

Bogotá, D.C.

Doctor
XXXXXXXXXX
Presidente Comisión del Presupuesto
Junta Administradora Local de Ciudad Bolívar
XXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXX
Ciudad

Asunto: Respuesta XXXXXXXX radicación XXXXXXXXXXXX del 12 de marzo de 2018 (Contratos de Prestación de Servicios – Supervisión de Contratos).

Respetado señor Saenz:

Dando respuesta a su solicitud de la referencia, en donde solicita concepto jurídico sobre si puede ser nombrado como supervisor de un contrato que se ejecuta con recursos del Fondo de Desarrollo Local de Ciudad Bolívar un servidor público contratado bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios, con objeto específico esta Dirección de Contratación se permite manifestarle lo siguiente:

Como primera medida vale la pena aclarar que, las personas que colaboran con la Administración Pública bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, no ostentan como tal, la calidad de servidores públicos, sobre el particular cabe traer a colación la definición de servidor público contenida en el artículo 123 de la Constitución Política:

(..)

ARTICULO 123. *Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Definido este aspecto, pasamos a precisar si, una persona vinculada a una Entidad Estatal en virtud de un contrato de prestación de servicios con un objeto específico puede ser designado supervisor de un contrato.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las Entidades contratantes tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. Para lo cual están dotadas de múltiples instrumentos legales para garantizar el cumplimiento del contrato estatal, tales como; (i) la introducción de modificaciones contractuales, (ii) la utilización y aplicación de las potestades excepcionales al derecho común y, (iii) aplicar el principio señalado en el artículo 27 de la misma disposición normativa, esto es, lo relativo a la ecuación económica del contrato.

La contratación estatal está ligada a la correcta administración e inversión de los recursos públicos, por esta razón, garantizar la vigilancia y control sobre la correcta y debida ejecución de sus contratos, es una función de la administración pública, inherente a la actividad contractual que adelanta, constituyéndose ésta en una obligación de la entidad contratante que se encuentra en la esfera del principio de responsabilidad propio de la contratación estatal.

De ahí surge la necesidad de realizar la vigilancia y control a través de figuras como la interventoría y la supervisión para que desarrollen esta función en los aspectos técnicos, económicos y jurídicos que se presenten durante la ejecución de un contrato.

Para definir estos aspectos, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 sobre la supervisión e interventoría contractual estableció lo siguiente:

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.*

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

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

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso

en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.

PARÁGRAFO 1o. *En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.*

PARÁGRAFO 2o. *El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*

De lectura anterior, podemos encontrar notorias diferencias entre la supervisión e interventoría de un contrato

INTERVENTORIA

1. Seguimiento eminentemente técnico aunque se puede contratar las demás funciones.
2. Ejercida por un contratista seleccionado a través de concurso de méritos o mínima cuantía.
3. Persona natural o jurídica, consorcio o UT.
4. Cuando se requiere conocimiento especializado o por la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen.
5. Obligatoria en los contratos de obra resultantes de una Licitación pública (Art. 32 num. 1º de la Ley 80 de 1993)

Tenemos entonces que, el interventor adelanta, básicamente, una función de verificación y control técnico de la ejecución contractual. Es por ello que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que “Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente”, que “Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias” y además, que “ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”, es decir que el negocio jurídico sobre el cual ejercerá vigilancia, constituye el marco dentro del cual la misma debe llevarse a cabo.

Por otra parte, y en lo relacionado con la Supervisión del contrato tenemos lo siguiente:

SUPERVISIÓN

1. Seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico.
2. Ejercida por la misma entidad estatal a través de sus funcionarios.
3. Es ejercida únicamente por una persona natural.

4. Se ejerce por la entidad cuando no requieren conocimientos especializados.
5. La supervisión no se puede contratar sino el apoyo al supervisor.

La Ley 80 de 1993 en su artículo 14, respecto de la supervisión del contrato administrativo, dispuso: **“Art. 14- De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”.**

*(...) En su artículo 4°, de los derechos y deberes de las entidades estatales, la Ley 80 de 1993 señala: **“Art. 4- Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior [Art.3° - de los fines de la contratación estatal], las entidades estatales: (...) 4. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan. Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías”.***

La supervisión del contrato es un proceso sucesivo de control, no solo técnico sino también administrativo, jurídico y financiero del contrato que busca verificar que cada una de las partes que suscribe el contrato lo haga en los términos que se pactaron inicialmente. La supervisión de un contrato se encuentra en cabeza del Estado, ello en desarrollo de las actividades de Dirección y Control que este realiza para el cumplimiento de los fines encomendados tal y como lo señalamos en párrafos anteriores. Partiendo de esta premisa, podríamos afirmar que, el ejercicio de las actividades de supervisión son propias del servidor público encargado de vigilar la correcta ejecución del contrato, no obstante, el artículo 83 del Estatuto Anticorrupción posibilita a las Entidades Estatales contratar bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios personas que realicen actividades de apoyo a la supervisión, ello sin que la Entidad Estatal a través del Supervisor (servidor público designado) pierda la competencia para realizar la vigilancia directa del contrato.

Así las cosas, podemos concluir, lo siguiente:

- 1) La Supervisión del Contrato debe ser realizada directamente por la Entidad Estatal a través del servidor público designado para ello.
- 2) No se puede contratar directamente bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios la supervisión de un contrato dado que es una función propia del Estado, la cual es realizada a través del servidor público designado para ello.
- 3) Resulta válido contratar bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios una persona natural para que realice actividades **de apoyo** a la supervisión del contrato, todo esto siempre y cuando se

contemple dentro de las obligaciones a cargo del contratista, actividades de apoyo a la supervisión tal y como lo señala en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011.

Finalmente el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, son orientaciones y/o puntos de vista que no comprenden solución específica a la consulta planteada, dejando claro que no son vinculantes, ni de carácter obligatorio, no sin antes indicar que el mismo no compromete la responsabilidad de esta Dirección, ni a la Secretaría Distrital de Gobierno ni será de obligatorio cumplimiento o ejecución; La jurisprudencia al respecto ha manifestado:

“De la formulación de consultas escritas o verbales las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y en relación con las respuestas, establecen que ellas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Agradeciendo de antemano la atención prestada al presente.

Cordialmente,

CÁRMEN YOLANDA VILLABONA
Directora de Contratación

Proyectó: Carlos Alberto Osorio Cifuentes