

**MEMORANDO**

20141100102333

SEGEL

Bogotá, D.C., 01-12-2014

**PARA: Dr. ÁNGELA MARÍA GONZÁLEZ LOZADA**  
Directora de Recursos y Logística.**DE: Dra. LILIANA MARÍA ZAPATA BUSTAMANTE**  
Secretaria General**ASUNTO: Concepto jurídico / posibilidad de contratar la supervisión de contratos.**

---

Cordial saludo Doctora ÁNGELA MARÍA,

Por el presente documento y en virtud de las facultades otorgadas a la suscrita Secretaria General en los numerales 3, 4, 9 y 10 del artículo 14 del Decreto 1904 de 2009 *“por medio del cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias – y se dictan otras disposiciones”*, procedo a emitir concepto jurídico en relación con la posibilidad de contratar con particulares la supervisión de los contratos estatales en los que COLCIENCIAS asume la posición de contratante, conforme a la argumentación que se expone a continuación:

**TESIS Y MARCO JURÍDICO APLICABLE:**

Antes que nada, cabe advertir que la posibilidad que se plantea en el presente estudio, debe abordarse desde dos realidades normativas, o mejor, desde dos momentos de transición legislativa, esto es, la situación al amparo de las Leyes 80 de 1993 *“por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”* y 1150 de 2007 *“por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”* y, el cambio normativo introducido con la expedición de la Ley 1474 de 2011 *“por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*.

Así, en lo que hace al primero de los momentos normativos anunciados en el párrafo anterior, se tiene que la contratación de particulares para la



prestación de servicios de supervisión de contratos, se encontraba proscrita, lo que no ocurría en los casos de los contratos de interventoría de obra pública, en los que la ley expresamente autorizó esa posibilidad de contratar a particulares. (artículo 32, numeral 2° de la Ley 80 de 1993)

A este respecto, cabe recordar que la supervisión de los contratos estatales, categorizada como un deber legal (y por lo mismo indelegable, o por lo menos no en lo que hace a los particulares), fue radicada directamente en las autoridades sometidas al Estatuto de Contratación Estatal<sup>1</sup>, atendiendo a lo dispuesto en varios de los numerales de los artículos 4 y 5 de la Ley 80 de 1993 – concordados con el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, que ordenó la derogatoria expresa de algunos de sus apartes y la adición de otros –, de conformidad con los cuales:

**“Artículo 4°.- Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior<sup>2</sup>, las entidades estatales:**

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

**2°.** Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

<sup>1</sup> Ley 80 de 1993, artículo 2°.- Para los solos efectos de esta ley:

1° Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

2° Se denominan servidores público:

a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.

b) los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.

3° Se denominan servicios públicos:

Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.”

Parágrafo.- Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>2</sup> Ley 80 de 1993, artículo 3°.- Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta que al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”



3°. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

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 agentes 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.

5°. Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas por los acuerdos internacionales suscritos por Colombia.

6°. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

7°. Sin perjuicio del llamamiento en garantía, repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.

8°. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer, en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

9°. Actuarán de tal modo que por causas a ella imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

10. (adicionado por el artículo 19 de la Ley 1150 de 2007). Respetarán el orden de presentación de los pagos por parte de los contratistas. Sólo por razones de interés público, el jefe de la entidad podrá modificar dicho orden, dejando constancia de tal actuación.

Para el efecto, las entidades deben llevar un registro de presentación por parte de los contratistas, de los documentos requeridos para hacer efectivos los pagos derivados de los contratos, de tal manera que estos puedan verificar el estricto respeto al derecho de turno. Dicho registro será público.

Lo dispuesto en este numeral no se aplicará respecto de aquellos pagos cuyos aportes hayan sido presentados en forma incompleta o se encuentren pendientes del cumplimiento de requisitos previstos en el contrato del cual se derivan." (subrayas no originales); y,

"Artículo 5°.- Para la realización de los fines de que trata el artículo 3° de esta ley, los contratistas:



1°. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

2°. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamientos que pudieran presentarse.

3°. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren.

Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de las peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste.

4°. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello.

5°. No accederán a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho.

Cuando se presenten tales peticiones o amenazas, los contratistas deberán informar inmediatamente de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes para que ellas adopten las medidas y correctivos que fueren necesarios.

El incumplimiento de esta obligación y la celebración de pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato." (subrayas no originales)

Nótese entonces como, en vigencia del citado estatuto normativo y hasta antes de la expedición de la Ley 1474 de 2011, el deber de supervisión de los contratos celebrados por las entidades sometidas al Estatuto de Contratación Pública, siempre estuvo en cabeza de la entidad contratante, quien usualmente solía designar a algunos de sus funcionarios con experticia o probidad técnica en lo relacionado con el objeto del contrato, para que éste se encargase de mediar entre los intereses de la administración y los del propio contratista en pro de la consecución de la necesidad que pretendía satisfacerse con el respectivo negocio jurídico.

De hecho, esa era la razón por la cual se constituían en sujetos de responsabilidad disciplinaria (exclusivamente referida a los **funcionarios y/o ex funcionarios** de la respectiva entidad de derecho público que hubiesen fungido como **supervisores** de contratos estatales, o de particulares en ejercicio temporal de funciones públicas – que en principio no era el caso de los supervisores de contratos, aunque sí el de los **interventores**), en los



términos de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), con lo que además se reforzó para la supervisión su carácter de deber legal. Bajo este entendido, los artículos 25, 26 y 53 de la citada ley, dispusieron lo siguiente:

"Artículo 25.- Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del libro tercero de este Código.

*Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código.*

*Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria." (subrayas no originales);*

"Artículo 26.- Es autor quien cometa la falta disciplinaria o determine a otro a cometerla, aun cuando los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función." (subrayas no originales); y,

"Artículo 53.- El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas en lo que tiene que ver con éstas; presten servicios públicos a cargo del Estado de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política o administren recursos de éste, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

*Cuando se trate de personas jurídicas, la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la junta directiva."*<sup>3</sup> (subrayas no originales)

Criterio legal que se encontraba en consonancia con el catálogo de responsabilidades previsto en los artículos 50 a 53 (este último, claro está, antes de la modificación introducida en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011), 56 y 58 de la Ley 80 de 1993, que a la letra rezan lo siguiente:

"Artículo 50.- Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos, deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de

<sup>3</sup> Artículo 32, numeral 2° de la Ley 80 de 1993, de conformidad con el cual: "... 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 pública, 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..."* (subrayas no originales)



la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista." (subrayas no originales)

"Artículo 51.- El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y la Ley." (subrayas no originales)

"Artículo 52.- Los contratistas responderán civil y penalmente<sup>4</sup> por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7° de esta ley." (subrayas no originales)

"Artículo 53.- Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría y asesoría." (subrayas no originales)

"Artículo 56.- Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor, se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos." (subrayas no originales)

"Artículo 58.- Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les impute en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:

1°. En caso de declaratoria de responsabilidad civil, al pago de las indemnizaciones, en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente.

2°. En caso de declaratoria de responsabilidad disciplinaria, a la destitución.

3°. En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente.

4°. En los casos en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme, o elevado pliego de cargos, la autoridad competente podrá, con el propósito de salvaguardar la recta administración pública, suspender provisionalmente al servidor público imputado o sindicado, hasta por el término de duración de la medida de aseguramiento o de la investigación disciplinaria.

5°. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme a un particular, por acciones u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, se informará de tal circunstancia a la respectiva Cámara de Comercio que procederá de inmediato a inscribir dicha medida en el registro de proponentes.

<sup>4</sup> Nótese cómo, tanto en el artículo 52 como en el artículo 53 del Estatuto de Contratación Estatal, que no se incluyó la responsabilidad disciplinaria, lo que precisamente se explica en función de que con anterioridad a la expedición de la Ley 1474 de 2011 se consideraba que la supervisión de contratos estatales era una responsabilidad de la entidad contratante (deber legal), quien podía designar según criterio técnico a los funcionarios públicos que habrían de ejercer dichas labores.



*El jefe o representante legal de la entidad estatal que incumpla esta obligación, incurrirá en causal de mala conducta.*

*6°. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquélla quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual." (subrayas no originales)*

Es claro, en consecuencia, que en vigencia de dicho estatuto normativo, y se reitera, hasta antes de la expedición de la Ley 1474 de 2011, el deber de supervisión de los contratos estatales se erigió como uno más de los que se encuentran a cargo de manera directa (con carácter de indelegable) de la entidad estatal contratante o que ordenó el gasto.

Y es que si la intención del legislador de 1993 hubiera sido otorgar tratamiento jurídico similar a los supervisores, partiendo de lo normado en materia de contratación para los interventores (quienes pueden y, de hecho, en la generalidad de los casos asumen la condición de particulares en ejercicio temporal de funciones públicas), así lo habría señalado expresamente tanto en el Estatuto de Contratación Estatal como en el Código Disciplinario Único, y sin embargo no lo hizo, lo que viene a corroborar que en materia de supervisión, por lo menos hasta el 12 de julio de 2011, la concepción legal de esta figura correspondía a la de un deber del que no podía desprenderse la entidad contratante, menos aún para dejarlo en manos de particulares contratistas.

Ahora bien, como se dejó anteriormente anunciado, tenemos que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, el ordenamiento jurídico colombiano dio ese salto hacia la posibilidad de contratar las labores de supervisión con personal ajeno al de la entidad contratante, esto es, con particulares. Y, ello es así, por cuanto que es absolutamente clara la intención del legislador de 2011, en el sentido de otorgarle a la supervisión de los contratos estatales un carácter verdaderamente mediador en aras de no confundir (en la medida de lo posible, esto es, para las dos hipótesis normativamente autorizadas) en las entidades estatales los roles de contratante y de supervisora, pues lo que se buscó fue precisamente prevenir los actos de corrupción que pudieran presentarse si se propiciara que un mismo extremo de la relación comercial ordenara el gasto y controlara su ejecución; además porque se hacía necesario brindar la misma protección y seguridad al contratista, frente al cumplimiento de las obligaciones en



cabeza de la entidad contratante y, en esa dinámica, resultaba problemático conciliar los intereses de la entidad/supervisora y los del obligado/supervisado.

A la anterior conclusión se arriba, fundamentalmente, desde las modificaciones introducidas al régimen de responsabilidades adoptado en la Ley 80 de 1993, aunque sin perder de vista que sólo desde el año 2002 los particulares en ejercicio temporal de funciones públicas – el caso típico de los interventores, consultores y asesores involucrados en la actividad contractual – también asumieron responsabilidad disciplinaria y, con la nota adicional de que dicha posibilidad – la de contratar la supervisión – sólo se configura para los eventos en que se requiera de conocimientos especializados para realizar dicha tarea o no pueda realizarse con personal de planta, conforme pasa a exponerse:

En efecto, disponen los artículos 82 a 84 de la ley que se estudia, lo siguiente:

*"Artículo 82.- Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:*

*Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría.*

*Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables, y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.*

*Parágrafo.- El Gobierno Nacional reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de esta ley." (subrayas no originales)*

*"Artículo 83. 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 interventor, según corresponda.*

*La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto contratado, 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 y jurídico<sup>5</sup> 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.” (subrayas y negrillas no originales)<sup>6</sup>

**“Artículo 84.-** La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan

<sup>5</sup> Componentes involucrados en la definición legal de la supervisión de los contratos estatales.

<sup>6</sup> Cabe aclarar que varios de los postulados normativos de este artículo ya habían sido tangencialmente anunciados en el hoy derogado artículo 54 del Decreto 2474 de 2008, de conformidad con el cual: “Artículo 54.- A través de la modalidad de selección de concurso de méritos se contratarán los servicios de consultoría a que se refiere el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y los proyectos de arquitectura.

En la selección de consultores la entidad estatal podrá utilizar el sistema de concurso abierto o el sistema de concurso precalificación. En este último caso, será posible surtir la precalificación mediante la conformación de una lista corta o mediante el uso de una lista multiusos. En la selección de proyectos de arquitectura siempre se utilizará el sistema de concurso abierto por medio de jurados.

Cuando el presupuesto estimado de los servicios de consultoría sea inferior al 10% del valor correspondiente a la menor cuantía de la entidad contratante, se podrá seleccionar al consultor o al proyecto, teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar, sin que sea necesario contar con pluralidad de ofertas.

En ningún caso se tendrá el precio como factor de escogencia o selección.

Cuando del objeto de la consultoría a contratarse se desprenda la necesidad de adquirir bienes y servicios accesorios a la misma, la selección se hará con base en el procedimiento señalado en el presente capítulo, sin perjuicio de la evaluación que la entidad realice de las condiciones de calidad y precio de aquellos, de acuerdo con lo señalado en el artículo 12 del presente decreto.

Si el objeto contractual involucra servicios de consultoría y otras obligaciones principales, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra, la escogencia del contratista deberá adelantarse mediante licitación pública, selección abreviada o contratación directa, según corresponda, de conformidad con lo señalado en la ley y en el presente decreto. En todo caso, el equipo de profesionales y expertos propuestos, deberá ser aprobado por la entidad.

**Parágrafo.-** Por labores de asesoría, y de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión a que se refiere el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, entiéndase las llevadas a cabo con ocasión de la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos carreteras, vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riegos, drenajes y pavimentos; oleoductos, gasoductos, poliductos, líneas de conducción y transporte de hidrocarburos; líneas de transmisión eléctrica y, en general, todas aquellas actividades relacionadas con la ingeniería a que se refiere el artículo 2º de la Ley 842 de 2003. Lo anterior, sin perjuicio de que la entidad pueda realizar contratos de prestación de servicios profesionales para apoyar la labor de supervisión de los contratos que les es propia, siempre que las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.” (subrayas y negrillas no originales)



*constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.*

**Parágrafo 1°.-** *El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, quedará así:*

*"No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal o, en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento."*

**Parágrafo 2°.-** *Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8°, numeral 1, con el siguiente literal:*

*"k) El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.*

*Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente."*

**Parágrafo 3°.-** *El interventor 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.*

*Cuando el ordenador del gasto 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, será responsable solidariamente con éste de los perjuicios que se ocasionen.*

**Parágrafo 4°.-** *Cuando el interventor sea consorcio o unión temporal, la solidaridad se aplicará en los términos previstos en el artículo 7° de la Ley 80 de 1993, respecto del régimen sancionatorio." (subrayas no originales)*

Con esta nueva normatividad, si bien no se abandonó la concepción legal de la actividad de supervisión como un deber legal en cabeza del Estado (o, mejor, de las entidades sometidas al Estatuto de Contratación) y, atendiendo al hecho de que dicha actividad no hace parte, en esencia, del giro ordinario del negocio misional de tales entidades, se insiste, sí se abrió la posibilidad de desconcentrarla o delegarla (contratarla) en particulares, aunque de dos maneras diferentes: La primera, que se configura cuando ésta requiere de conocimientos especializados (similar a como sucede en el caso de la interventoría de contratos de obra), en cuyo caso debe acudir a la licitación pública (en el marco de un proyecto con objeto más amplio) o al concurso de méritos, según corresponda, como modalidades de selección del contratista; y, la segunda, cuando para su ejercicio se requiere contar con personal de apoyo (insuficiencia de personal de planta), evento en el que puede contratarse de manera directa la prestación de los servicios que sean requeridos, en lo que es indispensable traer a colación la posición



jurisprudencial decantada por la Corte Constitucional en la Sentencia No. C-614 de 2009, a propósito de los cinco (5) criterios que descartarían la configuración de este tipo de negocios jurídicos (es decir, se define por contraste la manera jurídicamente correcta de contratar la supervisión a particulares a través de la prestación de servicios)

*"...La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, a saber:*

*i) Criterio funcional: la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente 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 aquéllas que deben ejecutarse mediante vínculo laboral.*

*(...)*

*ii) 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 laboral, debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06)*

*iii) Criterio temporal o de habitualidad: si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual. (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003. Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes e 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 (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008. Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 2776-05)*

*iv) Criterio de la 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 acudir a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002. Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001). 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.*

*(...)*

*v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.*

*(...)*

*En síntesis, una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios, es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe*



COLCIENCIAS

Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación

PROSPERIDAD  
PARA TODOS

recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales...  
(subrayas y negrillas no originales)

### CONCLUSIÓN:

Conforme con lo expuesto, es absolutamente claro que en la actualidad nuestro panorama normativo autoriza la posibilidad de contratar con particulares la prestación de los servicios de supervisión de contratos estatales, bien sea porque el objeto contractual a supervisar demanda la necesidad de un conocimiento especializado en la materia, ora porque la entidad no cuenta con el personal de planta suficiente para asumir dicha tarea, tal y como lo señala expresamente el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, con una precisión adicional y es que, el hecho de que la norma refiera exclusivamente a la contratación de apoyos, en sí mismo no quiere significar que lo que se contrate en dicho caso sea una actividad secundaria de soporte al funcionario público a quien se haya designado como supervisor de un determinado contrato, sino que refiere a otra realidad mucho más estructural, que es que los procesos de interventoría y de supervisión de contratos estatales (deber legal) no son propiamente parte del componente misional de las entidades contratantes (o por lo menos no de manera directa), sino *un proceso de apoyo* para ese ejercicio misional.

Para mayor ilustración se traen a cuento las siguientes tres hipótesis o posibilidades que podrían presentarse:

1.- Que el objeto principal del contrato sea la supervisión en sí misma, lo cual es jurídicamente viable bajo la argumentación y en los casos anteriormente propuestos (conocimiento especializado, temporalidad de la tarea e insuficiencia de personal de planta) e implica la independencia y autonomía técnica y profesional del contratista en lo que hace al ejercicio de la labor;

2.- Que el objeto principal del contrato sea el apoyo a la supervisión, en cuyo caso se entiende que ésta ha sido delegada a un funcionario público de la respectiva entidad, pero que requiere de soporte para la ejecución de la tarea (bien por la complejidad técnica, bien por la carga de trabajo, bien por la especialidad del conocimiento), en lo que se acude a la contratación por servicios de apoyo que se requieran en función de cada proyecto, o mejor, de cada objeto contractual a supervisar; y,

3.- Que el objeto principal sea diferente a la supervisión (estudios, mantenimiento, etc.) caso en el cual procede incluir igualmente la supervisión como parte del objeto principal, de tal manera que en las obligaciones se describan cada una de las actividades necesarias para el cumplimiento del objeto pactado, aunque sin perder de vista que en lo que correspondería a



los contratos de obra pública (proyectos completos), la supervisión asume el nombre de interventoría y debe contratarse de manera independiente a la persona del contratista que de manera directa se comprometió a ejecutar el proyecto.

**ALCANCE DEL CONCEPTO:**

El presente concepto jurídico comporta los precisos alcances señalados en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*, de conformidad con el cual: *"...Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas **no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución...**"* (negritas fuera del texto)

De esta manera, es claro que los conceptos que emite esta Secretaría General en ejercicio de las responsabilidades que le fueron asignadas en el Decreto 1904 citado, en cualquier caso involucran una visión jurídica general o de contexto en la aplicación del marco normativo que regula determinado asunto de la órbita del departamento administrativo o, del marco funcional al que se encuentran sometidas cada una de las dependencias que lo conforman pero, de ninguna manera implican un pronunciamiento directo y de fondo, generador de efectos jurídicos individuales y concretos, pues eso equivaldría a usurpar las competencias que le fueron asignadas a esas otras dependencias encargadas de la ejecución de actividades misionales (administrativas) en el contexto del sector de la ciencia, la tecnología y la innovación.

Sin otro particular,

Cordialmente

**LILIANA MARÍA ZAPATA BUSTAMANTE**  
Secretaria General

Sin anexos.

(Elaborado por SMEJM)