**SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA DE CONTRATOS – Obligación de las entidades contratantes – Apoyo a la supervisión**

Las Entidades Estatales tienen la obligación de hacer una eficiente gestión de sus contratos en términos de funcionamiento, organización y administración. En este sentido, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 señala: “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 misma Ley contempla la posibilidad de que la entidad estatal contrate personal de apoyo a la supervisión a través de contratos de prestación de servicios. Por lo cual, es posible inferir que la ley determina que la supervisión debe ser ejercida por la misma entidad estatal en cumplimiento de su deber de vigilancia de la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado y puede llevarse a cabo con el apoyo de contratistas, pero no prevé que dicha actividad sea realizada directamente por el contratista, y que sea este último el único responsable del seguimiento contractual.

La responsabilidad en el control y vigilancia de la ejecución del contrato está a cargo de la Entidad Estatal. Por lo tanto, es esta quien debe hacer la respectiva supervisión de sus contratos y únicamente puede contratar personal en caso de necesitarlo como apoyo a su gestión en la supervisión. El contratista puede realizar el apoyo a la supervisión del contrato en la medida en que el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión por el cual fue vinculado tenga como objeto o actividad desarrollar el apoyo a la supervisión de contratos. En ningún caso los contratistas pueden realizar funciones propias y directas de los funcionarios que tienen a su cargo dicha labor.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición – Suscripción – Convenios interadministrativos**

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe en cualquier elección a los de alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades descentralizadas de orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios o contratos interadministrativos que ejecuten recursos públicos. No obstante, se aclara que dicha disposición no restringió los procesos contractuales que se adelanten mediante las modalidades de selección a que se refiere el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, ni se refirió a las demás causales de contratación directa. Por lo tanto, es posible que, durante la vigencia de la Ley de Garantías, las entidades estatales del orden nacional adelanten procesos de contratación directa, salvo que al momento de celebrar el contrato o convenio una de las partes sea una entidad territorial o descentralizada del orden municipal, distrital o departamental.

Bogotá D.C., **30/08/2019 Hora 19:11:37s**

**N° Radicado: 2201913000006394**

Señor

# Miguel Ángel Fernández Rincón

Ciudad

**Radicación:** Respuesta a consulta # 4201913000004799

**Temas:** Ley de Garantías. Supervisión

**Tipo de asunto consultado:** Aplicación de la Ley de Garantías a entidades del orden

nacional. Contratos de prestación de servicios para apoyar las funciones de supervisión.

Estimado señor Fernández,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 12 de julio de 2019 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011. Su consulta fue remitida por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública a Colombia Compra Eficiente mediante radicado No. 20192040230751 el 16 de julio de 2019.

# Primer problema planteado

“1. ¿Puede una entidad pública designar como supervisores de contratos o convenios a personas vinculadas como contratistas de prestación de servicios?”.

# Consideraciones

Las Entidades Estatales tienen la obligación de hacer una eficiente gestión de sus contratos en términos de funcionamiento, organización y administración. En este sentido, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 señala:

“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*.” Cursiva fuera del texto.

Conforme a lo anterior, la misma Ley contempla la posibilidad de que la entidad estatal contrate personal de apoyo a la supervisión a través de contratos de prestación de servicios. Por lo cual, es posible inferir que la ley determina que la supervisión debe ser ejercida por la misma entidad estatal en cumplimiento de su deber de vigilancia de la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado y puede llevarse a cabo con el apoyo de contratistas, pero no prevé que dicha actividad sea realizada directamente por el contratista, y que sea este último el único responsable del seguimiento contractual.

Respecto a la labor de la supervisión, el Consejo de Estado en radicado No. 27426 del 12 de diciembre de 2014, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Ramiro Pazos Guerrero, se ha pronunciado:

“(…) principalmente de intermediación entre la entidad contratante y el contratista dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial.

(…)

“Se considera supervisor al funcionario de la Entidad pública que desarrolle la vigilancia de los contratos de esta última, sin perjuicio de que esa labor se pueda apoyar a través de contratos de prestación de servicios, pero no para asumir la supervisión, so pena de variar de una consultoría a otra tipología diferente y, por consiguiente, de eludir procesos de selección. Por su parte, se hablará de interventor cuando se trate de una vigilancia externa o contratada”

Ahora, las Entidades Estatales pueden celebrar contratos de prestación de servicios para apoyar las actividades de supervisión, consignando en ellos las actividades propias del apoyo a la supervisión.

El alcance del apoyo dependerá del objeto y las obligaciones determinadas en el contrato, en el marco del cual el contratista desarrollará las actividades tendientes a soportar el seguimiento del contrato, a verificar el cumplimiento en las condiciones establecidas en el contrato vigilado, sin que ello implique que asuma directamente la supervisión. Así, por ejemplo, el contratista de prestación de servicios podrá revisar los entregables, productos, en general los requisitos para el pago y darle su concepto al supervisor, pero quien autorizará el pago ante la Entidad Estatal será el funcionario sobre quien recae la supervisión.

En conclusión, de acuerdo con la normativa vigente, jurídicamente no es viable ejercer directamente la función de supervisión contractual a través de la celebración de contratos de prestación de servicios, pues dicha labor corresponde al funcionario de la Entidad que se designe para tal fin.

# Respuesta

La responsabilidad en el control y vigilancia de la ejecución del contrato está a cargo de la Entidad Estatal. Por lo tanto, es esta quien debe hacer la respectiva supervisión de sus contratos y únicamente puede contratar personal en caso de necesitarlo como apoyo a su gestión en la supervisión. El contratista puede realizar el apoyo a la supervisión del contrato en la medida en que el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión por el cual fue vinculado tenga como objeto o actividad desarrollar el apoyo a la supervisión de contratos. En ningún caso los contratistas pueden realizar funciones propias y directas de los funcionarios que tienen a su cargo dicha labor.

# Segundo problema planteado

“¿Es posible realizar contratación directa en una entidad pública del orden nacional, después de la entrada en vigencia de la Ley de Garantías para la elección de mandatarios locales y regionales?”.

# Consideraciones

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece la prohibición para gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades de orden municipal, departamental o distrital, para celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección, en los siguientes términos:

Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

(…)

Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

Lo anterior quiere decir que los gobernadores, alcaldes distritales y municipales, secretarios de despacho, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, tienen prohibido, a partir del día 27 de junio y hasta el

27 de octubre de la actual vigencia fiscal, celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos.

Cabe resaltar que respecto a las prohibiciones y restricciones que se señalan en la Ley 996 de 2005, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas ocasiones indicando que las mismas son diferentes para cada periodo electoral; así, en concepto del 17 de febrero de 2015, radicación No. 11001-03-06-000- 2015-00164-00(2269), Consejero Ponente Dr. William Zambrano Cetina, señaló:

En este aspecto cabe, como ya lo había indicado la Sala, una diferencia entre los artículos 33 y 38 de la Ley 996 analizada, pues mientras el primero impide todo tipo de convenios interadministrativos durante las campañas presidenciales (por vía de la prohibición de cualquier forma de contratación directa), el segundo (que es el caso consultado y se aplica a las elecciones populares en general), solo restringe, como se acaba de indicar, los convenios interadministrativos de las entidades territoriales que tienen por objeto la ejecución de recursos públicos.

De esta manera, se precisa que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 no hace referencia a las demás causales de contratación directa, ni restringe los procesos de contratación que se adelanten mediante las modalidades de selección a que se refiere el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007; pues, como ya se mencionó, dicha disposición prohíbe a las entidades territoriales la suscripción de convenios o contratos interadministrativos.

Conviene subrayar que el contrato o el convenio interadministrativo fue creado en la Ley 80 de 1993, y aunque esta Ley no lo definió ni lo desarrolló, el Decreto 1082 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, califica a los contratos o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[1]](#footnote-1).

En ese orden de ideas, el contrato o el convenio interadministrativo es aquel acuerdo en el que concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están precedidos de un criterio orgánico, pues es necesario que las partes de la relación contractual sean entidades estatales.

Debido a que los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados de un criterio orgánico, lo que hace necesario que los extremos de la relación contractual sean personas jurídicas de derecho público indistintamente del bien o servicio objeto del acuerdo de voluntades, si el convenio o contrato que celebran las entidades descentralizadas de orden territorial es con otra entidad estatal no será posible su celebración durante la vigencia de la Ley de Garantías, por celebrarse un contrato o convenio interadministrativo. Lo anterior, porque la prohibición del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 está dirigida a la celebración de convenios y contratos interadministrativos sin hacer ninguna excepción en razón a la naturaleza de su objeto, razón por la cual es necesario hacer una interpretación gramatical de la Ley, pues atendiendo a la literalidad de la disposición no procede una interpretación diferente[[2]](#footnote-2).

Por lo anterior, se precisa que las entidades del orden nacional no les aplica la restricción prevista en el parágrafo del artículo 38, toda vez que, como se mencionó, la restricción de celebrar convenios o contratos interadministrativos que ejecuten recursos públicos durante los 4 meses anteriores a cualquier elección aplica solamente para las entidades territoriales y para las entidades descentralizadas del orden municipal, distrital o departamental.

# Respuesta

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe en cualquier elección a los de alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades descentralizadas de orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios o contratos interadministrativos que ejecuten recursos públicos.

No obstante, se aclara que dicha disposición no restringió los procesos contractuales que se adelanten mediante las modalidades de selección a que se refiere el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, ni se refirió a las demás causales de contratación directa. Por lo tanto, es posible que durante la vigencia de la Ley de Garantías, las entidades estatales del orden nacional adelanten procesos de contratación directa, salvo que al momento de celebrar el contrato o convenio una de las partes sea una entidad territorial o descentralizada del orden municipal, distrital o departamental.

Finalmente, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente pone a disposición de los interesados del Sistema de Compra Pública los lineamientos impartidos sobre la aplicación de la Ley de Garantías que regirá para las elecciones del año 2019, en el siguiente link: [http://www.colombicompra.gov.co/sala-de-](http://www.colombicompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/lineamientos-impartidos-por-la-agencia-nacional-de-contrataic%C3%83%C2%B3n-publica) [prensa/comunicados/lineamientos-impartidos-por-la-agencia-nacional-de-contrataicón-](http://www.colombicompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/lineamientos-impartidos-por-la-agencia-nacional-de-contrataic%C3%83%C2%B3n-publica) [publica](http://www.colombicompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/lineamientos-impartidos-por-la-agencia-nacional-de-contrataic%C3%83%C2%B3n-publica)

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



Proyectó: Laura Cuenca Suárez

1. Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.4: “La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

   “Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Código Civil, artículo 27: “Cuando el sentido de la Ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”. [↑](#footnote-ref-2)