



MEMORANDO

Bogotá D.C., 3 de Diciembre de 2018

Para:

Duverley Ramirez Quina
Director Regional
Dirección Regional Tolima

De: Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Concepto jurídico sobre el alcance de las actividades que puede ejercer como supervisor de los convenios interadministrativos, para garantizar y exigir el cumplimiento de las actividades establecidas y que son responsabilidad de los entes territoriales.

En atención a la comunicación con radicado M20181731000195 de noviembre 13 de 2018, mediante la cual solicita concepto jurídico respecto al alcance de las actividades que puede ejercer como supervisor de los convenios interadministrativos, para garantizar y exigir el cumplimiento de las actividades establecidas y que son responsabilidad de los entes territoriales, esta Oficina presenta las siguientes consideraciones:

I. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Cuál es el alcance de las actividades de supervisión en los convenios interadministrativos, para garantizar y exigir el cumplimiento de las actividades de los entes territoriales?

II. ANTECEDENTES

El señor Director Regional del Tolima manifiesta que tiene bajo su cargo la función de ejercer el *apoyo¹ a la supervisión* de los convenios interadministrativos suscritos entre Prosperidad Social y las alcaldías territoriales de todo el departamento del Tolima para la ejecución del programa Familias en Acción y que con el objeto de realizar una buena supervisión de los mismos, solicita la emisión de un concepto sobre el alcance de las actividades que como supervisor puede ejercer para garantizar y exigir el cumplimiento de las actividades establecidas en el convenio y que son responsabilidad del ente territorial.

Agrega que en los convenios interadministrativos celebrados por esta entidad con los entes territoriales se ha contemplado en su cláusula novena mecanismos para la solución de controversias consistentes en:

«i) Reuniones de seguimiento para instar a la autoridad municipal a cumplir con las actividades solicitadas; iii) El envío de una comunicación solicitándole el cumplimiento de las actividades; iii) El envío de comunicado con copia a los respectivos entes de control y disciplinarios para que se notifiquen de los incumplimientos. No obstante lo anterior,

¹ Según lo expresado por el señor Director Regional Tolima en su solicitud de concepto.



cualquiera de las partes podrá acudir a instancias judiciales con el fin de declarar el incumplimiento del mismo».

Indica que, con base en la cláusula citada, la supervisión ha venido realizando reuniones, remisión de oficios, en algunas ocasiones con copia a los entes de control; encontrando que, en algunos casos por parte de algunos municipios, el incumplimiento de ciertas obligaciones es recurrente, lo que afecta la operatividad del programa en el territorio y el bienestar de los beneficiarios del programa.

Afirma que la Subdirección de Contratos mediante Memorando 20166100238163 concluyó que no tenía competencia para adelantar un trámite de incumplimiento a los convenios, en respuesta a oficios informando sobre incumplimiento de estos, enviados por la Dirección Regional Tolima.

III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

Para dar respuesta a la consulta y al problema jurídico planteado, el análisis se adelantará en los aspectos que se señalan a continuación:

1. Régimen jurídico de los convenios interadministrativos Familias en Acción.

Los Convenios Familias en Acción se suscriben con los municipios del territorio nacional en virtud de lo establecido en la Ley 1532 de 2012 *"por medio de la cual se adoptan unas medidas de política y se regula el funcionamiento del Programa Familias en Acción"* buscando contribuir a la superación y prevención de la pobreza y la formación de capital humano, mediante el apoyo monetario directo a la familia beneficiaria. El objeto de éstos consiste en aunar esfuerzos técnicos, administrativos, operativos y humanos, para lograr la implementación y ejecución del programa Familias en Acción.

Siendo Familias en Acción un programa que propende por la unión de esfuerzos entre entidades territoriales de diferentes órdenes, para los fines pertinentes, el parágrafo 2 del artículo 209 de la Constitución Política establece el deber de que las autoridades administrativas coordinen sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

En desarrollo de la norma constitucional antes referida, el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que las entidades públicas pueden asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se encuentren bajo su competencia, a través de la conformación de vínculos jurídicos formalizados a través de convenios o contratos interadministrativos.

Así, los convenios interadministrativos suscritos por Prosperidad Social están regidos por las disposiciones normativas relativas a la función pública de que trata el artículo 209 de la Constitución y lo reglado por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998.

Así como también al Manual de Contratación de la Entidad, adoptado mediante Resolución No. 03048 del 12 de octubre de 2017, *«Por la cual se actualiza la Resolución 00078 del 18 de enero de 2016 "Por medio de la cual se adopta el Manual de Contratación de PROSPERIDAD SOCIAL, y se deroga la Resolución No. 1930 del 31 de julio de 2014"»*; y en



especial para lineamientos respecto a la supervisión de los contratos por la Resolución 0515 de 2017 «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»

2. De los convenios interadministrativos.

En anterior ocasión, esta Oficina se pronunció sobre la naturaleza jurídica de los Convenios interadministrativos, a través del memorando No. M20181400002611 del 23 de mayo de 2018, el cual me permito reiterar en los siguientes apartes:

«(...) Ahora bien, es importante hacer una distinción entre el convenio y el contrato interadministrativo.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico colombiano encontramos el uso, a veces indistinto, de convenio y contrato interadministrativo, siendo necesario delimitar la naturaleza jurídica y las consecuencias de cada uno de ellos.

El artículo 1495 del Código Civil define el contrato o convención como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas y, de conformidad con el régimen de contratación de la administración pública, cuando en el mismo intervengan dos entidades de derecho público, se considerará interadministrativo.

Por su parte, el convenio interadministrativo fue consagrado en los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998 como un negocio jurídico bilateral en virtud del cual la administración se vincula con otra entidad pública en el marco de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Constitución para que mediante instrumentos de cooperación se cumpla el interés general.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sentencia T- 442 de 2014 señaló que los convenios interadministrativos, asocian la voluntad de dos entidades públicas. En esa medida pueden coordinarse y ejecutarse finalidades comunes, **en el que las partes se encuentran en un plano de igualdad** y se obligan y comprometen conforme lo acuerdan en el contrato.

A su vez, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, en providencia del 7 de octubre de 2009, radicación No. 25000-23-24-000-2000-00754-01(35476) indicó que:

"Para la doctrina existe claridad en la ubicación de los convenios interadministrativos dentro de la actividad negocial de la Administración. **Si bien es cierto, que constituye una especie distinta del contrato,** coincide con éste en que las manifestaciones de voluntades comprometen situaciones subjetivas, generan el cumplimiento de obligaciones en cabeza de cada una de las partes. **La diferencia radica en que los intereses en juego no son contrapuestos sino coincidentes entre sí y con el interés general.** La participación de dos entidades que tengan capacidad de contratación de acuerdo con la Ley 80 constituye un presupuesto ineludible de la definición de convenio interadministrativo, su objeto es la implementación de modos de gestionar la actividad pública, en algunas oportunidades ejercer funciones administrativas sin que ello conlleve una delegación de las mismas... Para la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación se está ante una modalidad contractual, cuya particularidad es su celebración en virtud del principio de cooperación entre entidades públicas, de tal modo que su finalidad no es otra distinta a "la de cumplir en forma conjunta con las funciones a cargo de ambas entidades, o prestar servicios públicos que le han sido encomendados"...

Los convenios constituyen formas concretas de colaboración interadministrativa en el cumplimiento de fines y cometidos estatales; esta colaboración puede revestir dos maneras distintas: la asunción conjunta de funciones administrativas a través de la creación de un nuevo ente u organismo administrativo



generalmente dotado de personalidad jurídica o en otros casos puede realizarse mediante la celebración de contratos, evento en el cual la actividad aunque concurrente sigue permaneciendo en la esfera competencial de cada una de las administraciones comprometidas... Estas dos posibilidades se consagran en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998: (...).

Del inciso primero del artículo 95 de la ley 489 de 1998 se desprenden los elementos que conforman la institución de los convenios administrativos: en primer lugar, los sujetos llamados a celebrarlos deben tener la condición de entidades públicas, y; en segundo lugar, su objeto es el desarrollo conjunto de cualquier tipo de actividad que pueda interesar a dos o más administraciones, (...)" (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Para algunos doctrinantes "el convenio interadministrativo es el negocio jurídico en el cual están presentes dos entidades públicas en desarrollo de relaciones interadministrativas cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos negociales", mientras que "el contrato interadministrativo, por su parte, es también celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de tener relaciones interadministrativas, **con la particularidad de que el contrato es negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden las partes con diversidad de intereses. En el contrato se pueden identificar contratante y contratista, y el segundo, aunque persona pública, tiene intereses y está en un mercado de forma similar a como lo hace el particular.**" JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ. Artículo publicado en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/2592/2231>

Se deduce de todo lo anterior que existen diferencias entre el contrato y el convenio interadministrativo, las cuales se sintetizan en el plano de igualdad o desigualdad que se desenvuelven en la relación negocial. Así, en el convenio las partes actúan como pares, es decir, en igualdad de condiciones por cuanto atienden intereses comunes, mientras que, en el contrato, se identifica claramente un contratante y un contratista, lo que genera un plano de desigualdad dado por la contraposición de intereses de cada una de ellas.

En otras palabras, en el convenio las partes reúnen esfuerzos para un logro común mientras que en el contrato una parte le presta un servicio a la otra en el marco de un negocio jurídico.

Esto resultará de importancia al momento de analizar la posibilidad de ejercer poderes exorbitantes o declarar incumplimientos de forma unilateral y en sede administrativa."

Según lo expuesto, es claro que en el contrato administrativo los intereses y finalidades de las partes intervinientes pueden verse como opuestos, en tanto en convenio de la administración, las necesidades que se pretenden satisfacer por las partes son idénticas y coinciden con el interés general.

3. De la declaratoria de incumplimiento en convenios interadministrativos.

Retomando el concepto antes citado, sobre el particular se señala lo siguiente:

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 establece lo siguiente:

"El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.** Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del



contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

PARÁGRAFO. **La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales**, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley **y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.**" (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, el legislador habilitó expresamente a la Administración para declarar el incumplimiento e imponer multas de manera unilateral y en sede administrativa al contratista incumplido o moroso.

Sobre las multas previó que debía hacerse mientras el acuerdo estuviera en ejecución, pues tienen el carácter de conminatorias o de apremio, es decir, buscan que el contratista se ponga al día en la ejecución del contrato.

Por su parte, el incumplimiento que implica hacer efectiva la cláusula penal se puede declarar incluso después del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, pero no después de su liquidación.

Todo lo anterior queda claro en el desarrollo de contratos entre el Estado y los particulares, pero tratándose de convenios interadministrativos, es necesario analizar la viabilidad de la aplicación de estas facultades, máxime cuando el parágrafo transitorio del citado artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 señala que las mismas se entienden atribuidas en aquellos contratos en los que por la autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las partes para imponerlas y hacerlas efectivas.

Sobre el particular, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera con ponencia de la consejera MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR del veintitrés (23) de septiembre de dos mil nueve (2009) y radicación número: 25000-23-26-000-2001-01219-01(24639) ha dicho:

"Quiere decir que en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detentan la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, **aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual.** A lo anterior se agrega que **cuando las dos partes de la relación contractual representan al Estado y actúan en nombre de él, la Ley 80 de 1993, en su artículo 14 ha previsto la prescindencia de las cláusulas o estipulaciones excepcionales, por tratarse de contratos inter-administrativos** y a no dudar el Convenio 4129-D de 30 de enero de 1995, es un contrato que cumple tales características, en consecuencia **en esta clase de contratos no es posible estipular cláusulas excepcionales al derecho común y aunque la cláusula de multas no se encuentra consagrada como una facultad excepcional por la Ley 80 de 1993, circunstancia que permitía pactarla bien en los contratos interadministrativos o en aquellos regidos por el régimen del derecho privado, lo cierto es que ninguna de las partes está facultada para imponerlas unilateralmente, mediante acto administrativo, so pena de que el acto así expedido se encuentre afectado por vicio de incompetencia. Hoy con la Ley 1150 de 1993 (sic), sí se encuentran prevista la competencia de la Administración para imponer multas**



al contratista, de manera unilateral, pero no en los contratos interadministrativos. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En otro pronunciamiento manifestó:

"En tratándose de contratos estatales, cuando lo que pretende la administración es el cumplimiento del objeto contractual, la misma ley 80 de 1993 le otorga una serie de facultades excepcionales tales como: I) la caducidad, facultad en desarrollo de la cual puede proceder a declarar administrativamente la situación de incumplimiento grave del contratista que impida la ejecución del contrato ordenando su liquidación; II) Ordenar la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación; II) Declarar el incumplimiento del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado o imponer multas; o III) Declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo y hacer efectivas las garantías constituidas a su favor.

No obstante lo anterior, no ocurre lo mismo en tratándose de contratos celebrados entre particulares o que siendo celebrados por una Entidad estatal como lo es ECOPETROL, se encuentran sujetos al régimen de derecho privado por disposición especial, pues ante eventos de incumplimiento de alguna de las partes contratantes cuando la parte cumplida pretenda el cumplimiento del contrato estatal no puede proceder a declarar unilateralmente la caducidad del contrato, tampoco puede declarar el incumplimiento del contrato, lo que sí puede es hacer efectivas las garantías constituidas a su favor para garantizar las obligaciones adquiridas con ocasión del respectivo negocio jurídico una vez la entidad aseguradora haya reconocido la existencia del siniestro.

En este orden de ideas, en tratándose de contratos que se rigen por el derecho privado, cuando una de las partes ha incumplido, la parte cumplida podrá solicitar que se declare el incumplimiento y exigir las garantías constituidas. (Subrayado y negrilla fuera de texto). CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C, veintidós (22) de octubre del dos mil quince (2015). Radicación número: 190012331000200700555 01 (48.061).

Se deduce de lo anterior lo siguiente:

- a. La ley habilitó a la Administración para imponer multas y declarar el incumplimiento de manera unilateral en los contratos que celebre con los particulares.
- b. En aquellos contratos que se rigen por el derecho privado o en los convenios interadministrativos, en virtud de la autonomía de la voluntad, es posible pactar las cláusulas de multa o incumplimiento, pero no su imposición de manera unilateral por una de las partes.
- c. La Administración solo puede declarar el siniestro y hacer efectiva la garantía. Lo anterior implica que el incumplimiento se puede declarar, pero solo con el propósito de hacer efectiva la garantía, mas no para derivar las consecuencias de este desde el punto de vista de responsabilidad e indemnización plena de perjuicios. Además de la sentencia del 22 de octubre de 2015 antes citada, sobre esta materia también se ha pronunciado el Consejo de Estado, en el mismo sentido, a través de las sentencias del 29 de abril de 2015, expediente radicado 27712 y sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 16494.

Luego se concluye que, en los contratos interadministrativos, si bien se pueden pactar las multas y el incumplimiento, para su efectividad, se debe acudir al juez del contrato. (...)

Conforme a lo expresado, es claro que en caso de existir incumplimiento se debe acudir al juez del contrato para declararlo.

4. 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:

1º. 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 fortalece 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. (...)»

De conformidad con lo anterior, la supervisión comprende el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato o convenio. En tal virtud, desde el componente de seguimiento técnico y administrativo de la etapa de ejecución contractual, el supervisor tiene la obligación de verificar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato adelantando las gestiones necesarias con oportunidad para evitar que el contrato o convenio se retrase o incumpla.

En efecto, así lo dispone la Resolución 515 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" que en su artículo decimo señala:

«ARTICULO DÉCIMO. - Actividades durante la Etapa de Ejecución Contractual. Corresponderá al Supervisor del Contrato o Convenio el cumplimiento de las siguientes actividades, las cuales pueden adelantarse con contratistas que apoyen la supervisión: (...) 1. Conocer y manejar de forma eficiente la totalidad de la información del contrato y/o convenio objeto de supervisión. (...) 3. Revisar y aprobar el plan de ejecución del contrato y/o convenio, o el documento que haga sus veces, con el fin de ajustarlo a las condiciones y obligaciones estipuladas, en términos de definición de fases o etapas de ejecución, cronograma, indicadores de cumplimiento, manejo de riesgos, normalización y legalización de pagos y desembolsos. (...) 5. Verificar que el contratista suministre y mantenga el personal o equipo ofrecido, con las condiciones e idoneidad pactadas inicialmente y exigir su reemplazo en condiciones equivalentes cuando fuere necesario. 6. Estudiar y recomendar sobre los requerimientos de carácter técnico que no impliquen modificaciones o sobrecostos al contrato y/o convenio. (...) 9. Requerir por escrito al



contratista en caso de incumplimiento, con el fin de que se ajuste a los cronogramas y condiciones del contrato y/o convenio. (...) 11. Impulsar y solicitar a la Subdirección de Contratación modificaciones al contrato y/o convenio, con las verificaciones y justificaciones correspondientes que permitan establecer la necesidad de modificar el contrato y/o convenio y presentarla dentro del término establecido en las normas internas y en los procedimientos definidos para tal fin. 12. Tomar las acciones correspondientes con el fin de evitar el retraso e incumplimiento del convenio y/o contrato. 13. Evaluar y recomendar acciones que permitan responder de manera oportuna a posibles incumplimientos que se evidencien como resultado de la ejecución del convenio y/o contrato. (...)».

Se evidencia que la función de supervisión se ciñe a la verificación del cumplimiento por las partes de las obligaciones del contrato, propendiendo e impulsando la correcta ejecución del mismo, informando a quien corresponda (Ordenador del gasto) los riesgos de un posible incumplimiento, evaluando y recomendando acciones que permitan responder oportunamente ante él mismo; empero, no le es permitido adoptar decisiones, celebrar acuerdos o suscribir documentos destinados a modificar el contrato sin el lleno de los requisitos legales.

Bajo este contexto, cuando el supervisor incurra en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en la Ley 734 de 2002 que impliquen incumplimiento de los deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones, o violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos o conflictos de intereses, podrá dar lugar a la imposición de sanciones, sin perjuicio de la responsabilidad fiscal que se origine cuando, en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, se cause por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

5. De la responsabilidad de los servidores públicos.

a. Función pública y fuente de responsabilidad.

Para poder abordar con mayor claridad el tema de la responsabilidad de los servidores públicos, especialmente de la derivada de la contratación estatal, 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 transcribe un aparte del Concepto 39 del 2 de abril de 2012, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, 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 2002,² para el caso en cuestión.*

² Artículo 22. Garantía de la función pública. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.

Artículo 23. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de



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.

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 (...)

Lo anterior tiene especial relevancia para el caso de la supervisión ejercida por contratistas, toda vez que, para que pueda endilgársele algún tipo de responsabilidad, las labores reprochables las debió ejercer en ejercicio de función pública.

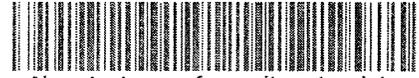
b. Consecuencias del incumplimiento de la función de supervisión.

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 ya sea civil, penal, y/o disciplinariamente de conformidad con lo señalado en el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011.

1. Responsabilidad Civil. Cuando la Entidad sufra un detrimento patrimonial como consecuencia de la negligencia o la ejecución indebida de las labores de supervisión, quienes tenían a cargo estas labores responderán pecuniariamente por el daño ocasionado.

1.1. Responsabilidad Fiscal. Los deberes establecidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública constituyen verdaderas obligaciones fiscales y, por ende, su inobservancia puede dar lugar a la imposición de sanciones fiscales. Al contratarse se dispone de recursos públicos, además de recibirse bienes y servicios cuya calidad y funcionamiento deben ser constatados por los responsables del erario. Esta responsabilidad se desprende

inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.



entonces de las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicas que causen daño a los contratistas, caso en el cual la entidad podrá ser condenada a pagar el daño emergente y el lucro cesante. (Ley 610 de 2000).

1.2. Responsabilidad Patrimonial. Adicionalmente a las responsabilidades en materia penal, disciplinaria y fiscal, los supervisores e interventores pueden ser sometidos a la llamada Acción de Repetición, para los casos en los que se condene a la Entidad, como consecuencia de una acción u omisión de éste, y del mismo modo, ser llamado en garantía, cuando sin que exista la condena, exista una demanda en contra de la Entidad. (Artículo 90 de la Constitución Política y Ley 678 de 2001).

2. Responsabilidad Penal Cuando la acción u omisión del supervisor o interventor se constituya en delito, éstos podrán ser sancionados con penas que oscilan entre los cuatro (4) y doce (12) años de prisión.

3. Responsabilidad Disciplinaria Cuando el supervisor incurra en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en la Ley 734 de 2002 que impliquen incumplimiento de los deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones, o violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos o conflictos de intereses, 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.

c. Responsabilidad solidaria de supervisores e interventores y otros servidores públicos.

El parágrafo 3º del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) prevé que serán solidariamente responsables de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables: 1. El interventor o supervisor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con éste de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor o supervisor. 2. El ordenador del gasto, cuando sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo comine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados.

5. Del caso concreto.

En el caso sometido a consideración se cuestiona sobre cuál es el alcance de las actividades de supervisión en los convenios interadministrativos suscritos entre Prosperidad Social y las alcaldías territoriales de todo el departamento del Tolima con los entes territoriales para la ejecución del programa Familias en Acción, con el objeto de garantizar y exigir el cumplimiento de las actividades pactadas, teniendo en cuenta que en algunos convenios se avizora un posible incumplimiento de algunas actividades.



Es de precisar que el señor Director Regional afirma en su solicitud de concepto que tiene bajo su cargo la función de ejercer el *apoyo a la supervisión*³ de los convenios interadministrativos suscritos entre Prosperidad Social y las alcaldías territoriales de todo el departamento del Tolima para la ejecución del programa Familias en Acción; no obstante en los convenios se establece que la Supervisión será ejercida por el Director Regional del Tolima o quien designe la Subdirección de Contratación, no siendo entonces claro cuál es el papel del señor Director Regional; pues las implicaciones legales que tiene el hecho de ser supervisor son muy diferentes al hecho de ser apoyo a la supervisión, para lo cual se aconseja tener presente lo estipulado en la Resolución 515 de 2017 "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", en especial en su artículo sexto, así:

«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»

Para dar respuesta al interrogante planteado se debe precisar lo siguiente:

- a. Las cláusulas de multa e incumplimiento es posible pactarlas en los contratos estatales, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, empero, solo a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, el legislador habilitó a la Administración para declararlas e imponerlas de manera unilateral.
- b. De conformidad con lo anterior, la regla general es que la Administración puede hacer efectiva la multa o el incumplimiento en dos sedes, a saber: i) la judicial y, ii) la administrativa, que implica una decisión unilateral.
- c. En cuanto a la posibilidad de pactar estas cláusulas en los convenios interadministrativos, la jurisprudencia del Consejo de Estado señala que es viable pactarlas, pero no imponerlas de manera unilateral, luego habría que acudir al juez del contrato para hacerlas efectivas.

Sin embargo, en los convenios objeto de este concepto no fueron pactadas las cláusulas de multa e incumplimiento, por ello se hace imposible utilizar una herramienta diferente a las pactadas en la cláusula novena de los convenios para constreñir a los entes territoriales, la cual dispone:

«NOVENA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. Los conflictos que se presenten durante la ejecución del objeto del convenio, se solucionarán mediante: i) Reuniones de seguimiento para instar a la autoridad municipal a cumplir con las actividades solicitadas; ii) El envío de una comunicación solicitándole el cumplimiento de las actividades; iii) El envío de comunicado con copia a los respectivos entes de control y disciplinarios para que se notifiquen de los incumplimientos. No obstante lo anterior, cualquiera de las partes podrá acudir a instancias judiciales con el fin de declarar el incumplimiento del mismo»⁴

³ Según lo expresado por el señor Director Regional Tolima en su solicitud de concepto.

⁴ Minuta Convenios interadministrativos con entes territoriales Dir. Regional Tolima.



Con todo, si posterior a utilizar los mecanismos previstos en la cláusula citada y luego del análisis pertinente con la Dirección Misional de Transferencias Monetarias Condicionadas, se llegare a la conclusión de la conveniencia de suspender el convenio o de necesitar declarar el incumplimiento, se deberá acudir entonces a esta oficina con el fin de requerir el inicio a la actuación judicial. Ahora bien, dado que no es posible declarar el incumplimiento de manera unilateral en sede administrativa, por lo ya expuesto; el área responsable del proyecto deberá adelantar todas las gestiones necesarias para acreditar el incumplimiento y determinar los perjuicios a ser reclamados en sede judicial.

Es de resaltar que previamente el supervisor deberá haber informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado, de alguna de las obligaciones a cargo del ente territorial, así como también deberá haber conminado al cumplimiento de lo pactado y adoptado las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, esto es, haber seguido lo estipulado en la cláusula novena, así como también haber debido reunirse con la Dirección de Transferencias Monetarias Condicionadas para tomar una decisión al respecto.

Habida cuenta de lo anterior, se consultó con el GIT Familias en Acción – DTMC, quienes nos informaron que se está trabajando en una ruta o instrumento que permita adoptar acciones ante incumplimiento de las corresponsabilidades de los municipios ante el programa Familias en Acción, por lo cual «(...) el Programa realizó una modificación a la Guía Operativa Modelo de Gestión para incluir la ruta de acompañamiento a municipios, que permita atender las situaciones en las cuales no cumplan sus corresponsabilidades y con ello no garanticen las condiciones mínimas para la ejecución del programa. Esta Guía está en proceso de revisión y aprobación (...)»⁵

Si luego de trabajar mancomunadamente con la Dirección Misional de Transferencias Monetarias Condicionadas se llega a la conclusión que se debe demandar, entonces se deberá tener en cuenta que la declaratoria judicial del incumplimiento corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa a la cual se acude a través del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la cual se deberán aportar los documentos necesarios para dar inicio a la actuación judicial.⁶

IV. CONCLUSIONES.

De conformidad con lo anteriormente señalado, la respuesta al problema jurídico planteado consistente en determinar el alcance de las actividades de supervisión en los convenios interadministrativos, para garantizar y exigir el cumplimiento de las actividades de los entes territoriales, se ciñe a cumplir lo estipulado en la ley, en el Manual de Contratación de la Entidad, los lineamientos de supervisión contenidos en la Resolución 515 de 2018 y en las estipulaciones contractuales, respecto de la supervisión, en especial lo tratado ya en este concepto en los acápites 4 y 5 de las Consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica, de este concepto.

⁵ Correo electrónico del día 19 de noviembre de 2018, bajo el asunto: RV: Solicitud Convenio Interadministrativo; Gaitán Crespo, Tania M.; Profesional Especializada, GIT Familias en Acción – DTMC, Carrera 7 No. 32-12, Piso 34, Teléfono 5960800 Ext. 9190, Bogotá D.C.

⁶ Estos documentos se encuentran relacionados en el Memorando M-2018-1400-002393 del 11 de mayo de 2018 y el trámite debe hacerse a través de la Subdirección de Contratación.



En tal virtud, ante la existencia de un posible incumplimiento contractual, se debe acudir a su declaratoria en sede judicial anexando todos los soportes necesarios para tal fin, dado que no es posible hacerlo de manera unilateral por Prosperidad Social por lo ya señalado anteriormente.

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.

Con el objetivo de implementar políticas para fomentar el aprendizaje organizativo y gestión del conocimiento, la Oficina Asesora Jurídica presenta los conceptos jurídicos expedidos en desarrollo de su función consultiva, en el siguiente vínculo:

<https://intranet.prosperidadsocial.gov.co/sgi/SitePages/ConceptosJur%C3%ADdica.aspx>

Atentamente,

LUCY EDREY ACEVEDO MENESES
Jefe de Oficina
Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Martha Lucía Velásquez Prada
Revisó: Ornar Alberto Baron Avendaño
Folios: 133
Anexo: 0
Copia: clic para registrar información de copia