

*La regulación del Contrato de
Consultoría:
¿Tendencia a incrementar la
responsabilidad del consultor?*

FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS

ABRIL 2008



ESTRUCTURA PRESENTACIÓN

1. Normatividad antes de la Ley 80
2. Normatividad Contrato de Consultoría
3. Nuevo procedimiento de selección
4. Responsabilidad antes de la Ley 80
5. Responsabilidad con la Ley 80
6. Ejemplo
7. Reflexiones



1. Normatividad antes de la Ley 80

Decreto 222/83

ARTICULO 115. DEL OBJETO DEL CONTRATO. Son contratos de consultoría los que se refieren a estudios requeridos previamente para la ejecución de un proyecto de inversión, a estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos especificados así como a las asesorías técnicas y de coordinación.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, la asesoría misma en el desarrollo de los contratos de consultoría y la ejecución de estudio, diseños, planos, anteproyectos, proyectos, localización, asesorías, coordinación o dirección técnica y programación de obras públicas.



2. Normatividad Contrato de Consultoría

Ley 80 de 1993

ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. 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:

(...)

2°. Contrato de Consultoría

Son contratos de consultoría 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.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus ordenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.



2. Normatividad Contrato de Consultoría

Ley 1150 de 2007 (Reforma ley 80)

ARTÍCULO 2. De las modalidades de selección.

(...)

3. Concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado.



2. Normatividad Contrato de Consultoría

Decreto 066 de 2008

Artículo 54. *Aplicabilidad del concurso de méritos.* Para la selección de consultores o proyectos a que se refiere (...) las entidades estatales utilizarán sistemas de precalificación,(...).

Son objeto de selección mediante concurso de méritos con precalificación, los servicios de consultoría a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

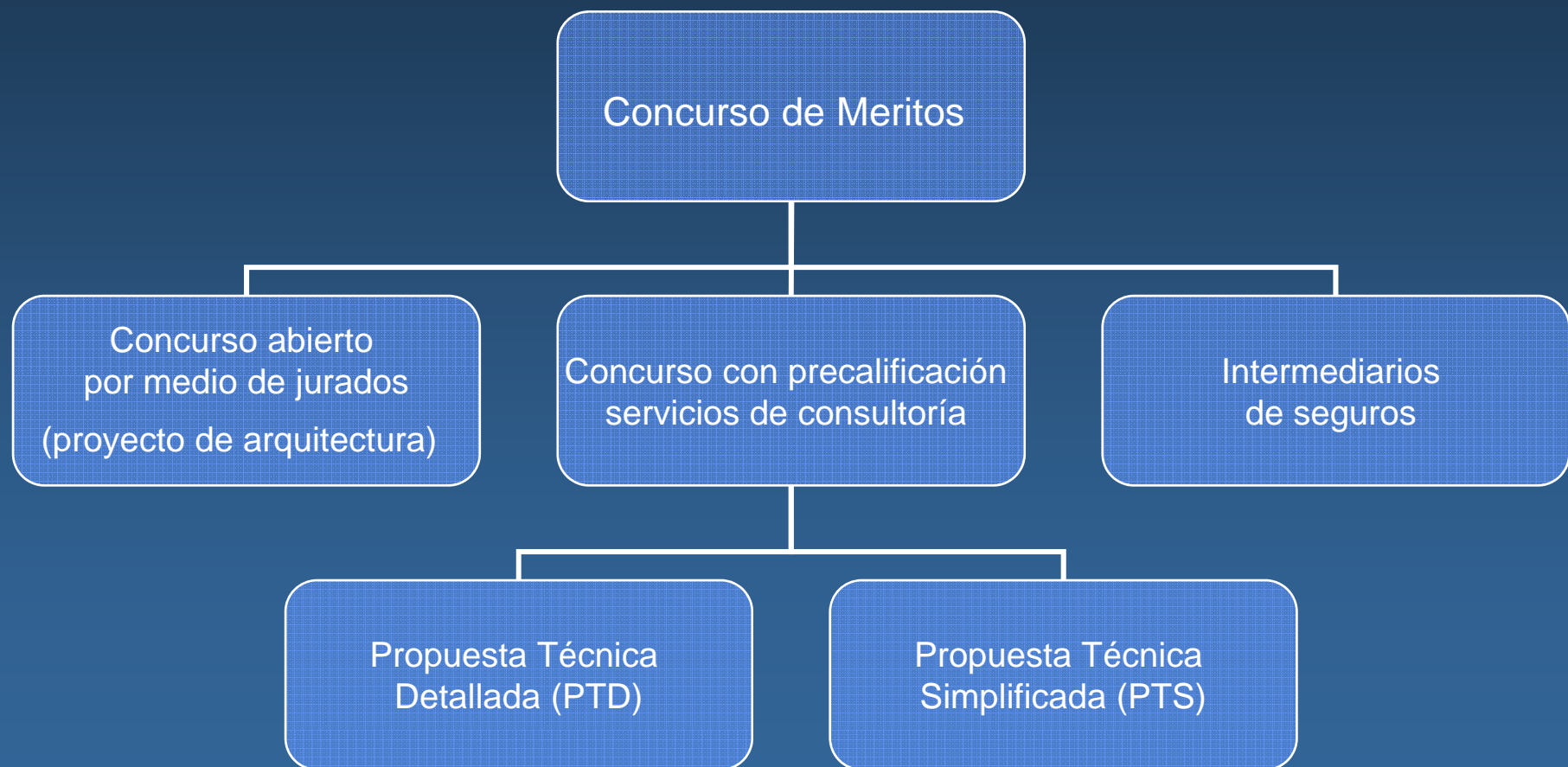
En ningún caso el precio de la propuesta constituirá factor de escogencia en la selección.

Si el objeto contractual a adquirir es de tipo complejo, (...) que involucre además de servicios de consultoría, otras prestaciones, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra, la selección deberá adelantarse mediante licitación pública o selección abreviada, (...)

Parágrafo 1°. Por labores de asesoría, y de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión (...) entiéndase las llevadas a cabo con ocasión de la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos, carreteras, vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riesgos, drenajes y pavimentos; oleoductos, gasoductos, poliductos, líneas de conducción y transporte de hidrocarburos; líneas de transmisión eléctrica, y en general todas aquellas actividades relacionadas la ingeniería a que se refiere el artículo 2° de la Ley 842 de 2003.



3. Nuevo procedimiento de selección





3.1 ¿ Los requisitos de selección afectan los límites de la responsabilidad del consultor?

3.1.1. **Subjetividad en el establecimiento de los criterios**

3.1.2. Alcance del requisito de exigir desde la presentación de la oferta, el establecimiento de la propuesta metodológica (¿know how?)

3.1.3. Comité evaluador compuesto exclusivamente por expertos en el área a contratar

3.1.4. El precio de la propuesta no constituirá factor de escogencia en la selección

3.1.1. Subjetividad en el establecimiento de los criterios

Servicios de Consultoría

Precalificación y conformación de la lista corta

Homogeneidad naturaleza jurídica, objetivos empresariales, académicos, científicos o investigativos similares

Para la conformación de la lista corta deberán utilizarse, los siguientes factores:

Experiencia deberá ser proporcional, relevante y suficiente

Capacidad intelectual

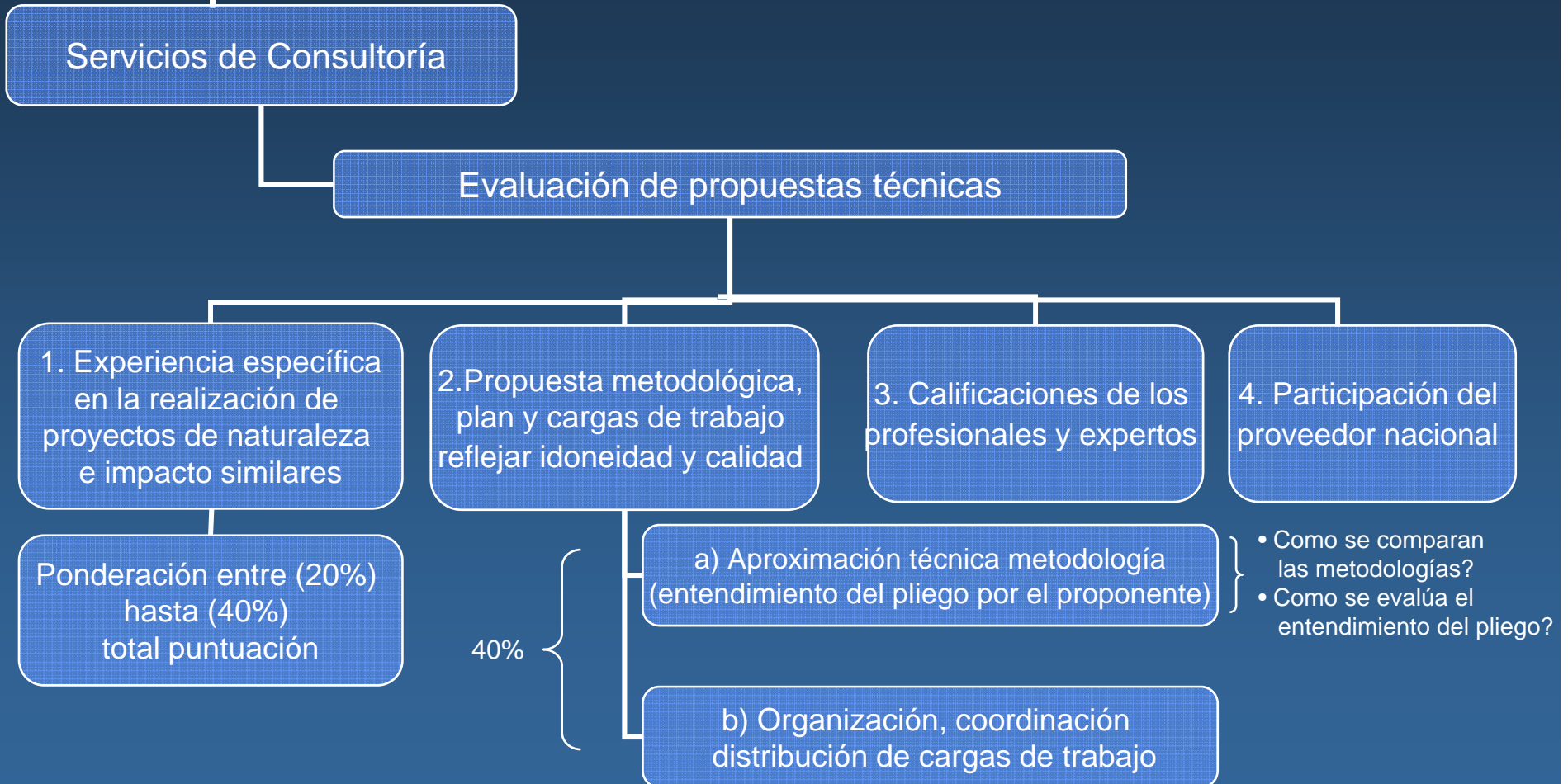
Capacidad operacional, de organización y administrativa

Historial profesional confiabilidad y reconocimiento

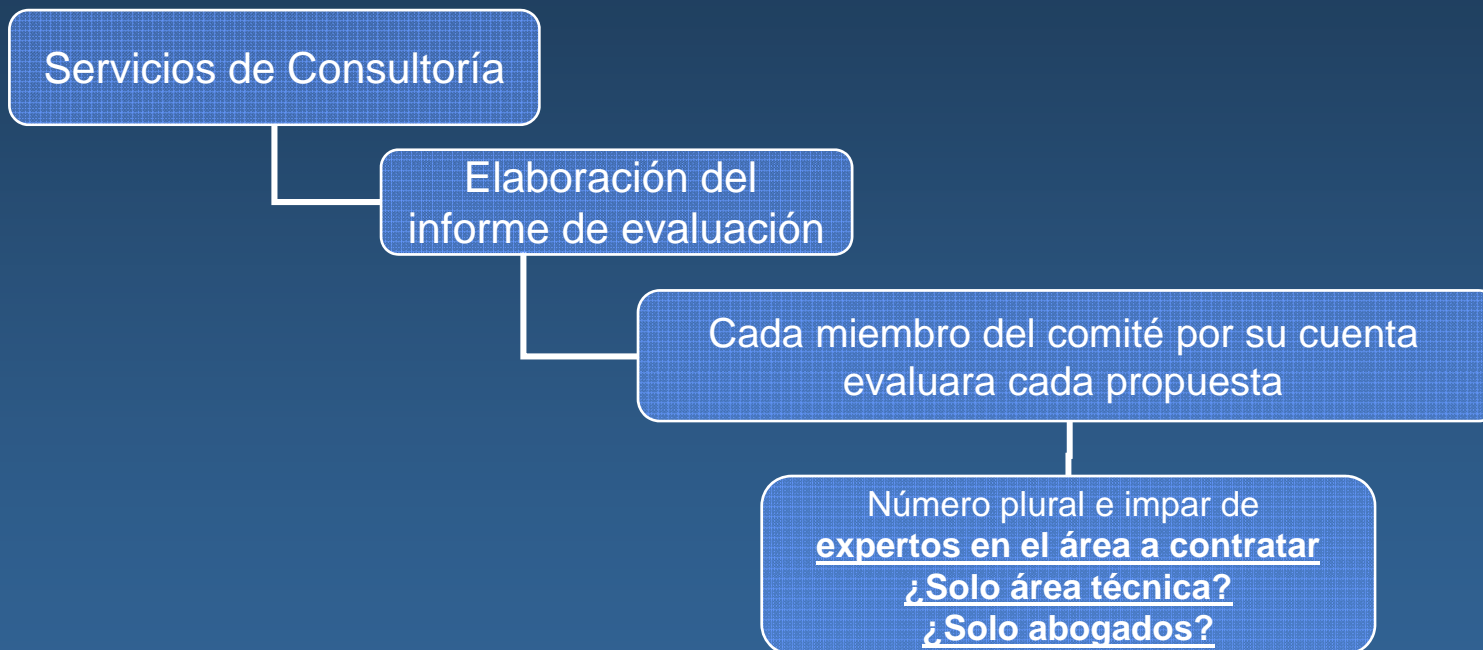
¿calificaciones del interesado?

¿Confiable según quien?
¿Reconocido según quien?

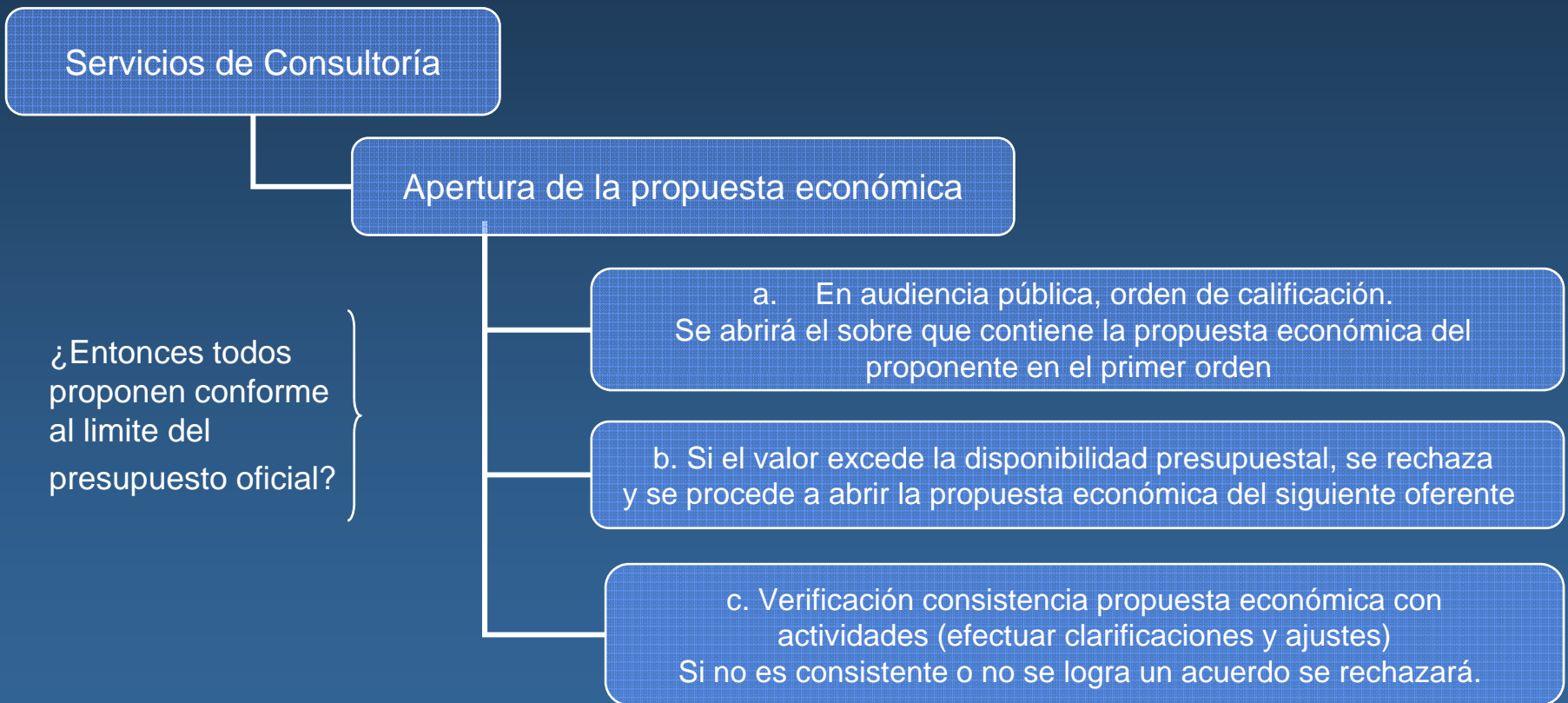
3.1.2. Alcance del requisito de exigir el establecimiento de la propuesta metodológica (¿know how?)



3.1.3. Comité evaluador compuesto exclusivamente por expertos en el área a contratar



3.1.4. El precio de la propuesta no constituirá factor de escogencia en la selección





4. Responsabilidad antes de la Ley 80

Sentencia Consejo de Estado Expediente. 6008 Consejero Ponente Carlos Ramírez Arcila 6 de Diciembre de 1990:

“Esta Sala en diferentes oportunidades se ha referido a los interventores en contratos con la administración como a representantes o delegados de la entidad administrativa contratante y está de acuerdo con el Ministerio Público en que el Tribunal al pronunciarse sobre los exámenes de laboratorio no estaba juzgando actuaciones de un tercero sino actuaciones del mandante realizadas o ejecutadas por el mandatario.”



5. Responsabilidad con la Ley 80

ARTICULO 53. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS CONSULTORES, INTERVENTORES Y ASESORES. Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen 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 consultoría, interventoría o asesoría.

ARTICULO 56. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTICULARES QUE INTERVIENEN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.



5. Responsabilidad con la Ley 80

Sentencia C-563/98 M.P. Carlos Gaviria:

“Realmente no encuentra la Sala que la norma del art. 53, en materia de responsabilidad de los diferentes tipos de contratistas agregue algo nuevo a la noción general de responsabilidad que para todo contratista se deriva del art. 52 de la ley 80/93, porque examinada aquélla se observa que la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores, se deduce, como es apenas lógico y normal del cumplimiento o no de sus obligaciones contractuales y de las acciones y omisiones antijurídicas en que estos puedan haber incurrido en la celebración y ejecución de los correspondientes contratos.

(...)

b) En el artículo 56 de la ley 80/93, se adiciona la regulación de la responsabilidad en materia penal del contratista, el interventor, el consultor y el asesor, cuando al asimilarlos a ‘particulares que cumplen funciones públicas’, se les sujeta ‘a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos’.”

6. Ejemplo

<u>Antes de la reforma</u> <u>(obligaciones específicas)</u>	<u>Después de la Reforma</u> <u>(Criterio amplio – toda la carga proponente)</u>
<p>OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATO</p> <p>Obligaciones especiales del Contratista:</p> <ul style="list-style-type: none">○ Vigilar el cumplimiento de las obligaciones contractuales○ Efectuar seguimiento a la eficiente y oportuna prestación de los servicios por parte del concesionario, a través de la supervisión y el control, teniendo en cuenta los aspectos técnicos, operativos, administrativos, financieros, económicos, jurídicos, ambientales y sociales de la misma.○ Mantener conforme a los plazos indicados en estos pliegos, continuamente informada a la entidad sobre (...)	<p>METODOLOGÍA, PLAN Y CARGAS DE TRABAJO como propuesta:</p> <ul style="list-style-type: none">○ Metodología. Actividades claves para la ejecución del proyecto○ Plan de trabajo. Nombre de la actividad, precedencias, duración estimada, inicio y final.○ Organización, coordinación y distribución de cargas de trabajo. Plan de calidad, Organigrama para el proyecto, funciones y responsabilidades <p><u>Durante el primer mes de ejecución del contrato, el contratista ajustara e implementara el plan de trabajo y la organización, de acuerdo a los requerimientos efectuados por la Entidad.</u></p>



7. Reflexiones

- Temporalidad estudios y diseños
- Claridad frente a productos a entregar