

CONTRATO ESTATAL – Deber de vigilancia y control

[...] los artículos 4, 5, 12, 14 y 26 ibidem consagran normas relacionadas con el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales. Estas disposiciones establecen, entre otros aspectos, la obligación de las entidades estatales de velar por el correcto y oportuno cumplimiento de las prestaciones del contrato, incluyendo las especificaciones de los bienes, obras y servicios, las condiciones de calidad ofrecidas, etc. Esta obligación se predica, en principio, del jefe o representante legal de la entidad, por tener la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, pero también de los servidores públicos que intervienen en ella. En ese sentido, las entidades estatales deben ejercer el control de la ejecución del contrato y, de ser el caso, tomar medidas para exigir el adecuado cumplimiento.

INTERVENTORÍA – Características

La interventoría: i) será un mecanismo de vigilancia contingente en la medida que solo es obligatorio para el seguimiento de los contratos de obra adjudicados por licitación pública –art. 32, numeral 1–; en los demás casos se requerirá cuando «el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen» –art. 83, Ley 1474 de 2011–. ii) Este mecanismo de vigilancia exige, en su ejecución, la utilización de conocimientos especializados. iii) Por lo anterior, la entidad contrata un experto a través de un concurso de méritos, al tratarse la interventoría de una especie del contrato de consultoría –art. 32, numeral 2, inciso 2, Ley 80 de 1993 –, de manera que la interventoría es realizada por una «persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal» –art. 83, Ley 1474–. iv) Le es inherente el seguimiento técnico, frente a la vigilancia de la correcta ejecución del contrato vigilado; sin embargo, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 permite que en el contrato de interventoría también se pacten obligaciones para que el contratista realice el seguimiento administrativo, financiero, contable o jurídico. v) En caso de que no se encomiende al interventor el seguimiento total del contrato, en el contrato 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» –art. 83, inciso 3–. Finalmente, vi) el contrato de interventoría será supervisado directamente por la entidad –art. 83, inciso 4–.

DISEÑOS, ESTUDIOS Y OBRA – Contratación – Viabilidad del proyecto

Previo al inicio de un procedimiento de licitación pública para la contratación de una obra pública, la entidad estatal debe contar con «los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental», en los términos del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011. El referido artículo 87 dispone que, cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, previo a la apertura del proceso de selección, o a la firma del contrato, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental.

Incluso, el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 dispone que las entidades y los servidores públicos responderán cuando hubieren iniciado procedimientos de selección sin haber elaborado los diseños correspondientes. Igualmente, para los procesos de licitación pública, el numeral primero del artículo 30 ibidem prescribe que «De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso.

Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad» Conforme al alcance normativo del objeto del contrato de obra, en dicha tipología contractual es posible establecer cláusulas para realización de los diseños. De lo anterior se desprende que la entidad pública contratante, en ejercicio de su discrecionalidad, también puede contratar los diseños mediante un contrato de consultoría que sea resultado de un concurso de méritos, pues dicha actividad se enmarca en el alcance del artículo 32.2 de la Ley 80 de 1993. De esta manera, «[...] si la necesidad [...] es “diseñar y construir”, la misma se satisface contratando ambas cosas. Si por el contrario es solo “diseñar”, se entiende contratado únicamente el diseño. Por lo dicho, los “diseños” que se requieren previamente son los proporcionales a la necesidad a satisfacer».



Bogotá D.C. 27 Abril de 2022

Señor
Daniel Duarte
Barrancabermeja, Santander

Concepto C – 238 de 2022

Temas: CONTRATO ESTATAL – Deber de vigilancia y control / INTERVENTORÍA – Características / DISEÑOS, ESTUDIOS Y OBRA – Contratación – Viabilidad del proyecto

Radicación: Respuesta a consulta P20220311002474

Estimado señor Duarte,

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, responde su consulta del 11 de marzo de 2022.

1. Problemas planteados

Usted realiza las siguientes preguntas: i) «En la página 11 de la Guía para procesos de contratación de obra pública, disponible en https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_obra_pu



blica.pdf, se menciona que "Los contratos de obra pública cuya modalidad de selección es la licitación pública deben contar con un interventor"; la consulta es: esta situación aplica para todos? es de obligatorio cumplimiento? Hay alguna norma que lo reglamente?», ii) «Cuando una entidad suscribe un contrato de gestión colectiva laboral, que tipo de contratación se puede hacer mediante esa figura?? Solo servicios profesionales?? Es posible contratar el servicio de aseo y mantenimiento por esa figura??» y iii) «Todo contrato de obra pública debe llevar diseños?».

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o conceptualizar sobre la *suscripción de contratos laborales* desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a brindar asesorías sobre casos puntuales ni interpretar normas ajenas al sistema de compras públicas como las relacionadas con los «contratos de gestión colectiva laboral», tipología que no está definida en el Estatuto General de Contratación Pública ni en sus decretos reglamentarios. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, le corresponderá a cada entidad definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado contrato en específico.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones, es decir, haciendo abstracción de las normas relativas a la contratación laboral y el caso

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general».



concreto expuesto en la pregunta número 2– resolverá la consulta conforme a las normas generales del sistema de compras públicas. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales, ii) interventoría en contratos de obra pública y iii) estudios y diseños como obligación del contrato de obra pública.

Respecto a la obligación de controlar y vigilar la ejecución de los contratos estatales, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre en los conceptos del 30 de agosto y el 20 de diciembre de 2019 —radicados Nos. 2201913000006394 y 2201913000009467—, conceptos C–064 del 28 de febrero de 2020, C–150 del 18 de marzo de 2020, C–075 del 26 de marzo de 2020, C–180 del 13 de abril de 2020, C–344 del 26 de mayo de 2020, en el C–765 del 7 de enero de 2021, C-411 de 17 de agosto de 2021 y C-650 del 22 de diciembre de 2021. Por otra parte, en relación con los diseños en los contratos de obra pública, la Agencia también se ha referido a este tema en los Conceptos C-702 del 11 de diciembre de 2020, C-177 del 26 de abril de 2021 y C-359 del 21 de julio de 2021. Las tesis expuestas en los anteriores conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente a continuación:

2.1. Obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales

El Estado acude a la contratación de bienes, obras y servicios para cumplir los fines que le impone el ordenamiento jurídico, la continuidad y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y de quienes colaboran en la consecución de dichos fines, entre otros². Para la garantía de los fines de interés general involucrados en la contratación de las entidades estatales, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública dispone que, en la etapa de ejecución del contrato, las entidades estatales y los servidores públicos que participan en ella tienen la obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, para efectos de que las finalidades perseguidas con la celebración de los negocios jurídicos se logren de manera satisfactoria.

Por esto, la Ley 80 de 1993 alude a la obligación mencionada, que guarda relación con el principio de responsabilidad que rige la celebración y ejecución de los contratos estatales. Así, por ejemplo, los artículos 4, 5, 12, 14 y 26 *ibidem* consagran normas relacionadas con el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales. Estas disposiciones establecen, entre otros aspectos, la obligación de las entidades estatales de velar por el correcto y oportuno cumplimiento de las prestaciones del contrato, incluyendo las especificaciones de los bienes, obras y servicios, las condiciones de calidad ofrecidas,

² Artículo 3 de la Ley 80 de 1993.



etc. Esta obligación se predica, en principio, del jefe o representante legal de la entidad, por tener la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, pero también de los servidores públicos que intervienen en ella. En ese sentido, las entidades estatales deben ejercer el control de la ejecución del contrato y, de ser el caso, tomar medidas para exigir el adecuado cumplimiento.

Las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 complementan el régimen jurídico de la obligación de vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales. En dichas leyes se impone el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria contractual para la imposición de multas y la decisión de hacer efectiva la cláusula penal; principio que se debe respetar en el ejercicio del control y vigilancia de la ejecución contractual³. De igual forma, se establecen los límites de la responsabilidad del representante legal ante la delegación de sus funciones en materia contractual⁴ y se regula la supervisión y la interventoría de los contratos estatales⁵. La jurisprudencia de lo contencioso-administrativo, por su parte, ha considerado que la obligación de vigilar la correcta ejecución del objeto contractual es una función de la entidad contratante, en los siguientes términos:

La función de vigilancia y control del contrato estatal supone el cuidado y la supervisión, de forma tal que en ejercicio de esa función, quien administra la adecuada y oportuna ejecución del contrato no sólo debe velar por que las partes den cumplimiento a las obligaciones contractuales, sino que el contrato se ejecute en el tiempo y la forma convenidos, para de esta forma garantizar la satisfacción de las necesidades que la administración buscaba alcanzar con la celebración del respectivo contrato⁶.

En este punto, se reitera lo expuesto en el concepto emitido por esta Agencia con el radicado 4201913000008240, del 20 de diciembre de 2019, esto es, que «el seguimiento de la ejecución del contrato para su dirección, control y vigilancia del correcto cumplimiento del objeto es un deber legal que permite a las entidades estatales tomar medidas orientadas a la satisfacción de los fines de la contratación, dentro de las cuales, se encuentra la posibilidad de pactar y ejercer las cláusulas exorbitantes, la designación de una supervisión o la contratación de una interventoría para vigilar la ejecución del contrato y la facultad de pactar e imponer multas, cláusula penal o hacer efectivas las garantías del contrato, previa declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del contrato, en aras de lograr la

³ Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

⁴ Artículo 21 de la Ley 1150 de 2007.

⁵ Artículos 83 a 86 de la Ley 1474 de 2011.

⁶ Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. M.P. Jaime Orlando Santofimio. Exp. 51.802.

satisfacción de las necesidades de bienes, obras o servicios que se pretenden suplir con la celebración de los contratos estatales». En desarrollo del deber descrito, se analizará uno de los instrumentos dispuestos por el ordenamiento jurídico para su cumplimiento, relacionado con la interventoría de los contratos estatales.

2.2. Interventoría en contratos de obra pública

La Ley 1474 de 2011 enmarcó el seguimiento, control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal dentro del principio de moralidad administrativa. El artículo 83 *ibidem* prescribe que «con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda». Además, el legislador, en el mismo artículo, definió las nociones de *supervisión* e *interventoría*, como mecanismos que pueden usar las entidades estatales para vigilar el contrato, en estos términos:

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.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Igualmente, respecto de la interventoría en los contratos de obra, el artículo 32 de la Ley 80 dispuso que:

Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

1o. Contrato de Obra.

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de



cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación pública, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto. [Énfasis fuera de texto]

De este modo, la interventoría: i) será un mecanismo de vigilancia contingente en la medida que solo es obligatorio para el seguimiento de los contratos de obra adjudicados por licitación pública –art. 32, numeral 1–; en los demás casos se requerirá cuando «el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen» –art. 83, Ley 1474 de 2011–. ii) Este mecanismo de vigilancia exige, en su ejecución, la utilización de conocimientos especializados. iii) Por lo anterior, la entidad contrata un experto a través de un concurso de méritos, al tratarse la interventoría de una especie del contrato de consultoría –art. 32, numeral 2, inciso 2, Ley 80 de 1993⁷–, de manera que la interventoría es realizada por una «persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal» –art. 83, Ley 1474–. iv) Le es inherente el seguimiento técnico, frente a la vigilancia de la correcta ejecución del contrato vigilado; sin embargo, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 permite que en el contrato de interventoría también se pacten obligaciones para que el contratista realice el seguimiento administrativo, financiero, contable o jurídico. v) En caso de que no se encomiende al interventor el seguimiento total del contrato, en el contrato 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» –art. 83, inciso 3–. Finalmente, vi) el contrato de interventoría será supervisado directamente por la entidad –art. 83, inciso 4–.

De lo anterior se desprende que el interventor es un contratista externo a la entidad estatal y al contratista vigilado, de manera que es seleccionado por la entidad estatal mediante los procedimientos del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en principio, a través del concurso de méritos. Lo anterior, sin perjuicio de que eventualmente aplique alguna causal especial que permita la celebración de este tipo de contratos mediante una modalidad diferente, como podría suceder frente a la posibilidad de realizar, por ejemplo, una contratación de mínima cuantía o una contratación directa, en caso de presentarse alguna de las causales establecidas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que dé lugar a acudir a otra modalidad de selección.

El interventor contratado usará las facultades previstas en el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 para hacer el seguimiento al cumplimiento obligacional del contrato y estará sometido a los deberes y responsabilidades que implica el ejercicio de dicha actividad. De

⁷ «Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría [...]».

esta forma, aun cuando el contrato de interventoría se celebra con un tercero a quien se le confía la labor de vigilar la ejecución idónea de otro contrato, por lo general un contrato de obra pública, aquel actúa con facultades similares a las que tiene la entidad estatal cuando ejerce la supervisión por su propia cuenta. Lo anterior en la medida que ambos son mecanismos a través de los cuales las entidades cumplen el deber de vigilar la correcta ejecución de los contratos, por lo que comparten una finalidad común.

2.3. Estudios y diseños como obligación del contrato de obra pública

Previo al inicio de un proceso de selección para la contratación de una obra pública, la entidad estatal debe contar con «los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental», en los términos del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011. El referido artículo 87 dispone que, cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, previo a la apertura del proceso de selección, o a la firma del contrato, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental.

Artículo 87. Maduración de proyectos. El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 quedará así:

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

De acuerdo con esta norma para adelantar el objeto de contratación cuyo objeto consiste en la realización de una obra se requerirá que al menos conste los estudios de viabilidad del proyecto. Incluso, el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 dispone que las entidades y los servidores públicos responderán cuando hubieren iniciado procedimientos de selección sin haber elaborado los diseños correspondientes⁸. Igualmente, para los procesos de licitación pública, el numeral primero del artículo 30 *ibidem*

⁸ El artículo 26.3 de la Ley 80 de 1993 dispone que «Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos»



prescribe que «De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. *Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad*» (Énfasis fuera de texto).

No obstante, el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 no impide que en un mismo proceso de contratación se adelante de forma conjunta el proceso de construcción de la obra y la elaboración de los estudios y diseños que expliquen con mayor detalle a las obras y estructuras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto, ya que sólo se requiere que existan unos estudios de viabilidad. Lo anterior se reitera con lo previsto en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, el cual señala que, dentro de los estudios previos, cuando el objeto de contratación incluye el diseño y construcción, se requiere los documentos técnicos del proyecto⁹.

En este sentido, de forma expresa, se prevé la posibilidad que en un mismo proceso de contratación se adelante la elaboración de los diseños y la construcción de una obra. En otras palabras, debe quedar claro que la consagración de la obligación contractual a cargo del contratista de obra de realizar los estudios y diseños para la obra pública constituye una forma en la que se satisface plenamente el deber legal de contar, de manera previa a la apertura de un procedimiento de licitación pública para la contratación de una obra pública, con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental¹⁰.

Ahora bien, es importante subrayar que en nuestro ordenamiento jurídico existen distintas fases para la elaboración y contratación de los estudios de viabilidad de un proyecto de construcción. En efecto, el artículo 12 de la Ley 1862 de 2013 define y clasifica los diversos estudios de ingeniería que se adelantan para la ejecución de los proyectos de infraestructura de transporte en: i) fase I- prefactibilidad, ii) fase II- factibilidad y iii) fase III-

⁹ Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: «[...] 2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto [...]».

¹⁰ Al respecto, la doctrina considera que «[...] resulta legalmente posible que se contrate en un mismo proceso el diseño de la obra y su ejecución, en la medida que los estudios previos realizados por la entidad soporten esa necesidad, lo que resulta consistente con la frase final del numeral 2° del artículo 20 del Decreto 1510 de 2013, al disponer que cuando el objeto a contratar comprenda el diseño y construcción de la obra, deberán publicarse los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto [...]» (Cfr. SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho público contractual: Bogotá: Legis, 2014. p. 6).

estudios y diseños definitivos.

El estudio de «Fase 1. Prefactibilidad» es el que se realiza el prediseño aproximado del proyecto, presentando alternativas y realizar la evaluación económica preliminar recurriendo a costos obtenidos en proyectos con condiciones similares, utilizando modelos de simulación debidamente aprobados por las entidades solicitantes. En el estudio de «Fase 2. Factibilidad» se debe diseñar el proyecto y efectuar la evaluación económica final, y, además, tiene por finalidad establecer si el proyecto es factible para su ejecución, considerando todos los aspectos relacionados con el mismo. Finalmente, en el estudio de «Fase 3. Estudios y diseños definitivos» se deben elaborar los diseños detallados tanto geométrico como de todas las estructuras y obras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto¹¹. De acuerdo con las definiciones de los estudios de ingeniería es posible concluir que, para adelantar el proceso de contratación, cuyo objeto consiste en la construcción de una obra pública, se requerirá contar con los estudios de prefactibilidad y estudios de factibilidad, porque a través de estos se verifica la viabilidad del proyecto.

Inclusive, en el evento en que la entidad estatal ya cuente con estudios y diseños para la obra pública, siempre en cumplimiento del principio de planeación y con el fin de

¹¹ Ley 1682 de 2013: «Artículo 12. En lo que se refiere a la infraestructura de transporte terrestre, aeronáutica, aeroportuaria y acuática, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

»Estudios de Ingeniería. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, las siguientes definiciones deben tenerse en cuenta en la preparación de los diversos estudios de ingeniería que se adelanten para la ejecución de los proyectos de infraestructura:

»Fase 1. Prefactibilidad. Es la fase en la cual se debe realizar el prediseño aproximado del proyecto, presentando alternativas y realizar la evaluación económica preliminar recurriendo a costos obtenidos en proyectos con condiciones similares, utilizando modelos de simulación debidamente aprobados por las entidades solicitantes. En esta fase se debe consultar la herramienta o base de datos que determine el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para tal fin, dentro de la Ventanilla Integral de Trámites Ambientales en Línea (Vital). El objetivo de la fase 1 es surtir el proceso para establecer la alternativa de trazado que a este nivel satisface en mayor medida los requisitos técnicos y financieros.

»Fase 2. Factibilidad. Es la fase en la cual se debe diseñar el proyecto y efectuar la evaluación económica final, mediante la simulación con el modelo aprobado por las entidades contratantes. Tiene por finalidad establecer si el proyecto es factible para su ejecución, considerando todos los aspectos relacionados con el mismo.

»En esta fase se identifican las redes, infraestructuras y activos existentes, las comunidades étnicas y el patrimonio urbano, arquitectónico, cultural y arqueológico que puedan impactar el proyecto, así como títulos mineros en procesos de adjudicación, otorgados, existentes y en explotación.

»Desarrollados los estudios de factibilidad del proyecto, podrá la entidad pública o el responsable del diseño si ya fue adjudicado el proyecto, continuar con la elaboración de los diseños definitivos.

»Finalizada esta fase de factibilidad, la entidad pública o el contratista, si ya fue adjudicado el proyecto de infraestructura de transporte, adelantará el estudio de impacto ambiental, el cual será sometido a aprobación de la autoridad ambiental quien otorgará la licencia respectiva.

»Fase 3. Estudios y diseños definitivos. Es la fase en la cual se deben elaborar los diseños detallados tanto geométricos como de todas las estructuras y obras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto. El objetivo de esta fase es materializar en campo el proyecto definitivo y diseñar todos sus componentes de tal manera que se pueda dar inicio a su construcción».



corroborar la «viabilidad» del proyecto, puede modificarlos o ajustarlos. Precisamente, en relación con este supuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado considera que:

La contratación, entendida como un instrumento para alcanzar los fines estatales y satisfacer el interés público, hace que la administración se encuentre facultada para modificar los diseños y estudios previstos inicialmente para la ejecución de una obra pública, cuando éstos adolezcan de errores o sean insuficientes o inadecuados, independientemente de la responsabilidad que ello pueda generar.

Por consiguiente, si para alcanzar el objeto contractual se hace necesario corregir errores de diseño o buscar soluciones técnicas alternativas frente a eventos no previstos, la administración está en la posibilidad, y en el deber jurídico, de adecuar los diseños y estudios, así ello implique la ejecución de una mayor cantidad de obra y el desarrollo de obras adicionales al objeto contractual, máxime si, como en el caso que nos ocupa, actuar de una manera distinta puede comprometer la estabilidad misma de los trabajos.

De lo anterior resulta claro que es un deber de la administración ordenar las modificaciones necesarias para responder por la buena ejecución de los trabajos y el logro del fin perseguido con la contratación; es un imperativo de su gestión, al cual no puede sustraerse so pena de incurrir en responsabilidad por omisión, pues iría en contra de lo previsto en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993¹². (Énfasis fuera del texto)

Dicho lo anterior, es un deber jurídico de la entidad estatal adecuar los diseños y estudios, con el fin de procurar que la ejecución de la obra cumpla con las finalidades previstas. En este sentido, se corrobora que el alcance del objeto del contrato de obra pública permitiría que una de las obligaciones del contratista sea ajustar, revisar y/o modificar los estudios con que cuenta la entidad pública contratante. De hecho, esta situación se prevé en los documentos tipo para la licitación de obra pública de infraestructura de transporte¹³. En el mismo sentido, la doctrina considera lo siguiente:

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1439 del 18 de julio de 2002. Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri.

¹³ En efecto, en el Anexo Técnico 1 de la Resolución 240 de 2020, «Por la cual se actualizan los Documentos Tipo para los procesos de selección de licitación de obra pública de infraestructura de transporte y se deroga la Resolución 0045 de 2020», dispone que dentro de los documentos que la entidad entrega para la ejecución del contrato se encuentran los estudios y diseños que ésta posea. En este sentido, en el literal b del numeral 6 se indica lo siguiente:

«El contratista deberá realizar lo necesario y suficiente en orden a conocer, revisar y estudiar completamente los estudios y diseños que la entidad entregue para la ejecución de las obras objeto de este contrato. En consecuencia, finalizado el plazo previsto por la entidad para la revisión de estudios y diseños [cuando aplique], si el contratista no se pronuncia en sentido contrario, se entiende que ha aceptado los estudios y diseños presentados por la entidad y asume toda la responsabilidad de los resultados para la implementación de los mismos y la ejecución de la obra contratada, con la debida calidad, garantizando la durabilidad, resistencia, estabilidad y funcionalidad de tales obras.

A menos de que el contrato se ordene, el constructor no está obligado a revisar ni a completar los diseños constitutivos del proyecto, porque el diseño y la construcción son actividades especializadas. *Pero en ocasiones el constructor es llamado a verificar y al complementar los diseños, e incluso adoptarlos como suyos. Entonces el dueño le traslada verdaderas obligaciones profesionales tocantes con la concepción misma del proyecto cuya ejecución le ha confiado [...]*¹⁴. (Énfasis fuera de texto)

Otra de las opciones jurídicas previstas en nuestro ordenamiento jurídico para la elaboración de los estudios y diseños se encuentra en la tipología contractual denominada «llave en mano». En efecto, según la Guía de obra pública, en esta tipología contractual «el contratista se compromete a realizar todas las labores relacionadas con la obra incluyendo los diseños, estudios de factibilidad, construcción, contratación del personal, instalaciones y suministros y la contraprestación a cargo del contratista es la obra terminada y en funcionamiento»¹⁵. De este modo, resulta claro que el contrato «llave en mano» es un sistema de contratación para construcción de obras, en el que el contratista se compromete a ejecutar la totalidad de prestaciones, incluyendo estudios previos, diseños, suministro de equipos, ejecución de la obra en condiciones tales que, al finalizar la labor, permita a la entidad contratante la puesta en marcha de obra en el momento en que se efectúe su entrega.

Por lo tanto, el contrato de obra de llave en mano no se agota en la labor constructiva típica, pues incluye tanto la elaboración de los diseños como la puesta en funcionamiento de la obra contratada, lo que justifica una contraprestación a precio global y alzado. En esta forma de contratación, la obra «[...] debe estar provista de todo lo que fuere necesario, según las normas técnicas aplicables, para operar en condiciones de eficiencia y seguridad [...]»¹⁶. Además, «[...] El contrato llave en mano incluye el diseño básico y de detalle, la construcción, la adquisición e instalación de los equipos y sistemas necesarios, la transferencia al propietario de tecnología, las pruebas de funcionamiento previas a la

»Cualquier modificación y/o adaptación y/o complementación que el contratista pretenda efectuar a los estudios y diseños deberán ser tramitadas por el contratista para su aprobación por la Interventoría, sin que ello se constituya en causa de demora en la ejecución del proyecto». Cfr. <https://www.colombiacompra.gov.co/content/documentos-tipo-para-licitacion-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte-version-3>

¹⁴ VALLEJO, Felipe. Responsabilidad profesional en la construcción de obras. Revista Derecho Del Estado, n.º 20 (1), 97-120. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/706>. pp. 106-107.

¹⁵ Guía para los procesos de contratación de obra pública, expedida por Colombia Compra Eficiente. Pág 9.

¹⁶ PODETTI, Humberto. El contrato de construcción. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 248.

recepción y, en algunos casos, el entrenamiento del personal del comitente y la puesta en marcha comercial [...]»¹⁷. Estas características especiales del contrato son una solución eficaz para reducir costos y plazos de transacción en la licitación de obras, ya que en un solo proceso se lleva a cabo la licitación del diseño de las obras y su construcción, responsabilizando al contratante de la planeación de la obra y reduciendo los riesgos asociados con «errores de diseño» que son una causa normal sobrecostos.

Conforme al alcance normativo del objeto del contrato de obra, en dicha tipología contractual es posible establecer cláusulas para realización de los diseños. De lo anterior se desprende que la entidad pública contratante, en ejercicio de su discrecionalidad, también puede contratar los diseños mediante un contrato de consultoría que sea resultado de un concurso de méritos, pues dicha actividad se enmarca en el alcance del artículo 32.2 de la Ley 80 de 1993. De esta manera, «[...] si la necesidad [...] es “diseñar y construir”, la misma se satisface contratando ambas cosas. Si por el contrario es solo “diseñar”, se entiende contratado únicamente el diseño. Por lo dicho, los “diseños” que se requieren previamente son los proporcionales a la necesidad a satisfacer»¹⁸.

3. Respuesta

i) «En la página 11 de la Guía para procesos de contratación de obra pública, disponible en https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_obra_publica.pdf, se menciona que "Los contratos de obra pública cuya modalidad de selección es la licitación pública deben contar con un interventor"; la consulta es: esta situación aplica para todos? es de obligatorio cumplimiento? Hay alguna norma que lo reglamente?».

De acuerdo con la explicación precedente, la interventoría: i) será un mecanismo de vigilancia contingente en la medida que solo es obligatorio para el seguimiento de los contratos de obra adjudicados por licitación pública –art. 32, numeral 1–; en los demás casos se requerirá cuando «el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen» –art. 83, Ley 1474 de 2011–. ii) Este mecanismo de vigilancia exige, en su ejecución, la utilización de conocimientos especializados. iii) Por lo anterior, la entidad contrata un experto a través de un concurso de méritos, al tratarse la interventoría de una especie del contrato de consultoría –art. 32, numeral 2, inciso 2, Ley 80 de 1993 –, de manera que la interventoría es realizada por una «persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal» –art. 83, Ley 1474–. iv) Le es inherente el seguimiento técnico, frente a la vigilancia de la correcta

¹⁷ *Ibidem.*, pp. 248-249.

¹⁸ SUÁREZ BELTRÁN, Ob. cit., p. 7.



ejecución del contrato vigilado; sin embargo, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 permite que en el contrato de interventoría también se pacten obligaciones para que el contratista realice el seguimiento administrativo, financiero, contable o jurídico. v) En caso de que no se encomiende al interventor el seguimiento total del contrato, en el contrato 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» –art. 83, inciso 3–. Finalmente, vi) el contrato de interventoría será supervisado directamente por la entidad –art. 83, inciso 4–.

ii) «Cuando una entidad suscribe un contrato de gestión colectiva laboral, que tipo de contratación se puede hacer mediante esa figura?? Solo servicios profesionales?? Es posible contratar el servicio de aseo y mantenimiento por esa figura??».

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o conceptuar sobre la *suscripción de contratos laborales* desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹⁹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a brindar asesorías sobre casos puntuales ni interpretar normas ajenas al sistema de compras públicas como las relacionadas con los «contratos de gestión colectiva laboral», tipología que no está definida en el Estatuto General de Contratación Pública ni en sus decretos reglamentarios. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera,

¹⁹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general».

le corresponderá a cada entidad definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de celebrar determinado contrato en específico.

iii) «Todo contrato de obra pública debe llevar diseños?».

Previo al inicio de un procedimiento de licitación pública para la contratación de una obra pública, la entidad estatal debe contar con «los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental», en los términos del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011. El referido artículo 87 dispone que, cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, previo a la apertura del proceso de selección, o a la firma del contrato, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental.

Incluso, el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 dispone que las entidades y los servidores públicos responderán cuando hubieren iniciado procedimientos de selección sin haber elaborado los diseños correspondientes. Igualmente, para los procesos de licitación pública, el numeral primero del artículo 30 *ibidem* prescribe que «De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. *Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad*» (Énfasis fuera de texto).

Conforme al alcance normativo del objeto del contrato de obra, en dicha tipología contractual es posible establecer cláusulas para realización de los diseños. De lo anterior se desprende que la entidad pública contratante, en ejercicio de su discrecionalidad, también puede contratar los diseños mediante un contrato de consultoría que sea resultado de un concurso de méritos, pues dicha actividad se enmarca en el alcance del artículo 32.2 de la Ley 80 de 1993. De esta manera, «[...] si la necesidad [...] es “diseñar y construir”, la misma se satisface contratando ambas cosas. Si por el contrario es solo “diseñar”, se entiende contratado únicamente el diseño. Por lo dicho, los “diseños” que se requieren previamente son los proporcionales a la necesidad a satisfacer».

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



Original Firmado
Jorge Augusto Tirado Navarro

JORGE AUGUSTO TIRADO NAVARRO
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Elaboró: Nathalia Andrea Urrego Jiménez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Juan David Montoya Penagos
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Jorge Augusto Tirado Navarro
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE

