



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No. 20163810357721

Fecha: 06-10-2016

20163810357721

Bogotá, D.C.

Señor

JHON FREDY ALVIS CAVIEDES

Calle 143 No. 127F-06, Interior 10 Apto 403

Urbanización San Andrés Afidro Manzana II

Ciudad

Asunto: Derecho de Petición – Solicitud de Concepto – Radicado personería 2016ER303195

Reciba un cordial saludo.

En atención a su solicitud relacionada con algunos interrogantes frente a la (...) "interpretación y aplicabilidad del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 en el ejercicio de la contratación estatal, así como respecto a la calidad o naturaleza de los recursos que entran a la órbita de los contratistas del Estado y la privacidad que ello conlleva"

I. PETICIÓN - CONSULTA

1. Dado que en algunos contratos estatales se establece la obligación de acreditar los pagos de para fiscales ¿Estaría obligado el contratista a acreditar el cumplimiento de dicha obligación con la presentación de un documento diferente a la certificación suscrita por su representante legal o revisor fiscal en caso de tratarse de una persona jurídica, aún cuando la Ley india que se debe acreditar mediante la mencionada certificación?

2. ¿Se puede decir que son excluyentes las formas de certificación establecidas en la norma: plantillas o soportes para personas naturales y certificación del revisor fiscal o representante legal para personas jurídicas? Es decir, ¿procede una u otra en cada caso?



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

3. ¿Cuál es el alcance y sentido de la diferenciación que hace la norma respecto a la forma en que se deben certificar dichos aportes? Es decir, en su concepto ¿cuál es la razón que motivó al legislador para diferenciar mediante ley las formas de certificación?
4. ¿Puede solicitársela a las personas jurídicas la presentación de planillas para certificar dichos aportes aún cuando la norma establece que dicha verificación se satisface con revisor fiscal o representante legal según sea el caso?
5. Dado que el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 establece que el funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de dicho requisito incurre en causal de mala conducta, en su concepto ¿se entiende que dicho procedimiento de verificación se encuentra satisfecho con el sólo hecho de verificar la certificación expedida por el revisor fiscal o el representante legal?
6. ¿El pago de una remuneración a un contratista del Estado, implica que dichos dineros corresponden a una gestión fiscal realizada?
7. ¿Cuál es la diferencia entre naturaleza de los recursos que se usan para la ejecución de las obras y los que se usan para remunerar los servicios de un contratista de Estado?
8. Dado que como lo indica el Consejo de Estado no todas las actividades que involucren el uso de recursos públicos comportan gestión fiscal, ¿es el contratista interventor responsable en materia fiscal respecto de los dineros que recibe como contraprestación por sus servicios prestados o solo lo es respecto de sus actividades de verificación y control que ejerce sobre los dineros utilizados en el contrato sobre el que ejerce actividades de interventoría?

II. COMPETENCIA DE LA ENTIDAD

Una vez analizado el objeto de su consulta, le hacemos saber que de acuerdo con el artículo 11, literal h, del Decreto 411 de 2016, a la Dirección Jurídica de la Secretaría Distrital de Gobierno le corresponde conceptuar frente a interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Entidad, razón por la cual toda vez que del contenido de su petición no se determina de manera puntual que se trate de un asunto que involucre a la misma, se abordará el asunto de manera general, emitiendo un concepto en abstracto sobre la materia.



III. MATERIA OBJETO DE LA CONSULTA

Interpretación y aplicabilidad del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, frente a las obligaciones para personas naturales y jurídicas derivadas de la contratación estatal, así como de la calidad o naturaleza de los recursos que entran a la órbita de los contratistas en su condición de personas naturales o jurídicas.

IV. NORMATIVIDAD APLICABLE

Ley 789 de 2002, por la cual se establecen normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo, consagra en el artículo 50, medidas para el control a la evasión de los recursos parafiscales en el marco de la contratación.

“ARTÍCULO 50. CONTROL A LA EVASIÓN DE LOS RECURSOS PARAFISCALES. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.

Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga mas de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución (...)

Ley 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”, por medio del artículo 23 modifica el inciso segundo y el párrafo 1o, del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, así:



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

"Artículo 41

(...)

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

PARÁGRAFO 1o. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.

El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente."

Artículo 3 del Decreto 1070 de 2013, mediante el cual se reglamento el Artículo 27 de la Ley 1393 de 2010, que dispone lo siguiente:

"Artículo 3° **Contribuciones al Sistema General de Seguridad Social** De acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 1393 de 2010 y el artículo 108 del Estatuto Tributario, la disminución de la base de retención para las personas naturales residentes cuyos ingresos no provengan de una relación laboral, o legal y reglamentaria, por concepto de contribuciones al Sistema General de Seguridad Social, pertenezcan o no a la categoría de empleados, estará condicionada a su pago en debida forma, para lo cual se adjuntará a la respectiva factura o documento equivalente copia de la planilla o documento de pago.

Para la procedencia de la deducción en el impuesto sobre la renta de los pagos realizados a las personas mencionadas en el inciso anterior, el contratante deberá verificar que el pago de dichas contribuciones al Sistema General de Seguridad Social esté realizado en debida forma, en relación con los ingresos obtenidos por los pagos relacionados con el contrato respectivo, en los términos del artículo 18 de la Ley 1122 de 2007, aquellas disposiciones que la adicionen, modifiquen o sustituyan, y demás normas aplicables en la materia."

V CONCEPTO

Frente al asunto se precisa que los contratistas sin excepción, ya sea personas naturales o jurídicas, tienen la obligación de efectuar los pagos de aportes de seguridad social y parafiscales y a las Entidades Públicas en su condición de contratantes les corresponde verificar que a las personas que prestan sus servicios como contratistas han efectuado los pagos que correspondan.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Como quiera que el artículo 50, de la Ley 789 de 2002, consagra obligaciones expresas para las Entidades Públicas, tendientes a contrarrestar la evasión frente al pago de aportes parafiscales en los contratos con Entidades del sector público, la parte contratante, para establecer si existe o no una diferencia entre lo aportado y lo que debió aportar un contratista, debe comparar la autoliquidación de la cotización que éste le presente con la efectuada por ella de acuerdo con los datos que arroje el contrato celebrado, lo cual de acuerdo con lo previsto en el citado artículo en principio sólo aplicaría para las personas naturales.

Ahora bien, en el evento en que el contratista sea una Persona Jurídica, de acuerdo con lo previsto en los artículos 50 de la Ley 789 de 2002 y 23 de la Ley 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, quien debe verificar el pago de los aportes realizados por el personal que emplea para ejecutar el contrato, ya no sería la Entidad Pública, sino el contratista, en cuyo caso la obligación para la Entidad se entenderá cumplida con el certificado emitido por el representante legal y/o revisor fiscal, según sea el caso.

No obstante, si dentro de las obligaciones contractuales las partes pactaron que además de la certificación expedida por el Representante Legal y/o el revisor fiscal, el contratista se obliga a aportar las planillas que den cuenta del pago de los Aportes Parafiscales del personal que emplea en la ejecución del contrato, por tratarse de una obligación contractual, el supervisor deberá verificar su cumplimiento a efectos de determinar que el pago de los aportes al régimen de seguridad social se realice en proporción al valor mensual que se cancele al contratista.

Finalmente en lo que respecta a la calidad o naturaleza de los recursos que entran a la órbita de los contratistas en su condición bien sea de personas naturales o jurídicas, se entiende que los mismos constituyen pagos por servicios prestados que una vez desembolsados por la Entidad contratante ingresan al patrimonio privado y en consecuencia sólo las sumas retenidas por concepto de impuestos o pagos de aportes para fiscales dejan de ser parte de éste.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28° de la Ley 1437 de 2011 *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*, sustituido por el artículo 1° de la Ley Estatutaria 1755 de 2015 *"Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*; la jurisprudencia al respecto ha manifestado:



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE GOBIERNO

“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.

Mediante los conceptos se absuelven consultas tanto de funcionarios como de particulares formuladas en procura de conocer, desde el punto de vista jurídico, criterios y opiniones acerca del problema consultado....”(C.E. Sec. Primera, Auto mayo 6/94, M.P. Yesid Rojas Serrano).

“Fácilmente se advierte que la simple opinión de un funcionario en un caso particular, no tiene virtualidad alguna de obligatoriedad...” (C.E. Sec. Cuarta, Auto Dic. 13/76)”.

Cordialmente,

ADRIANA LUCÍA JIMÉNEZ RODRIGUEZ
Directora Jurídica

Proyectó: Yofania A. Parra Martínez – Profesional Oficina Asesora Jurídica
Aprobó: ALJR

Of. Asesoría Jurídica

Recibido 26 sep/2016

REG 141520
Dro Yabrobo!

DERECHOS Y DEBERES Personería de Bogotá, D.C.
Individuo y Sociedad

Bogotá, D.C.,

PERSONERIA DE BOGOTA 09-08-2016 11:15:42
Al Contestar Cite Este Nr.:2016EE569981 O 1 Fol:1 Anex:5
ORIGEN: Origen: Sd:488 - OFICINA ASESORA DE JURIDICA/CARO ROJA
DESTINO: Destino: ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA D.C. SECRETARIA D
ASUNTO: Asunto: RAD 2016ER33195 DERECHO DE PETICION SOLICITUD
OBS: Obs.:

Rad. 20163810357721

Señores
**SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO
ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ**
Calle 11 No 8-17
Bogotá, D.C.

Concepto

Secretaría de Gobierno Distrital
R No. 2016-624-030565-2
2016-08-12 07:40 - Folios: 2 Anexos: 5 A
Destino: OFICINA DE ATENCION A LA
Rem/D: PERSONERIA DE BOGOTA D.C



Referencia: Derecho de Petición – Solicitud de concepto de Jhon Fredy Alvis Caviedes.

En atención al escrito de la referencia, por medio del cual el señor Jhon Fredy Alvis Caviedes, solicita a la Personería de Bogotá, D.C. resolver varios interrogantes, me permito remitir por competencia ¹el referido escrito a esa Oficina, de conformidad con las siguientes consideraciones:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 del Decreto 1421 de 1993, el literal e del artículo 3 del Acuerdo 13 de 1999; la Personería de Bogotá D.C., no conceptúa en asuntos que tengan que ver con la función constitucional o legal que desarrollan los servidores públicos en diversos escenarios distritales, toda vez que según el mencionado Decreto 1421 de 1993 "sus funciones de control las ejercerá con posterioridad a la expedición del acto o contrato. Antes de su expedición o perfeccionamiento de los actos o contratos de la administración no los revisará ni intervendrá para efectos de conceptuar sobre su validez o conveniencia..."

¹ Ley 1755 de 2015, artículo 21:

"Funcionario sin competencia. Si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la Petición por la autoridad competente".

aprobado 17/2016
H/ 2:30 PM
[Signature]

Con respecto a la función consultiva, se tiene que según el Acuerdo 13 de 1999, la Oficina Asesora de Jurídica de la Personería de Bogotá D.C., debe "... **proyectar para el Personero o para quien delegue, respuestas a consultas sobre la interpretación de la normatividad relacionada con la función de la Entidad...**", atribución cuyo alcance no desborda los límites precisos de una interpretación de las normas que rigen su funcionamiento interno.

Así mismo la circular No 006 del 30 de mayo de 2012, proferida por el Personero de Bogotá D.C., en la que establece el alcance de los conceptos jurídicos, nos indica que "*la Personería cumple funciones de Ministerio Público, ejerce la Veeduría Ciudadana y debe velar por el respeto de los Derechos Humanos, escenarios dentro de los cuales puede fijar criterios relacionados con los asuntos en cada caso y en el preciso marco de sus competencias*".

Por lo anterior, este órgano de control, en virtud de los deberes especiales de los personeros establecidos en la Ley 1755 de 2015², le remite la solicitud elevada por el señor Jhon Fredy Alvis Caviedes, con el objeto de garantizarle al peticionario que su solicitud sea atendida por la entidad competente para tal fin.

En acatamiento de la norma anteriormente citada y por ser de su competencia, me permito remitir en medio físico la petición del actor en cinco (5) folios.

Cordialmente,



MANUEL DAGOBERTO CARO ROJAS
Jefe de Oficina Asesora de Jurídica

Proyectó: Fernanda García.

² Ley 1755 de 2015, artículo 23: *Deberes especiales de los personeros distritales y municipales y de los servidores de la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo. Los servidores de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo, así como los personeros distritales y municipales, según la órbita de competencia, tienen el deber de prestar asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición. Si fuere necesario, deberán intervenir ante las autoridades competentes con el objeto de exigirles, en cada caso concreto, el cumplimiento de sus deberes legales. Así mismo recibirán, en sustitución de dichas autoridades, las peticiones, quejas, reclamos o recursos que aquellas se hubieren abstenido de recibir, y se cerciorarán de su debida tramitación.*

Oficio Junio

Secretaría General

Bogotá D.C., 27 de julio de 2016

PERSONERIA DE BOGOTÁ 28-07-2016 08:58:1
2016ER303195 0 1 Fol:5 Anex:0

Origen: PN/JHON FREDY ALVIS CAVIEDES
Destino: OFICINA DE CORRESPONDENCIA

OK
R.

Doctor:

Danilo Vega Arévalo.

Personero de Bogotá

Cra. 7 # 21-24

La Ciudad.

RECIBIDO
28 Julio 2016 5:18 pm
J.F.S.

Asunto: Derecho de petición - Solicitud de concepto

Cordial saludo,

En ejercicio del derecho que me asiste a elevar consultas a las entidades públicas bajo el amparo del artículo 23° de la Constitución Política y dentro de los lineamientos de la Ley 1755 de 2015, que introdujo el capítulo del Derecho de Petición al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de manera respetuosa me permito allegar a su despacho los siguientes interrogantes y solicitud de concepto para dar claridad a la interpretación y aplicabilidad del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 en el ejercicio de la contratación estatal, así como respecto a la calidad o naturaleza de los recursos que entran a la órbita de los contratistas del Estado y la privacidad que ello conlleva, previas las siguientes consideraciones:

Para la celebración, renovación, ejecución y liquidación de un contrato estatal de cualquier naturaleza, el particular contratista tiene la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF y al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA y, además, para acreditar tal cumplimiento, la ley da la posibilidad de que se demuestre mediante certificación expedida por el revisor fiscal o por el representante legal del contratista, por lo tanto, a primera vista es evidente que por un lado, el contratista no se encuentra obligado a acreditar el cumplimiento de las referidas obligaciones mediante la entrega de comprobantes de pago y aportes, entre otros, de manera individual; y por el otro, que la entidad contratista no podrá exigirle al contratista un documento de acreditación diferente al de las certificaciones autorizadas taxativamente por la ley.

Dicha apreciación se desprende de la lectura del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, particularmente del término "deberá", en tanto la mencionada expresión implica que la entidad se encuentra obligada a ceñirse a lo establecido en dicho precepto normativo; caso contrario sucedería si la norma permitiera otro comportamiento diferente mediante la expresión "podrá". El artículo en mención indica:

"Artículo 50. Control a la evasión de los recursos parafiscales. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en

el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.

Quando la contratación se realice con personas jurídicas, se **deberá** acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga más de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución. {...} (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Se evidencia que en ocasiones las entidades estatales optan por desprenderse, de manera equivocada, de la obligación estipulada en el artículo citado en tanto pretenden verificar que los recursos públicos sean invertidos bajo los principios que rigen la contratación pública y en general la moralidad administrativa; no obstante, se debe resaltar que dicha posición en ocasiones surge de las posiciones caprichosas de las entidades públicas, que antes de actuar dentro de los parámetros legales, asumen una postura predominante y arbitraria con relación a la posición negocial del contratista.

En este sentido, cuando la entidad contratante se niega a aceptarle al contratista la acreditación del cumplimiento del aporte de los recursos parafiscales mediante la presentación de certificaciones suscritas por su representante legal o por su revisor fiscal (de conformidad con la ley previamente citada), desvirtuando de manera injustificada la presunción de legalidad de estos documentos, se está vulnerando uno de los principios que rige toda relación negocial como lo es la buena fe y se está optando por medidas, que además de ser contrarias a la ley, chocan con otra serie de principios como los de economía o celeridad en las actuaciones administrativas, incurriendo abiertamente en una extralimitación de funciones.

Al respecto vale la pena citar lo señalado por nuestra Constitución Política en sus artículos 6° y 121°, en cuanto a que (...) “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.” y que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” respectivamente. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

A su turno, el artículo 123° de esta norma superior respecto de los funcionarios públicos indica que “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. {...}”. Asimismo, cabe recordar lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia C-396 del 24 de mayo de 2006, con ponencia del Doctor Jaime Araújo Rentería, en la cual se definió la extralimitación en ejercicio de funciones en los siguientes términos:

"Las funciones públicas asignadas a los órganos del Estado deben estar previamente señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento. En consecuencia, cualquiera acción que ejecute un órgano del Estado sin estar previamente indicada en las normas mencionadas constituye una acción inconstitucional, ilegal o irreglamentaria por falta de competencia. Igualmente, cualquier acción que provenga de un desbordamiento de la función asignada constituye una extralimitación de la función pública."
(Subrayado y negrilla fuera del texto)

Ahora bien, como se anotó con anterioridad, algunas entidades estatales optan por desconocer el precepto legal citado (de manera injustificada, se repite) queriendo proteger los recursos públicos y el destino que se les dé a estos; sin embargo, si bien el origen de los dineros se encuentra en el erario público, es desconocido en ocasiones por parte de las entidades, que en algunos casos como lo es la remuneración de contratistas, por ejemplo, los dineros pagados y que provienen del erario público pasan a ser parte de la órbita personal o privada una vez le es remunerada su actividad. Lo mismo sucede con las personas jurídicas que no manejan o gestionan dineros públicos, sino que reciben una remuneración por sus actividades.

De tal manera ha sido entendido por el Consejo de Estado, Sección Primera, en sentencia del 12 de noviembre de 2015, Consejera Ponente María Claudia Rojas Lasso, donde se dijo lo siguiente:

*"... lo que se observa es que la Contraloría General de Antioquia se equivocó al afirmar en términos absolutos, que **la responsabilidad fiscal se configura en todo contrato o proyecto por el hecho de que éste involucre recursos públicos**, por cuanto se insiste **lo que en el caso en estudio se debió verificar previamente fue si la contratista ejerció o no gestión fiscal**. Igualmente se observa que la demandada, confundió el incumplimiento de los contratos en que según la documental aportada incurrió la actora, con el hecho de que producto de dicha contratación, la actora hubiera realizado gestión fiscal para haberle imputado en su contra fallo con responsabilidad fiscal, cuando lo cierto es que se trata de dos supuestos de hecho completamente distintos.*

*Por tanto, lo que procedía determinar era si en el sub iudice, la actuación desplegada por la demandante en la contratación que suscribió con el IDEA, la puso en una situación tal que pudiera afirmarse, **asumió la titularidad jurídica en el manejo de los fondos o bienes que la entidad contratante le hubiera entregó** y, que por tratarse el Instituto de una entidad pública del orden departamental, resultó afectado el patrimonio estatal debido a la declaratoria de incumplimiento y caducidad de los contratos.*

*Y no es que la Sala esté desconociendo el hecho, de que el control fiscal puede recaer sobre contratos ya terminados o liquidados como lo ha reconocido la Corte Constitucional, sino que **lo que se quiere destacar es que este supuesto fáctico opera siempre y cuando la entidad o persona jurídica declarada responsable fiscal, hubiera desplegado actos de gestión fiscal, supuesto fáctico que en el presente caso no aconteció con la conducta asumida por la demandante, por cuanto esta entidad no manejó ni administró recursos de la parte contratante Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA como se verá enseguida, sino que asumió unas obligaciones contractuales que no cumplió en su integridad.***

(...)

4

De tal suerte que lo que se tiene probado, es que en virtud de la relación contractual suscrita entre las partes en conflicto, la contratante se obligaba a pagar a la contratista las facturas de cobro presentadas por BAAN COLOMBIA Ltda., motivo por el que los dineros pagados por el IDEA lo fueron a título de pago por la retribución de una obligación cumplida por la actora, pero no lo fueron porque la contratista hubiera recibido estos dineros a título de administradora de fondos o bienes públicos. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

De esta manera, se destaca que para el Consejo de Estado es claro que para que opere la responsabilidad fiscal no basta con que se encuentren involucrados recursos públicos, sino que por el contrario, es necesario que se hayan desplegado acciones de gestión fiscal o que se reciban los dineros a título de administración de fondos, caso en el cual sí se debe gestionar acciones de control sobre el manejo de dichos dineros de origen estatal.

Resáltese sobre el anterior presupuesto, por ejemplo, a las interventorías; que si bien según se ha dicho en la jurisprudencia ejercen funciones públicas y son sujetos del régimen disciplinario, no gestionan ni manejan dineros públicos pues su única función es vigilar y controlar que el contrato objeto de supervisión y vigilancia se cumpla a cabalidad según lo acordado por la entidad contratante, convirtiéndose en sujetos de responsabilidad fiscal solo en lo que corresponde a las actividades de control y vigilancia y lo que tiene que ver con el correcto manejo de recursos públicos del contratista sobre el que ejerce sus actividades de interventoría, mas no opera la responsabilidad fiscal, respecto de lo que tiene que ver con los dineros que recibe como remuneración por dicha labor.

Por lo anterior, el interventor, caso del ejemplo, una vez cumplidas sus funciones de verificación y vigilancia termina convirtiéndose en un contratista de la administración que recibe la remuneración por sus servicios, dineros que por lo tanto, al entrar en el patrimonio de la persona jurídica, se convierten en dineros de naturaleza privada que en nada justifica la extralimitación de funciones y desconocimiento de la ley por parte de las entidades para requerir soportes o información adicional a la que legalmente se ha establecido, para certificar el pago a su personal.

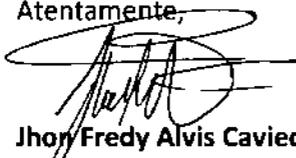
Así las cosas y en atención a las consideraciones previamente expuestas, me permito elevar de manera respetuosa a su despacho los siguientes interrogantes y solicitud de concepto:

- 1) Dado que en algunos contratos estatales se establece la obligación de acreditar los pagos de parafiscales ¿Estaría obligado el contratista a acreditar el cumplimiento de dicha obligación con la presentación de un documento diferente a la certificación suscrita por su representante legal o revisor fiscal en caso de tratarse de una persona jurídica, aun cuando la ley indica que se debe acreditar mediante la mencionada certificación?
- 2) ¿Se puede decir que son excluyentes las formas de certificación establecidas en la norma: Planillas o soportes para personas naturales y certificación del revisor fiscal o representante legal para personas jurídicas? Es decir, ¿procede una u otra en cada caso?
- 3) ¿Cuál es el alcance y sentido de la diferenciación que hace la norma respecto a la forma en que se deben certificar dichos aportes? Es decir, en su concepto ¿cuál es la razón que motivó al legislador para diferenciar mediante ley las formas de certificación?

- 4) ¿Puede solicitársele a las personas jurídicas la presentación de planillas para certificar dichos aportes aun cuando la norma establece que dicha verificación se satisface con certificación del revisor fiscal o representante legal según sea el caso?
- 5) Dado que el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 establece que el funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de dicho requisito incurre en causal de mala conducta, en su concepto ¿Se entiende que dicho procedimiento de verificación se encuentra satisfecho con el solo hecho de verificar la certificación expedida por el revisor fiscal o representante legal al respecto tal como el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 lo establece?
- 6) ¿El pago de una remuneración a un contratista del Estado, implica que dichos dineros corresponden a una gestión fiscal realizada?
- 7) ¿Cuál es la diferencia entre la naturaleza de los recursos que se usan para la ejecución de las obras y los que se usan para remunerar los servicios de un contratista del Estado?
- 8) Dado que como lo indica el Consejo de Estado no todas las actividades que involucren el uso de recursos públicos comportan gestión fiscal, ¿es el contratista interventor responsable en materia fiscal respecto de los dineros que recibe como contraprestación por sus servicios prestados o solo lo es respecto de sus actividades de verificación y control que ejerce sobre los dineros utilizados en el contrato sobre el que ejerce actividades de interventoría?

Agradeciendo de antemano su valiosa gestión, estaré atento a recibir la respuesta de la presente petición en la dirección física: Calle 143 No. 127F-06 Int. 10 Apto. 403 Urbanización San Andrés Afidro Manzana II en la Ciudad de Bogotá D.C. o en el correo electrónico: elvisjf79@hotmail.com.

Atentamente,



Jhory Fredy Alvis Caviedes

C.C. 16. 185.934 de Florencia Caquetá