



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2018-1400-004550

Fecha: 08/08/2018

MEMORANDO

Bogotá D.C., 8 de Agosto de 2018

Para:

Maycol Suarez Franco
Director Técnico
Dirección de Infraestructura Social y Hábitat

De: Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Concepto jurídico precisión artículo 6, Resolución 015 de 2018 y viabilidad a la propuesta de documento que define los roles en materia de supervisión de contratos o convenios.

En atención a su solicitud, elevada mediante memorando No. M-2018-4400-000310, en la que requiere «precisión sobre las disposiciones establecidas en el siguiente aparte del ARTÍCULO SEXTO – “CORRESPONSABILIDAD” de la respectiva resolución: “*Los contratistas que apoyen la labor de supervisión podrán desarrollar cualquiera de las actividades previstas en la presente resolución para el supervisor, salvo que estas constituyan el ejercicio directo de la función de supervisión, la cual se materializa con la suscripción de documentos oficiales, instrucciones y demás trámites que se adelantan ante la otra parte del contrato o convenio, o ante cualquier área de Prosperidad Social*” (...) así como también demandan se “*emita concepto de viabilidad a la propuesta de documento que define los roles en materia de supervisión*” (...)», se produce el respectivo concepto en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES.

El 9 de mayo de 2018 la Dirección de Infraestructura Social y Hábitat, a través de memorando con Radicado No. M-2018-4400-000310, solicita concepto sobre la interpretación del artículo 6 de la Resolución 015 de 2018 y viabilidad a la propuesta de documento que define los roles en materia de supervisión de contratos o convenios, en virtud de las funciones asignadas mediante el Decreto 2094 de 2016.

Dentro de los términos establecidos en el artículo 21 de la Ley 1437 de 2011 sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, y revisado el contenido de la solicitud, se remitió el 10 de mayo de 2018 a la Subdirección de Contratación, la consulta elevada por la Dirección de Infraestructura Social y Hábitat, toda vez que, dentro de las funciones establecidas en el artículo 25 del Decreto 2094 de 2016 para la referida Subdirección se encuentra que deberá: «(...) 3. Diseñar, asesorar, coordinar, bajo los lineamientos de la Secretaría General, estudios, recomendaciones, metodologías y procedimientos de contratación. 4. Planear, asesorar, vigilar, controlar y verificar el cumplimiento de los procesos y procedimientos relacionados con la Planeación y Gestión Contractual del Departamento Administrativo, determinados en forma legal o estatutaria. (...)», y dado que la Resolución a tratar aparte de ser un instrumento para “*controlar y verificar el cumplimiento de los procesos y procedimientos relacionados con la Planeación y Gestión Contractual*”, fue redactada por dicha Subdirección; no obstante, lo anterior, el 27 de junio de la presente anualidad, la Subdirección de Contratación traslada nuevamente el presente asunto a la Oficina Asesora Jurídica.



II. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

Con el fin de delimitar los conceptos manejados en la consulta y dar respuesta al problema jurídico planteado, el análisis se adelantará exponiendo los diferentes tipos de definiciones y pronunciamientos respecto de los contratos manejados, así como la actividad o función de la supervisión, en los aspectos que se señalan a continuación:

1. Régimen legal

A. Contrato de obra, consultoría y prestación de servicios.

La Ley 80 de 1993 en el artículo 32 establece:

«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:

1. 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 o concurso¹ públicos, 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.

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 órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.

3. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta² o requieran conocimientos especializados.

¹ La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007.

² Las expresiones subrayadas fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.



En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable».

Por otro lado, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 señala 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.***

*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 (...)**» (Negrilla fuera de texto).*

El artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 contempla las facultades y deberes de los supervisores, cuya función de control y vigilancia sobre la ejecución contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional a cargo del contratista y los faculta para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual.

Así mismo, la citada disposición faculta a las entidades estatales para contratar personal a través de contratos de prestación de servicios profesionales para ejercer actividades de apoyo a la supervisión, los cuales en todo caso deben celebrarse atendiendo lo preceptuado en el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015 y el artículo 2.8.4.4.5 del Decreto 1068 de 2015, en los que los contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas, sólo se podrán celebrar cuando no exista personal de planta con capacidad para realizar las actividades que se contratarán.

B. De la supervisión

La función de supervisión del contrato es una actividad administrativa propia de las entidades estatales, que se deriva de los deberes de la entidad respecto del contratista, como lo establece el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, de la siguiente forma:

«De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1°. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante. (...)»

Las funciones de los supervisores de los contratos no están específicamente reguladas en la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni en sus decretos reglamentarios; aunque con la expedición de la Ley 1474 de 2011, se regula esta actividad, pues en su artículo 83 se define la función de supervisión en los siguientes términos:

*«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.***

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. (...)»

A



De acuerdo con lo señalado hasta este punto, se puede concluir que la supervisión es un proceso sucesivo interno de control que busca verificar que cada una de las partes que suscribe el contrato lo haga en los términos que se pactaron inicialmente.

2. Marco Jurisprudencial

La Corte Constitucional en Sentencia C - 614 de 2009, determinó cuales son los criterios para delimitar cuando estamos frente a un contrato laboral y cuando es factible la realización de contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión, de la siguiente forma:

«(...)

Criterio funcional:

La ejecución de funciones que se requieran para el ejercicio ordinario de las labores constitucionalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la Ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse, mediante vínculo laboral.

Criterio de igualdad:

Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral³, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública.

Criterio temporal o de la habitualidad:

Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia y continuidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual. Dicho en otros términos si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral.

Criterio de excepcionalidad:

*Si la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, **de manera transitoria**, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública. Por el contrario, si la gestión contratada "equivale al giro normal de los negocios" de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual.*

Criterio de continuidad:

Si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones de giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente la verdadera relación es de tipo laboral. (...)»⁴

Por otro lado, para mayor claridad en el desarrollo de este concepto, es conveniente exponer lo expresado por el Consejo de Estado referente a las diferencias entre contrato de prestación de servicios y contrato de consultoría (interventoría), así:

"Así las cosas, la diferencia específica que permitirá distinguir con claridad entre un contrato estatal de prestación de servicios y un contrato estatal de consultoría, aunque en principio y en teoría en el

³ Los tres elementos son: salario, prestación personal del servicio y subordinación.

⁴ Sentencia C- 614 de 2009, Sala Plena de la Corte Constitucional. Referencia: Expediente D-7615. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D. C. dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009)



objeto de ambos contratos se incluyan actividades similares –como por ejemplo brindar asesoría, cumplir labores de control y supervisión, ejercer la interventoría de otro contrato, etc.-, estará dada por el campo en el cual han de desarrollarse tales actividades.

Si las actividades que integran el objeto del respectivo vínculo –brindar asesoría, cumplir labores de control y supervisión, ejercer la interventoría de otro contrato-, están llamadas a ejecutarse en relación directa e inmediata con proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, estudios de factibilidad, estudios de prefactibilidad, proyectos específicos, etc., que correspondan a obras, proyectos de infraestructura, proyectos tecnológicos o técnicos, indubitablemente se estará en presencia de un típico contrato estatal de **consultoría**.

Por el contrario, si las actividades que integran el objeto de la relación correspondiente –brindar asesoría, cumplir labores de control y supervisión, ejercer la interventoría de otro contrato, etc.-, están concebidas y estipuladas para ser desarrolladas en campos o asuntos directamente vinculados a la administración propiamente dicha de la entidad contratante o a su funcionamiento, el contrato estatal respectivo deberá catalogarse como de **prestación de servicios**. (...)»⁵

De lo anterior, se puede inferir la importancia de tener claro los conceptos de la tipología contractual al momento de la escogencia, toda vez que si se opta por contrato de prestación de servicios para apoyar la supervisión se deberá redactar las obligaciones de manera cuidadosa, de tal suerte que no se dé cabida a situaciones que puedan implicar la subordinación del contratista al servidor público que ejerce directamente la supervisión.

En otras palabras, de la naturaleza del objeto y obligaciones contractuales depende si estamos ante un contrato de prestación de servicios, un contrato de consultoría o ante una verdadera relación laboral.

3. De la responsabilidad

A) Función pública y Fuente de responsabilidad

Para poder abordar con mayor claridad el tema de la responsabilidad es pertinente primero conocer qué se entiende por función pública y segundo, cuál es la fuente para atribuir responsabilidad conforme al desempeño de dicha función pública, para lo cual se cita un aparte del Concepto No. 39 del 2 de abril de 2012, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, que recoge lo mencionado, así:

«(...) a) FUNCIÓN PÚBLICA

Actualmente se viene aceptando por **función pública** las diversas formas de manifestación de la actividad del Estado desde un punto de vista teleológico; esto es: la función pública se caracteriza, en cualquiera de sus manifestaciones, por su contenido final, para lo cual se debe acudir a lo estipulado en los artículos 22 y 23 de la Ley 734 de 2002, para el caso en cuestión.

b) FUENTE PARA ATRIBUIR RESPONSABILIDAD

La norma analizada comprende las siguientes fuentes:

- Disposición legal
- Acto administrativo
- Convenio o contrato

El legislador consagró sólo estas formas para determinar de dónde emana el ejercicio de la Función Pública, siendo este el elemento con el que se debe fijar quiénes y por qué son sujetos disciplinables. Por ende, en el caso de los contratistas debe señalarse primero si ejercen **Función Pública** y si ésta emana de mandato legal, de acto administrativo o de cualquiera de las formas que determina la norma de manera inequívoca.

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de Voto suscrita por el consejero Mauricio Fajardo Gómez al fallo de 30 de noviembre de 2006. exp 30832.



Sería errado aplicar señalamiento y reproche a todo contratista sin que se delimite si cumple o no con una FUNCIÓN PÚBLICA asignada en debida forma, pues sería el equivalente a desconocer lo normado en la Constitución Política en sus artículos 6 y <sic, es 124> 24, que consagran el principio de responsabilidad:

ARTÍCULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

ARTÍCULO 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (...)

Dado lo anterior queda claro que para determinar si un sujeto es disciplinable o no, primero se debe delimitar si ejerce "función pública" y si la misma deviene de la ley, esto es, en debida forma.

B) Consecuencias del incumplimiento de la función de supervisión.

Siendo la actividad de la supervisión de suma importancia, pues con ella se garantiza la correcta ejecución de los recursos públicos; la ley establece que la acción defectuosa o la omisión en el seguimiento a la gestión contractual por parte de los funcionarios encargados de ejercerla, así como de quienes sean contratados para este fin, podrá hacerlos responsables, civil, penal, y disciplinariamente de conformidad con lo señalado en el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011.

En este orden de ideas, resulta oportuno profundizar sobre las clases de responsabilidad que se pueden generar en desarrollo de la actividad de supervisión, así:

1. **Responsabilidad Civil:** se presenta en el evento que haya existido negligencia o ejecución indebida de las labores de supervisión, y como consecuencia la Entidad sufra un detrimento patrimonial, por ello quienes tenían a cargo estas labores responderán pecuniariamente por el daño ocasionado.

Esta responsabilidad se puede desarrollar, así:

1.1. **Responsabilidad Fiscal:** los deberes establecidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública constituyen verdaderas obligaciones fiscales por lo cual su no acatamiento puede dar paso a la imposición de sanciones fiscales. Cuando se contrata se cuenta con recursos públicos, aunado a que se reciben bienes y servicios los cuales deben ser constatados y verificados en cuanto a su calidad y funcionamiento por los responsables del erario. Esta responsabilidad se desprende entonces de las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicas que puedan causar daño a los contratistas, caso en el cual la entidad podrá ser condenada a pagar el daño emergente y el lucro cesante. Lo anterior es desarrollado en la Ley 610 de 2000.

1.2. **Responsabilidad Patrimonial:** los supervisores e interventores pueden estar incurso en una Acción de Repetición, para aquellos casos en los que se condene a la Entidad, como consecuencia de una acción u omisión de éste (supervisor o interventor), igualmente, ser llamados en garantía, cuando sin que exista la condena, exista una demanda en contra de la Entidad. (Artículo 90 de la Constitución Nacional y Ley 678 de 2001).

2. **Responsabilidad Penal:** cuando la acción u omisión del supervisor o interventor se constituya en una conducta punible, éstos podrán ser sancionados con penas privativas de la libertad.

3. **Responsabilidad Disciplinaria:** cuando el supervisor incumpla los deberes, se extralimite en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones, o viole el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos o conflictos de intereses previstos en la Ley 734 de 2002, además se puede dar paso a la imposición de sanciones como: suspensión en el ejercicio del cargo entre uno (1) y doce (12) meses, destitución del cargo e inhabilidad para desempeñar cargos públicos entre 10 (diez) y 20 (veinte) años, multa hasta de 90 días de salario o amonestación escrita con copia a la hoja de vida, previo proceso disciplinario que garantice su derecho a la defensa.



requerido al supervisor del contrato a través de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con el objeto de realizar adecuadamente su labor de supervisión que en todo caso estará a cargo del supervisor respectivo. Al efectuarse la contratación para servicios de apoyo al ejercicio de la supervisión, el contratista, como lo indica la norma, apoyaría el ejercicio de la supervisión a cargo de la entidad, esto es, coadyuva el cumplimiento estricto de las obligaciones financieras, económicas, técnicas y legales derivadas del contrato objeto de supervisión.

III. CONCLUSIONES.

De conformidad con lo desarrollado a lo largo de este concepto, las respuestas a los interrogantes planteados, se resume así:

1. *«Con el fin de dar cumplimiento a la Resolución 00515 de 12 de marzo de 2018: "Por la cual se adoptan las medidas y se establecen los lineamientos para la supervisión de los contratos y convenios celebrados por el Departamento para la Prosperidad Social y el Fondo de Inversión para la Paz - FIP", nos permitimos solicitar respetuosamente la precisión sobre las disposiciones establecidas en siguiente aparte del ARTÍCULO SEXTO - "CORRESPONSABILIDAD" de la respectiva resolución:*

"Los contratistas que apoyen la labor de supervisión podrán desarrollar cualquiera de las actividades previstas en la presente resolución para el supervisor, salvo que estas constituyan el ejercicio directo de la función de supervisión, la cual se materializa con la suscripción de documentos oficiales, instrucciones y demás trámites que se adelantan ante la otra parte del contrato o convenio, o ante cualquier área de Prosperidad Social" (...)» Subrayado fuera de texto.

Cuando en la Resolución en comento se establece que los contratistas que apoyen la supervisión podrán desarrollar cualquiera de las actividades previstas en ella para la supervisión, salvo las que constituyan en ejercicio directo de la misma, la que se materializa en la suscripción de documentos oficiales, instrucciones y demás trámites, ha de estarse al sentido gramatical, esto es que los contratistas de apoyo a la supervisión no podrán ejercer directamente la misma, por ello no podrán firmar ningún tipo de documento, no dar ningún tipo de instrucción al contratista sujeto de la supervisión, sólo podrán colaborarle al supervisor en el seguimiento de las diferentes actividades de tipo operativo, administrativo o técnico, elaborar y proyectar documentos para firma del Supervisor, analizar documentos y señalar su opinión sobre los mismos al supervisor, todo lo cual puede ser controlado a través de diferentes herramientas, pero nunca podrán asumir la responsabilidad del Supervisor del contrato.

2. *Se "emita concepto de viabilidad a la propuesta de documento que define los roles en materia de supervisión" (...)»*

Si bien es cierto la elaboración de un documento que recoja los diferentes roles en materia de supervisión, puede resultar de un valor metodológico y de consulta, adoptarlo de manera oficial y vinculante para todos los casos, puede generar dificultades toda vez que al atenernos a un documento *numeros clausus* se puede incurrir en deficiencias al no contemplar todos y cada uno de los eventos que pueden acaecer y ser susceptible de seguimiento.

En este orden de ideas, lo recomendable es señalar en cada caso particular las actividades a desarrollar por el interventor, el supervisor o el contratista de apoyo a la supervisión, eso sí, sin desconocer que para la supervisión es posible acudir a herramientas de control tales como el plan operativo, acta de visita o instrumentos de verificación, cronograma de visitas, etc., que generan evidencia importante al momento de evaluar el cumplimiento o incumplimiento del contrato o convenio.

A



De igual manera, se debe indicar a la persona que apoyará la supervisión, al momento de asumir las actividades de apoyo, que deberá conocer y consultar de manera permanente, los documentos del contrato y como medida de seguimiento y control a esta labor, el supervisor podrá solicitar al profesional de apoyo, un informe de su actividad.

Lo anterior sin desconocer que mediante el contrato de prestación de servicios se pueden desarrollar las labores de apoyo a la supervisión bien sea como un objeto único del contrato o como una de sus obligaciones a cargo, situación que debe examinarse cuidadosamente, pues no puede implicar la subordinación del contratista al servidor público que ejerce directamente la supervisión, pues se desnaturalizaría el contrato de prestación de servicios.

Teniendo en cuenta lo señalado hasta ahora, la Oficina Asesora Jurídica no considera conveniente ni recomendable adoptar con fuerza vinculante la propuesta de documento que define los roles en materia de supervisión pues para ello ya está la Resolución 015 de 2018 y las actividades de apoyo a la supervisión tienen clara su delimitación y alcance general.

Lo anterior sin perjuicio que el documento exista como una herramienta de consulta y orientación.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,



LUCY EDREY ACEVEDO MENESES
Jefe de Oficina
Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Martha Lucía Velásquez Prada
Revisó: Omar Alberto Barón Avendaño
Folios: 10
Anexo: 0
Copia: Anyi Catalina Carrera Jurado - Subdirectora de Contratación
Subdirección de Contratación