

CONCEPTO 34277 DE 2018

(Junio 21)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

De manera comedida procedemos a resolver la consulta allegada mediante comunicación electrónica de fecha 07 de junio de 2018, Radicado 8-2018-030937, nos pronunciamos en el siguiente sentido:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Teniendo en cuenta que la situación referida en la solicitud de concepto enmarca una situación particular y concreta sobre un contrato específico y su situación particular, esta Coordinación se abstiene de pronunciarse sobre el caso particular y mucho menos proponer soluciones concretas, pues es de competencia del supervisor del contrato y de las directivas regionales la toma de decisiones frente a la situación fáctica que se presenta.

Sin embargo, con el fin de brindar elementos de juicio necesarios para la toma de decisiones, hacemos el siguiente análisis en abstracto, mas no de la situación concreta y particular.

De igual manera es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

CONCEPTO JURÍDICO

a) ANTECEDENTES

Mediante correo electrónico del 07 de junio de 2018, fue puesto en nuestro conocimiento la siguiente consulta:

Solicito muy respetuosamente concepto jurídico sobre el alcance del contrato xxxx de 20xxx que tiene por objeto ” Estudios técnicos, diseño, demolición parcial, construcción y reforzamiento estructural de la infraestructura física de la Regional xxxxx “Centro xxxxx”, en predios localizados en xxxxxxx”, teniendo en cuenta los conceptos presentados por el contratista, la Interventoría y el Grupo de construcciones...

En aras de acercarse al presupuesto contractual el contratista, presentó varias alternativas para la ejecución de la fase de obra, siendo la numero cinco (5), la alternativa que se ajusta al presupuesto contractual y consiste en ejecutar en una primera fase, la demolición de la sede xxxxx de un edificio nuevo fase 1 cuyo valor absorbe todo el presupuesto asignado a la fase de construcción del contrato. Esta alternativa implica que no se realizaría el reforzamiento del edificio Regional y del coliseo como estaba inicialmente planteado en el proyecto.

En este contexto esta Dirección solicita su concepto jurídico si es viable seleccionar la

alternativa planteada sin incluir el reforzamiento, el cual estaba en el objeto contractual.

Se anexa acta de suspensión.

-Se deja constancia que la consulta se resuelve sin recibir anexo adicional al mencionado y con la información suministrada, se suprime nombres.

No obstante lo anterior nos permitimos realizar los siguientes pronunciamientos:

b) MODIFICACIÓN CONTRACTUAL

Sea lo primero advertir, que el objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, es cumplir con los fines estatales, satisfacer el interés general, dar una continua y eficiente prestación de los servicios públicos y procurar la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, lo cual debe estar presente durante la ejecución del contrato. Por lo que, en ocasiones es necesario hacer modificaciones al contrato para la consecución de dichos fines. De esta manera surge el principio de mutabilidad permitiendo que el contrato estatal pueda modificarse, con la finalidad de cumplir con los cometidos para los cuales fue previsto.

Esta modificación puede ser por un acuerdo bilateral o por acto unilateral de la entidad contratante y deberá ser motivado tal como lo dispone el artículo [16](#) de la Ley 80 de 1993:

Artículo [16](#). De la modificación unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Frente a este asunto, ha precisado la Honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia C – 300 de 2012, que:

Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato.^[i] Así lo prevén por ejemplo los artículos [14](#) y [16](#) de la ley 80, los cuales facultan a la entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para “(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación”, entre otros. En el mismo sentido, en la sentencia C-949 de 2001^[ii], la Corte Constitucional señaló que las prórrogas de los contratos –como especie de modificación- pueden ser un instrumento útil para lograr los fines propios de la contratación estatal.^[iii]

Vale la pena destacar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 13 de agosto de 2009:

La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado.²¹

Es necesario que las modificaciones del contrato, estén dadas por ajustes del valor o del plazo

inicial del contrato, pero nunca por modificaciones o alcances al objeto del mismo, por cuanto esto equivaldría a la celebración de un nuevo contrato, de conformidad a lo indicado por el Consejo de Estado.^[iv] Es por ello, que se procede únicamente a estudiar aquellas figuras que son constitutivas de modificación del contrato, siendo estas: la prórroga del contrato (plazo) y la adición del contrato (valor).

No obstante lo anterior, la legislación colombiana ha impuesto algunos límites en cuanto se trata de modificación de los contratos públicos, con el fin de dar cumplimiento a los principios que rigen este tipo de contratación, entre éstos se encuentra, por ejemplo, el límite de la adición de los contratos hasta el 50% de su valor inicial, los límites en las prórrogas de contratos de concesión, los cuales solo pueden ascender al 20% del plazo, y la limitación en la modificación del objeto contractual y los factores que hayan sido objeto de puntuación dentro del proceso de selección.

Vale hacer énfasis en esta última limitación a la autonomía de modificación contractual que le asiste a las entidades públicas, relativa a no poderse modificar los aspectos contractuales que se derivan de factores que fueron ponderados durante el proceso.

2. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA DE CONTRATOS ESTATALES

Derivado del deber de vigilancia que le corresponde a las entidades estatales de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, el legislador estableció en cabeza de la supervisión e interventoría funciones tendiente a exigir y vigilar permanentemente la correcta ejecución de los contratos a través de lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, en donde la norma dispone:

ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. 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 [...] (subrayado y negritas fuera del texto original).

De manera que sobre el Supervisión y/o Interventor recaen las responsabilidades y deberes que se derivan el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, adicional a las asignadas a través de la ley 1474 de 2011 y lo dispuesto en el Manual de Supervisión e Interventoría del SENA, que pueden sintetizarse en que debe realizar la vigilancia del Contrato la cual “está integrada por un conjunto de funciones o actividades interdisciplinarias necesarias para verificar el cumplimiento de los aspectos técnicos, administrativos, financieros, contables y jurídicos en las etapas de ejecución y terminación del contrato y en cualquier otro momento en el cual la vigilancia sea necesaria”^[1].

La Ley 1474 de 2011 estableció la definición de Supervisión como:

Art. 83 [...]

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

Por su parte, la Agencia Nacional de Contratación –Colombia Compra Eficiente- a través de la

Guía para el Ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de la siguiente manera:

A ¿Qué es la Supervisión?

La supervisión es el seguimiento integral que debe hacer la Entidad Estatal a la ejecución de un contrato para asegurar que cumpla con su propósito. La supervisión del contrato requiere revisión constante de la ejecución de las prestaciones del contrato, sus aspectos técnicos, administrativos, financieros, contables y jurídicos.

La interventoría es el seguimiento técnico especializado a la ejecución de un contrato a través de un tercero independiente de la Entidad Estatal. La interventoría procede cuando el objeto del contrato, es complejo, extenso o su seguimiento suponga conocimiento especializado. A pesar de que la interventoría corresponde al seguimiento del contrato, la Entidad Estatal si lo encuentra justificado y de acuerdo con la naturaleza del contrato principal, incluir en la interventoría el seguimiento de las obligaciones administrativas, financieras, contables y jurídicas derivadas del mismo.

La diferencia es que la interventoría es un seguimiento especializado y el seguimiento no tiene el nivel de especialización propio de la interventoría.

En cuanto a la interventoría la legislación colombiana establece la siguiente definición:

Art. [83](#) Ley 1474 [...]

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.

Por su parte la Guía de supervisión de contratos estatales de Colombia Compra Eficiente, dispuso la siguiente definición:

La interventoría es el seguimiento técnico especializado a la ejecución de un contrato a través de un tercero independiente de la Entidad Estatal. La interventoría procede cuando el objeto del contrato, es complejo, extenso o su seguimiento suponga conocimiento especializado. A pesar de que la interventoría corresponde al seguimiento del contrato, la Entidad Estatal, si lo encuentra justificado y de acuerdo con la naturaleza del contrato principal^[2], puede incluir en la interventoría el seguimiento de las obligaciones administrativas, financieras, contables y jurídicas derivadas del mismo^[3]

Así las cosas, se evidencia que la supervisión es un seguimiento integral del contrato que debe ser ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieran conocimientos especializados, lo cual hace que se diferencie de la interventoría. Asimismo, se diferencia en la medida que ésta última es obligatoria en algunos contratos determinados por la Ley.

En cuanto a las facultades y funciones, la Ley [1474](#) de 2011 estableció:

La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

Por su parte, la citada Guía establece como funciones de la supervisión e interventoría:

- Conocer y entender los términos y condiciones del contrato.
- Advertir oportunamente los Riesgos que puedan afectar la eficacia del contrato y tomar las medidas necesarias para mitigarlos de acuerdo con el ejercicio de la etapa de planeación de identificación de Riesgos y el manejo dado a ellos en los Documentos del Proceso.
- Hacer seguimiento del cumplimiento del plazo del contrato y de los cronogramas previstos en el contrato. Identificar las necesidades de cambio o ajuste.
- Manejar la relación con el proveedor o contratista.
- Administrar e intentar solucionar las controversias entre las partes.
- Organizar y administrar el recibo de bienes, obras o servicios, su cantidad, calidad, especificaciones y demás atributos establecidos en los Documentos del Proceso.
- Revisar si la ejecución del contrato cumple con los términos del mismo y las necesidades de la Entidad Estatal y actuar en consecuencia de acuerdo con lo establecido en el contrato.
- Aprobar o rechazar oportuna y de forma justificada el recibo de bienes y servicio de acuerdo con lo establecido en los Documentos del Proceso.
- Informar a la Entidad Estatal de posibles incumplimientos del proveedor o contratista, elaborar y presentar los soportes correspondientes.
- Solicitar los informes necesarios y convocar a las reuniones requeridas para cumplir con su función.
- Informar y denunciar a las autoridades competentes cualquier acto u omisión que afecte la moralidad pública con los soportes correspondientes.
- Suscribir las actas generadas durante la ejecución del contrato para documentar las reuniones, acuerdos y controversias entre las partes, así como las actas parciales de avance, actas parciales de recibo y actas de recibo final.

En este orden de ideas se identifica que la interventoría y/o la supervisión juegan un rol trascendental en las modificaciones del contrato, en la medida que esto hace parte de la ejecución del contrato. De manera que si bien las modificaciones solo puede ser realizada por el ordenador del gasto, el interventor deberá dar aval técnico y jurídico dentro del ámbito de su competencia y su contrato.

C) CONSULTA

Respecto a sus consultas, nos permitimos recordarle que esta coordinación no cuenta con

competencia para emitir conceptos en casos particulares y concretos, no obstante, de acuerdo con las anteriores consideraciones jurídicas advertimos que la viabilidad jurídica y técnica para la modificación del contrato debe ser determinada por el interventor del mismo.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordialmente,

CARLOS EMILIO BURBANO BARRERA

Coordinador

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Circular 21 de 2016 de la Procuraduría General de la Nación, citada en la Guía para el ejercicio de Supervisión e Interventoría de los Contratos Suscritos por las Entidades Estatales expedida por la Agencia Nacional de Contratación -Colombia Compra Eficiente-.
2. El uso de la expresión “contrato principal” en este documento no significa que implica que el contrato de interventoría no sea autónomo o que esté subordinado al contrato objeto de seguimiento
3. Inciso tercero del artículo [83](#) de la Ley 1474 de 2011.
- 4.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

