de no poder el Ministerio de Transporte declarar la caducidad del contrato o la terminación del contrato en forma unilateral, como potestades excepcionales al derecho común, se tendría que acudir a la jurisdicción contenciosa para procurar la declaratoria de incumplimiento y en consecuencia la resolución del contrato? Y en ese interregno, mientras se profiere un fallo cuál sería el procedimiento más apropiado, ágil y eficaz que le permita a la entidad contratar una interventoría para preservar y proteger el principio de moralidad administrativa y de mantenimiento del servicio público que se desarrolla con ...[el contrato de concesión]”.*

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 en concordancia con lo regulado por el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, el Ministerio de Transporte podría estudiar la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria previa declaratoria del incumplimiento del contrato, con observancia del procedimiento dispuesto en las normas mencionadas. Además, como medida administrativa importante, debe dar aplicación a las normas sobre supervisión dispuestas por la ley 1474, en especial lo señalado en su artículo 83.

Transcribase al señor Ministro de Transporte. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.


 AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
 Presidente de la Sala


 LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO


 ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO
 Con salvamento de voto


 WILLIAM ZAMBRANO CETINA


 JENNY GALINDO HUERTAS