

Responsabilidad disciplinaria en materia de supervisión en la contratación estatal

Cindy Stephanie Aguirre Rojas¹

Paula Juliana Bahamon Pérez²

Resumen

En atención a lo previsto en la legislación colombiana, la labor de supervisión en los contratos estatales esta asignada exclusivamente a quienes son funcionarios públicos y es sobre ellos en quienes recae la responsabilidad disciplinaria por las irregularidades que se presenten en la contratación estatal. No obstante, resulta evidente que en la práctica al interior de las entidades estatales los actos de designación bajo los cuales se delega la labor de supervisión contienen apelativos “de apoyo a la supervisión” que otorgan a particulares que ejercen función pública a través de contratos de prestación de servicios profesionales, prácticamente las mismas funciones que corresponderían en principio al supervisor vinculado como servidor público de la entidad estatal contratante. Así pues, se utilizó el método deductivo para conocer cómo opera la responsabilidad disciplinaria en quienes recae tal tarea, ya sean funcionarios públicos o contratistas, estableciendo los factores determinantes para fijar el alcance de las designaciones de supervisión y los límites en las labores de apoyo, encontrando que existen falencias en la interpretación que se da a las delegaciones en cabeza de los particulares, toda vez que su labor está encaminada al acompañamiento del proceso de supervisión pero no por ello se desliga de su responsabilidad al servidor público designado como supervisor, lo que en últimas resulta ser un aspecto fundamental para adelantar los procesos disciplinarios relacionados con alguna irregularidad en materia contractual.

Palabras clave. Supervisión contractual, delegación, designación de supervisión, responsabilidad disciplinaria, contrato estatal, supervisor.

Abstract

¹ Abogada egresada de la Universidad Libre Seccional Bogotá, especialista en Derecho Tributario de la Universidad Externado. Especialista en Derecho Administrativo, contratista de diferentes entidades del Estado. E-mail: cindy.saguirre@gmail.com.

² Abogada egresada de la Universidad La Gran Colombia Seccional Bogotá, Especialista en Derecho Administrativo, funcionaria pública. E-mail: paula.bahamon9601@gmail.com.

In accordance with the provisions of Colombian legislation, the task of supervision state contracts is assigned exclusively to those who are public officials, and it is on them that the disciplinary liability for irregularities that happens in public contract. However, it is evident that in practice, within state entities, the appointment acts under which the supervisory task is delegated contain nicknames "supervision support" that they grant to individuals who exercise public function through contracts of provision of professional services, practically the same functions that would correspond in principle to the linked supervisor as a public servant of the contracting state entity. Thus, the deductive method was used to find out how disciplinary liability operates on those who fall for such a task, whether they are public officials or contractors, establishing the determining factors to set the scope of supervisory appointments and the limits on support work. finding that there are shortcomings in the interpretation given to the delegations headed by individuals, since their work is aimed at accompanying the supervision process, but this does not mean that the public servant appointed as supervisor is released from his liability, which ultimately, it turns out to be a fundamental aspect to advance the disciplinary processes related to any irregularity in contractual matters.

Keywords. Contractual supervision, delegation, appointment of supervisory, disciplinary liability, state contract, supervisor.

Sumario. I. Conceptualización de la supervisión contractual; II. Objeto sobre el que recae la supervisión contractual; III. Designación del supervisor de los contratos estatales; IV. Implicaciones de la supervisión contractual; V. Contratos de apoyo a la supervisión; VI. Conceptualización de la responsabilidad disciplinaria; VII. Conclusiones

Introducción

El presente artículo surge de un análisis crítico con respecto al alcance que tiene la función de supervisión dentro de los contratos estatales y la correlativa responsabilidad disciplinaria tanto de quienes ejercen dicha labor como de quienes participan en el proceso de delegación.

Es importante indicar que un gran número de los procesos disciplinarios en los que se investigan conductas relacionadas con presuntas irregularidades en materia de supervisión dentro de las actividades contractuales en las entidades estatales no culmina de manera efectiva, lo que en últimas conlleva una afectación al buen funcionamiento de la administración pública y resulta en contravía del óptimo cumplimiento de los fines del Estado por parte de aquellos encargados de la labor de supervisión, que no desempeñan sus funciones de conformidad con lo establecido en la Constitución Política, las leyes y los reglamentos que apliquen en cada caso.

Lo anterior se afirma bajo el conocimiento de que dentro de las entidades estatales existen algunas malas prácticas que van incluso desde la designación de supervisión de contratos estatales a particulares vinculados a través de contratos de prestación de servicios, encargándoles directamente las funciones que debería desempeñar un servidor público adscrito a la planta de personal de la Entidad Estatal. Estas situaciones tienen relevancia en el momento de adelantar los procesos disciplinarios pues determinan el factor de competencia y en la práctica, se constituyen como un elemento crucial frente a la operación administrativa de los órganos de control en el Estado.

De ahí que, en este artículo se pretende conocer de manera detallada la labor de supervisión en los contratos estatales, pero desde la perspectiva de la posible responsabilidad disciplinaria derivada tanto para quienes ejercen la labor directamente como para aquellos que intervienen en el proceso contractual, pues pareciera que los procesos disciplinarios se ven limitados a la ejecución de la labor pero desconocen las condiciones de delegación y el acompañamiento que se hace desde las entidades estatales para el desempeño de la función, lo que nos lleva a plantear la siguiente pregunta de investigación. ¿Cuál es el alcance de la responsabilidad disciplinaria frente a las funciones de supervisión en los contratos estatales?

En este sentido, podría afirmarse que los actos de designación de la supervisión deben ser suficientemente claros para enmarcar la responsabilidad de quienes ostentan la supervisión propiamente dicha, así como de quienes realizan labores de apoyo a la misma, bajo la premisa de que los primeros serán siempre servidores públicos y los segundos, podrán ser también particulares vinculados a través de contratos de prestación de servicios.

La presente investigación es de tipo cualitativo, a través de la aplicación del método deductivo, abordando el tema de supervisión en contratos estatales con todas sus implicaciones, y con posterioridad abordar la responsabilidad disciplinaria de los partícipes en esta actividad dentro del Estado. El tipo de estudio será descriptivo toda vez que se pretende identificar de las situaciones en las que se evidencia la responsabilidad disciplinaria de quienes ejercen supervisión en el marco de la contratación estatal. Para el efecto, se acudirá a fuentes secundarias con el fin de recolectar información sobre el problema de investigación utilizando además como técnica el análisis bibliográfico directo.

I. Conceptualización de la supervisión contractual

Como primera medida, corresponde señalar que la función de supervisión en materia de contratación estatal surge de la puesta en marcha una figura fundamental para la función administrativa, llamada “delegación”.

De acuerdo al modelo de administración consagrado en nuestra Constitución, el de Estado Social de Derecho en el ordenamiento colombiano el ejercicio de la función administrativa debe estar orientado a satisfacer el interés general de acuerdo a unos parámetros establecidos para tales fines. En tal sentido, el capítulo V del título V de la Constitución fue denominado “De la función administrativa”, y en su artículo 209 consagra los principios que deben regir el ejercicio de este modelo de administración³.

La Constitución Política Nacional de Colombia en el artículo 113 concentra la función administrativa a la rama ejecutiva, estableciéndole a esta una mayor cantidad de acciones e instrumentos para la protección del interés general, es entonces que la delegación de funciones establece la manera en cómo pueden distribuirse las tareas o funciones dentro de un Estado.

La delegación, igual que la supervisión son figuras concebidas para el correcto funcionamiento de la administración pública, es por esto que:

³ Núñez, C. A. (2011). Delimitación de la responsabilidad del delegante a través del principio de confianza. Obtenido de Monografía Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, p.9. <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/2656/NunezdeLeon-CarlosAndres-2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

La delegación es un mecanismo para el ejercicio de la función administrativa por medio del cual un órgano o funcionario titular de una competencia o función transfiere a otro órgano o funcionario, de rango inferior, una función o competencia de la que es titular, de forma específica y por un periodo determinado, estando facultado el titular de la competencia o función para reasumirla en cualquier momento. Es de anotar que la implementación de este mecanismo destinado para el desarrollo de la función administrativa debe obedecer a unos parámetros establecidos en la Ley⁴.

Con todo, la finalidad de la delegación está en la posibilidad dada por la Constitución y/o la Ley para que los funcionarios públicos designen algunas de sus funciones o competencias a otro funcionario, siempre y cuando se cumplan unos requisitos determinados en la norma.

La Ley 489 de 1998 así como la Doctrina y la Jurisprudencia establecen unos requisitos para que considerar que estamos frente a la delegación de funciones; el profesor Younes Moreno en su texto de Curso de derecho administrativo los clasifica así: *a) la autorización legal previa, b) la determinación de la materia delegable, c) el traslado de la responsabilidad del superior que delega al subalterno que la recibe, d) la capacidad para revocar la delegación.*

En el vínculo del delegante y el delegatario es donde se puede visibilizar el término de supervisión, materia de estudio, toda vez que éste se refiere a que el delegante en otros términos (el supervisor) ejerce la facultad de revisar, reformar o revocar los actos administrativos que el delegatario expida en función de las tareas que le fueron encomendadas como producto de la delegación.

Sin embargo, en lo que se refiere a la responsabilidad derivada de esta figura, el artículo 211 de la Constitución exime de responsabilidad al delegante, por lo que la supervisión se convierte en un estudio de aquel que, en ejercicio de un mandato constitucional, debe hacer a todos los actos y decisiones que el delegatario lleve a cabo puesto que, si lo omite, la responsabilidad recaerá toda en él.

⁴ Ibídem, p.18

Según la Ley 489 del 2011, la delegación puede ser propia o impropia, pero la primera es la que se practica en la supervisión contractual: “*La delegación propia se origina en la voluntad exclusiva del superior delegante y recae sobre otro empleado público en particular*”⁵.

La delegación en contratación pública por su parte, está enmarcada en el numeral 10 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, donde nace la autorización de delegar la contratación, y además se establece que los jefes o representantes de las entidades estatales podrán delegar la facultad de celebrar contratos.

De otra parte, aunque el artículo 211 constitucional haya creado una exención de responsabilidad del delegante, en materia de contratación pública suele ser un poco más confuso el tema. Por esto, el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 en su parágrafo trata sobre el acto de la firma expresamente delegada, estableciendo que en esta situación no se exime de ninguna responsabilidad (legal, civil y penal) a quien delega.

Este pronunciamiento legal fue analizado y ratificado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-727 del 2000, donde se establece que la delegación de firma no implica el traslado de todas las competencias que tiene en su cabeza el delegante, porque en el desarrollo de éstas debe ejercer la función de supervisión y la responsabilidad recaerá también en él, en caso de delegar la firma a un contrato que este viciado o que se pretenda ejecutar con corrupción.

En virtud de lo anterior, es pertinente analizar los temas de supervisión contractual entendiéndola, no solo como una materialización, sino como un elemento de la delegación en el aspecto contractual.

Así, por contrato estatal se entiende el negocio jurídico en el que una de las partes que interviene es una entidad pública, razón por la cual la relación jurídica que se deriva de la celebración de este tipo de contratos, estará sometida al régimen público. No sobra señalar que en todo contrato administrativo tiene que participar por lo menos un órgano estatal en ejercicio de función administrativa⁶.

⁵ Rodríguez, L. R. (2007). 1998, El derecho administrativo en los albores del siglo IXXI. La reforma administrativa de. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. P.14

⁶ Escobar Gil, R. (1999). Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá D.C.: Legis.

Ahora bien, en lo que respecta al concepto de supervisión en los contratos estatales, conviene definirla como el proceso activo de dirección, seguimiento, vigilancia y control del desarrollo y cumplimiento del objeto contractual. En efecto, cuando se hace mención a un proceso activo, no se está acudiendo a otra definición distinta a la que da la Ley 1474 de 2011 en su artículo 83 inciso segundo cuando indica que “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.”

En ese sentido, es evidente que la actividad de supervisión en los contratos estatales tiene como objetivo un acompañamiento constante en la ejecución contractual buscando la garantía de los fines o intereses públicos sobre los cuales se fundamenta la suscripción de un contrato estatal⁷.

Así las cosas, desde la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 ambos conceptos fueron abordados en la legislación colombiana con la finalidad de unificar y fortalecer los procesos de contratación de la administración pública, actualizando y modificando procedimientos que permitieran acercar la actividad contractual a las necesidades por satisfacer en cumplimiento de los fines estatales, considerando al Estado como principal sujeto contratante.

Otro aspecto a considerar es que la entidad también está facultada para contratar por su parte una interventoría para que lleve a cabo la función de la supervisión del contrato, esta tarea de la entidad está regulada por la Ley 80 de 1993 y será entonces el Estado el encargado de hacer cumplir con lo dispuesto en la Constitución y la Ley.

Aunado a lo anterior, es pertinente mencionar algunos antecedentes de carácter constitucional y legal que vigilan la contratación pública y ponen en marcha la figura de la supervisión. Así, la Constitución Política de Colombia de 1991 establece lo siguiente:

- El artículo 209 trata sobre la función administrativa indicando que está al servicio de los intereses generales y que debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcial y

⁷ Betancourt Cuartas, J. (1993). Nuevo Estatuto General de la Contratación estatal. Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica. (1ª ed.).

publicidad, además posiciona a las autoridades administrativas como las encargadas de coordinar que sus actuaciones (incluida la contratación estatal), cumplan con los fines del Estado.

- El artículo 269 establece que las entidades públicas están en el deber de diseñar y poner en marcha procesos de control interno en pro de contratar servicios.

Con respecto a las disposiciones de carácter legal, se encuentra la Ley 80 de 1993 y la Ley 1474 del 2011. La primera enmarca las normas generales sobre la supervisión de los contratos estatales y la segunda previene actos de corrupción en la gestión pública a través de mecanismos de prevención, investigación y sanción.

A este punto del análisis, es válido interpretar que la Ley y la Constitución le otorgan a las entidades públicas la función de supervisión velando de forma independiente los actos contractuales según los procedimientos y métodos que crean necesarios en su discrecionalidad, siempre y cuando se proteja el interés general.

Teniendo los antecedentes normativos claros y siguiendo con la conceptualización de la supervisión, esta figura está basada en unos principios que se describirán a continuación:

- **Principio de transparencia:**

Referido principalmente a que el contratista y cualquier persona pueda conocer y acceder a la información de los procesos de contratación que esté llevando la entidad pública, sobre la base de la posibilidad de que cualquier decisión que tome la entidad, pueda cuestionarse.

El Consejo de Estado en Sentencia 17767 del 2011 respecto del principio de transparencia ha dicho:

El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe "edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del

acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración"⁸.

Según este pronunciamiento del Consejo de Estado se deduce que el principio de transparencia está compuesto por seis elementos: la igualdad, la objetividad, contradicción, publicidad, motivación expresa y la escogencia objetiva.

Sobre este principio existe la Ley 1712 del 2014 “*por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional...*” la cual tiene por objeto regular el derecho de acceso a la información pública, a través de procedimientos que garanticen el derecho a la publicidad de la información.

- **Principio de responsabilidad:**

Este principio recae sobre los servidores públicos, quienes están obligados a coordinar, supervisar y vigilar el contrato para así proteger los intereses de la entidad en la que laboran y que, de no ser así, responderán por sus acciones u omisiones en el caso de haber impedido o entorpecido el proceso contractual.

Con respecto a los contratistas, el principio de responsabilidad aplicará cuando elaboren un acto que vaya en contra del objeto contractual y que provoque un desequilibrio contractual en la entidad.

II. Objeto sobre el que recae la supervisión contractual

El objeto sobre el que recae la supervisión contractual, no es otro que el contrato en sí mismo, estudiando y analizando todos los comportamientos y conductas que tengan los extremos del contrato durante la ejecución del mismo.

Es entonces que quien ejerza la supervisión del contrato debe velar porque se cumplan a cabalidad todas las prestaciones o acuerdos que se llegaron en la firma del contrato, impidiendo que se genere una responsabilidad disciplinaria, penal o fiscal.

⁸ Sentencia Consejo de Estado, 17767 del 2011 (Consejo de Estado 31 de Enero de 2011).

El manejo de la supervisión contractual recae en el gerente y/o representante legal de las entidades, el cual en la mayoría de ocasiones no puede ejercerla por el cúmulo de asuntos a cargo, lo que hace necesario delegar tal función a una empresa interventora o como se ve en la cotidianidad, a un funcionario público, o en su defecto, un contratista que presta servicios a la entidad.

Sin embargo, por lo visto en la práctica es claro que el legislador se ha quedado corto en regular las actividades y fijar reglas que el supervisor debe cumplir en todas las etapas del contrato para que, en caso de que el contrato no se cumpla a cabalidad, sean estos parámetros los hitos con los que se proceda a determinar un responsable.

Es así como se observa que la legislación se ha limitado a determinar el tipo de responsabilidades que tendrían quienes no cumplan con el objeto contractual o quienes en alguna etapa del contrato generen un desequilibrio que impida el pleno funcionamiento de la administración pública y el cumplimiento de los fines del Estado.

A continuación, se determinará la forma como la supervisión se puede aplicar en todas las etapas del contrato:

- **Etapa precontractual:**

En esta etapa la supervisión cumple una labor meramente preventiva con respecto a errores que obstaculicen el correcto planteamiento del objeto contractual. Así, por ejemplo, el supervisor deberá realizar un estudio suficiente del certificado de disponibilidad presupuestal para que éste sea coherente con los recursos que estén destinados al desarrollo del contrato y que éstos existan o, en otras palabras, que efectivamente se cuente con los recursos necesarios para el pago de todas y cada una de las prestaciones a las que se lleguen de común acuerdo.

Respecto de la delegación, la Procuraduría General de la Nación exige que los servidores públicos encargados de expedir el certificado de disponibilidad presupuestal no deleguen tal función a ninguna otra persona, debido a que la responsabilidad derivada por alguna irregularidad recaerá en cabeza del jefe o representante legal de la entidad.

Adicionalmente, el supervisor tendrá la función de revisar los documentos preparatorios del contrato: estudios previos, de necesidad, viabilidad, pliego de condiciones, entre otros para

que en el desarrollo de su función determine si se cumplen o no los parámetros que establecidos para el servicio que va a prestarse o la obra a realizarse.

- **Etapa contractual:**

El supervisor cuidara porque en esta etapa las partes cumplan con las prestaciones a las que se comprometieron con la firma del contrato, actuando con lealtad y colaboración recíproca. Esta función se concreta teniendo en cuenta el equilibrio contractual que puede verse afectado por la entidad contratante o el contratista incumpliendo alguna cláusula del contrato o actuando sin buena fé.

Por otro lado, debe estar al tanto frente a los trámites necesarios para la celebración de otrosíes o adiciones, que permitan la corrección de deficiencias en lo que ya se había pactado por circunstancias que no se previeron, inclusión de información nueva, modificaciones por circunstancias externas que afecten la ejecución del objeto contractual, entre otros factores.

- **Etapa poscontractual:**

En la liquidación del contrato, el supervisor debe garantizar la adecuada presentación del informe final con el lleno de los requisitos legales, en el que se dé cuenta de todo el desarrollo del contrato con sus actos modificatorios (si los hubo), para verificar que se haya cumplido con todas las obligaciones contractuales y en el caso en que sea necesario, presentar un ajuste de cuentas si existió un desequilibrio económico que no fue resuelto.

Además, en el acta de liquidación el supervisor debe verificar que las partes consignen las inconformidades que se presentaron en la ejecución del contrato, los saldos pendientes o a favor, pues de este modo el documento se convierte en un título ejecutivo de obligaciones que pueden reconocerse luego ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De ahí que la labor del supervisor es de vital importancia porque será quien conozca de primera mano las inconformidades o las alegaciones que los extremos contractuales pretendan hacer valer en un proceso administrativo o arbitral, siendo él un “testigo” clave para proporcionar veracidad y seguridad en la información.

III. Designación del supervisor de los contratos estatales

Como primera medida hay que entender la diferencia que existe entre los conceptos de interventor y supervisor de un contrato, debido a que el primero también será sujeto de revisión por parte del supervisor.

Así, el interventor se entiende como:

La persona de derecho privado -natural o jurídica- independiente de la entidad pública y que es contratada por (i) la necesidad de contar con conocimientos especializados; (ii) la imposibilidad de la entidad de ejercerla directamente; o (iii) la complejidad o la extensión del contrato, para desarrollar las actividades que implica el seguimiento técnico principalmente⁹.

Por otro lado, el término supervisor se refiere al “funcionario -persona natural- de la entidad estatal contratante que es el responsable -por un acto de delegación o por que le es de la naturaleza de su cargo- del seguimiento del contrato en las condiciones antes mencionadas.”¹⁰

Con estos conceptos claros, no hay que perder de vista que siendo el supervisor un funcionario o responsable de la entidad misma, el encargado de adelantar la función de inspección, vigilancia y control del contrato en todas sus etapas, el principio de transparencia que está directamente relacionado con el de imparcialidad e igualdad, puede verse afectado porque a pesar de que su función sea acorde a los fines del Estado, no está alejada al alto riesgo de corrupción que beneficie su labor.

Por este motivo, la labor puede verse mejor desarrollada por un particular que sea un tercero imparcial en el contrato, equilibrando las cargas de cada extremo contractual y que vele por el efectivo cumplimiento de la ley y de lo pactado en las cláusulas del negocio jurídico.

Ahora bien, respecto del problema a desarrollar en esta investigación, la labor de supervisión puede entonces ser ejercida en primera medida por un servidor público o en su defecto, éste, poniendo en funcionamiento la figura de delegación podrá designar a un contratista – particular.

⁹ Moreno, A. B. (2012). Repositorio Universidad Colegio Mayor de Nuestra señora del Rosario, p.32. Obtenido de <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3820/BalcazarMoreno-Ana-2012.pdf?sequence=1>

¹⁰ Ibídem, p.32

Los servidores públicos según la Constitución Política de Colombia son todas las personas naturales que prestan sus servicios en nombre del Estado, en pro del cumplimiento de sus fines, tales como: miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Los miembros de las Corporaciones Públicas son aquellas personas naturales que prestan servicios al Estado y son escogidos por elección popular, los empleados públicos son aquellos que son elegidos a través de un acto administrativo o con la firma de un contrato, por ejemplo, el Procurador, Contralor, Magistrado, Personero, que son personas naturales que, a pesar de tener un período fijo para laborar con el Estado, tal elección no es popular si no corporativa.

Atendiendo el listado precitado, los demás empleados públicos (provisionales, de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa) son también funcionarios vinculados al Estado para prestar sus servicios a través de un contrato laboral o de un acto administrativo de nombramiento, y que para desempeñarse con tal vínculo deben cumplir con unos requisitos de índole académico, penales, disciplinarios entre otros.

Por último, aunque no menos relevantes, están los trabajadores oficiales quienes son los encargados de cumplir funciones de construcción y sostenimiento de obras públicas.

De otra parte, frente a la función de un particular – contratista en las entidades públicas relacionada con la supervisión contractual, este particular es vinculado a la entidad pública a través de un contrato de prestación de servicios, el cual está definido por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, indicando:

(...) los contratos de prestación de servicios son aquellos “que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (...)

La tarea designada a este particular, encuentra su fundamento constitucional en el artículo 210 que expone que los particulares pueden ejercer funciones en las entidades estatales en pro de colaborar con el cumplimiento de los fines del Estado.

Amparados en estos preceptos, existe una práctica común en las entidades públicas consistente en que, al no contar con el personal de planta suficiente para llevar a cabo la función de la supervisión contractual, se delega dicha labor a un particular que, mediante un contrato con la entidad presta sus servicios profesionales, considerando además que cumpla con los requisitos necesarios para tal fin: soportes académicos, experiencia profesional, conocimientos técnicos y obviamente no tener antecedentes de índole penal o disciplinario que puedan poner en duda su labor en la entidad.

Es por esto que el particular es contratado para realizar un control minucioso sobre la ejecución del contrato que le es designado, cumpliendo con los principios expuestos en el capítulo II de este artículo, esto es, el de transparencia y el de responsabilidad; tal designación se hace a través de un acto administrativo de delegación.

Así pues, es claro que la función de supervisión de los contratos está dada a los servidores públicos, más comúnmente a los representantes legales o directores de la entidad pública. Sin embargo, debido a la alta carga laboral asignada a estos, se pone en marcha la delegación ampliamente expuesta en precedencia, recurriendo a designar la labor de supervisión al particular – contratista que cumple con los parámetros y los conocimientos idóneos para llevarla a cabo.

El argumento clave para recurrir a este tipo de delegación es la imparcialidad que un tercero puede aplicar en la revisión y verificación del contrato, dándole a las partes una neutralidad en la ejecución del negocio jurídico, siempre con el fin de que el contrato sea ley para las partes y que no se caiga en un desequilibrio económico que pueda ver afectado al Estado, y que obtenga como resultado el no cumplimiento de los objetivos por los cuales se inició el proceso de contratación.

IV. Implicaciones de la supervisión contractual

Como se ha indicado en precedencia, la supervisión en los contratos estatales tiene como finalidad una garantía efectiva del cumplimiento en la ejecución de las obligaciones contractuales. Es por esta razón que, resulta necesario el establecimiento de parámetros claros que permitan hacer un seguimiento oportuno de las actividades del contratista.

De ahí que, es fundamental conocer con claridad cuál es el papel del supervisor de contratos estatales, indicando que sus funciones están orientadas al direccionamiento, vigilancia, control y evaluación de todas las etapas del proceso contractual, con la finalidad de asegurar el interés general procurando un resultado exitoso.

Así pues, en la etapa preliminar, la supervisión contractual debería encargarse de realizar un análisis previo de las necesidades de la entidad contratante, así como evaluar jurídicamente las opciones y los mecanismos contractuales más favorables para satisfacerlas, en conjunto con la práctica de estudios técnicos del bien, servicio o proyecto que será objeto del contrato a celebrar. Además, debe encargarse de establecer la planeación, desarrollo y consecuente ejecución de las acciones propias de la administración del contrato, cuidando en todo caso la verificación permanente respecto de la disponibilidad presupuestal y financiera para celebrar el contrato y garantizar el cumplimiento de la entidad contratante y de la calidad de los bienes o servicios a adquirir, con el propósito de anticipar una eventual insolvencia económica que impida cumplir satisfactoriamente con el objeto contractual y, en definitiva, evitar que se presenten conflictos entre las partes que celebran el contrato. Lo anterior se resume en lo que la Ley 1474 de 2011 denominó como maduración de proyectos.

Dicho lo anterior, una vez se suscribe el contrato estatal, corresponde al supervisor ejecutar las acciones de seguimiento y control necesarias para la ejecución contractual, al igual que la elaboración de los informes correspondientes, para materializar la función de vigilancia que se le encomienda desde el acto administrativo de designación o delegación.

En efecto, la información que es evaluada y reportada por el supervisor en sus informes le permite a la entidad pública tener control sobre el desarrollo del contrato, alertar sobre riesgos de incumplimiento y analizar oportunidades de mejora como entidad pública. Igualmente, resolver posibles desacuerdos entre las partes, respaldar la expedición de otrosíes necesarios para solventar imprevistos en la ejecución, para lo cual también servirán de apoyo en la toma de decisiones sobre los aspectos financieros del contrato relacionados con el pago de anticipos, formas de desembolso, y en general, todo lo afín a los pagos del contrato. Finalmente, velar por el cumplimiento del objeto contractual también implica la obligación de informar sobre las acciones que el contratista pretenda realizar y que sean contrarias al

plan de contratación previamente pactado, con la máxima de velar por el logro de la finalidad contractual establecida desde el inicio del proceso del que es veedor.

Por último, en la fase de liquidación contractual, la figura de la supervisión se consolida bajo una especie de labor netamente administrativa con la presentación de una evaluación final del proyecto vigilado, en la que se avala el cumplimiento a cabalidad de las actividades del contratista, valorando los resultados en términos de calidad, tiempo y requerimientos técnicos solicitados en el contrato, a fin de dar una garantía a la entidad pública sobre el acatamiento de los objetivos trazados desde los estudios previos que dieron origen a la actividad contractual.

En consecuencia, es especialmente en este punto del proceso contractual cuando el supervisor debe ejercer sus facultades para notificar respecto de los incumplimientos que se hayan presentado por parte del contratista, así como presentar los argumentos y material de soporte que permita la motivación de los actos administrativos procedentes en caso de tomarse medidas tales como la declaración de la caducidad o terminación anticipada del contrato, de ser requeridas.

Con todo, las actuaciones del supervisor en ejercicio de sus funciones están limitadas de conformidad con el acto administrativo de designación o delegación de dicha función dentro del proceso contractual, y por las facultades que el mismo acto contractual le otorga. Sobre el particular, se ha hecho un análisis desde la doctrina y al respecto Urdaneta plantea que la entidad pública:

(...) debería hacer la gerencia del proyecto, pero las estructuras administrativas de su burocracia se lo impiden. Para subsanar esta deficiencia, hace delegación en el interventor, de manera consciente o inconsciente, de varias funciones propias de gerencia. Pero lamentablemente no ha aprendido a delegar toda la gerencia¹¹.

Así pues, bajo esta premisa es claro que el Estado debería replantear los lineamientos que tiene sobre gerencia administrativa relacionada con la actividad contractual en las entidades estatales, pues si bien se otorgan facultades para labores administrativas a quien ejerce la

¹¹ Urdaneta Hernández, G. (1998) *Interventoría de la Obra Pública*. Bogotá.: Centro Editorial –Javeriano, p.70.

supervisión o la interventoría, dicha gerencia “*es limitada, puesto que el interventor ejerce un control restrictivo en la autorización de fondos, pero no puede ejercer un control ejecutivo sobre la utilización, asignación y distribución de los recursos.*”¹²

En definitiva, la labor de supervisión en los contratos estatales debe abarcar el concepto de gerencia en todas sus dimensiones, es decir, la realización de actividades de seguimiento y control técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico del proceso contractual sobre el cual se hace la designación a través de acto administrativo, respetando los parámetros establecidos en la entidad estatal que actúa como contratante, así como las negociaciones hechas con el contratista en ejercicio de la libertad de voluntad de las partes dentro del proceso, siempre con miras a satisfacer los fines del Estado.

Sin embargo, es relevante considerar que a pesar de que la legislación incluye la concepción de las figuras de supervisión e interventoría como mecanismos de control dentro de la actividad contractual, no es válida la creencia de que la mera formalidad de su existencia en el proceso es la garantía de cumplimiento de tales fines estatales, pues erróneamente se delimita la labor de supervisión a la configuración de la responsabilidad posterior de quienes la ejercieron.

V. Contratos de apoyo a la supervisión

La actividad de la supervisión es de vital importancia para el control y vigilancia de la ejecución contractual tanto en las entidades de orden distrital como nacional. Dicha función, como ya se mencionó anteriormente, empezó a ser regulada con la expedición de la Ley 1474 de 2011 en el artículo 83 donde se definió la supervisión y la interventoría contractual.

Según la lectura de la Ley 1474 de 2011 se deduce que el legislador no especificó a quiénes se le otorgará tal función de supervisión sino únicamente hizo referencia a la “entidad estatal”, sin delimitar si podría asignarse a los funcionarios o a contratistas. No obstante, al presentarse dificultades en la práctica frente a la delimitación de la responsabilidad y, sobre todo, la necesidad de garantizar continuidad en la labor de supervisión durante el término de

¹² *Ibíd*em, p.70

ejecución contractual, se determinó que esta labor debe realizarse por empleados de planta, tal como se señala en el portal Colombia Compra Eficiente:

El supervisor de los contratos siempre debe ser un funcionario de la Entidad Estatal. Para su selección debe tenerse en cuenta que el mismo no requiere un perfil predeterminado, pero que sí es necesario que pueda actuar al menos como par del contratista y que tenga asignadas funciones relacionadas con el objeto contractual.

Y es comprensible que se emitiera este pronunciamiento luego de que la terminación de los contratos de prestación de servicios de los particulares en los que se estaba delegando la labor de supervisión, abriera espacios en los que el contrato quedaba prácticamente sin supervisor asignado, mientras la entidad tramitaba internamente la suscripción de un nuevo contrato para esta labor, y en múltiples ocasiones resultaba siendo con un particular distinto al que había adelantado esa tarea. Esta situación generó varios inconvenientes frente al manejo documental, el soporte y seguimiento de las actividades, la certificación de cumplimiento de las obligaciones y la certeza de que el objeto contractual se cumpliera a cabalidad.

Con todo, la planta de personal de las entidades del orden nacional y distrital resulta insuficiente para lograr en un cien por ciento que la designación de la supervisión exclusivamente en funcionarios de la entidad, cumpla con la finalidad de esta figura, esto es, que se haga un efectivo seguimiento y control de las actividades dentro del negocio jurídico, y se acompañe en detalle la ejecución del mismo.

Es por esta razón que, en la práctica se encuentra que hay entidades del orden nacional y distrital que han optado por la suscripción de contratos de prestación de servicio cuyo objeto está dirigido a realizar labores de “apoyo a la supervisión” para que particulares desempeñen funciones específicas, justificando la necesidad en la alta carga laboral de los servidores públicos designados como supervisores titulares.

Lo cierto es que resulta preocupante encontrar que en algunos casos los particulares contratados mediante prestación de servicios con funciones de apoyo, terminen ejerciendo la labor de supervisión propiamente dicha, por ser quienes tienen mayor inmediatez durante la ejecución con las partes del contrato estatal auditado. De ser así, esta práctica resultaría siendo un sofisma de distracción sobre la voluntad de la entidad para tener contratistas

encargados de realizar todas las labores que conlleva la supervisión a través de la figura de la delegación, y esto a su vez derivaría en conflictos cuando de responsabilidad disciplinaria se trata.

La naturaleza de los contratos de prestación de servicios está definida por la Ley 80 de 1993 al establecer que son aquellos acuerdos de voluntades que realizan las entidades cuando el personal de planta es insuficiente para desarrollar ciertas actividades.

Debido a que las personas que son vinculadas a través de esta modalidad de contratación no se encuentran dentro de una relación laboral y no son considerados servidores públicos, son destinatarios de la ley disciplinaria tal y como lo estipula el artículo 25 de la Ley 1952 de 2019, a saber:

ARTICULO 25. Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinarios los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en esta ley.

Por lo anterior que es válido afirmar que los contratistas responderían por faltas disciplinables en virtud de su función como supervisores cuando quienes deberían atender tales procedimientos son los servidores públicos de planta, tal y como lo estipula la norma. La labor de supervisión es una función seria que debe estar sujeta a los principios de moralidad administrativa y transparencia que la entidad cumple mediante los servidores públicos que tiene a su cargo, y no deberían tomarse decisiones inexactas sobre quiénes la realizan, justificando una mala práctica en una sobrecarga laboral o la insuficiencia de personal por la no aplicación del principio de planeación.

Así pues, las entidades del orden nacional y distrital deberían tener precaución a fin de evitar la designación de la supervisión a través de un contrato de prestación de servicios utilizando denominaciones como “apoyo a la supervisión”, cuando no es estrictamente necesario o cuando la tarea lo amerite, situación que puede generar irregularidades en la gestión, además de inconvenientes frente a la claridad en la determinación del sujeto a disciplinar, sea éste el servidor público que tiene a su cargo la supervisión propiamente dicha, o el particular - contratista a quien se le designó tal labor bajo un contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea catalogado como “apoyo”.

VI. Conceptualización de la responsabilidad disciplinaria

Como bien se ha señalado en los párrafos anteriores, la actividad contractual que se genera en las entidades públicas tiene como justificación suplir las deficiencias que presenta el Estado al interior de sus propias instituciones para dar cumplimiento de los fines estatales, razón por la cual se consolidan alianzas contractuales entre instituciones públicas o con particulares que puedan aportar a la obtención de esa finalidad superior.

Es claro entonces, que en el marco de esas alianzas quienes participan en los procesos contractuales ejerciendo funciones de supervisión están desarrollando función pública y, por tanto, son sujetos de responsabilidad frente a las acciones, omisiones y perjuicios que causen a la entidad pública con la que tienen vinculación legal o reglamentaria, en el caso de los servidores públicos, o contractual, cuando se trate de un particular contratista¹³.

Y lo dicho hasta ahora no es novedad dado que resulta evidente que cuando la entidad estatal expide el acto administrativo de designación de supervisión, lo hace en virtud del principio de confianza hacia el sujeto que se encargará de dichas funciones, y se presume que está precedido por la correspondiente validación de sus capacidades para ejercer un control, vigilancia y seguimiento adecuados durante el proceso contractual al que se le asigna. He aquí la concepción clara de que el acto administrativo de designación lleva implícito el principio de responsabilidad frente a las actuaciones del supervisor, razón por la cual se deduce que los sujetos que cumplan estas funciones son potencialmente disciplinables por incumplimiento, extralimitación u omisión en el ejercicio de la función que se les asigna¹⁴.

Así pues, el ordenamiento jurídico contempla múltiples obligaciones y responsabilidades que pueden ser imputables a los sujetos que ejerzan funciones de supervisión, entre otras, claramente son relevantes los artículos 79, 82, 83 y 84 de la Ley 1474 de 2011 y las conductas contenidas en los estatutos disciplinarios Ley 734 de 2002 (en los casos que se encuentren

¹³ Constitución política de Colombia, 1991, art. 6

¹⁴ Mesa Nieves, L. (2002) La Actividad Contractual y la Responsabilidad en la Administración Pública.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

actualmente en etapa de juzgamiento) y Ley 1952 de 2019, modificada parcialmente por Ley 2094 de 2021, recientemente entrada en vigencia en reemplazo de la primera.

Dentro de este contexto, toma fuerza el postulado de que las obligaciones de quien ejerza funciones de supervisión adquieren el carácter de resultado porque lo que justifica su existencia dentro del proceso contractual es precisamente el manejo inmediato y directo de las actuaciones administrativas relacionadas con el seguimiento, vigilancia y control ampliamente descritos, además de la necesidad de tener conocimientos especializados relacionados con el manejo del proceso contractual para garantizar el éxito de la gestión administrativa.

Es necesario recalcar que, la labor de supervisión implica un mayor compromiso por parte de quienes la ejerzan, pero en la práctica se evidencia que existen falencias en las entidades públicas con respecto a la concepción de esta figura jurídica toda vez que en la mayoría de los casos se concentra la vigilancia y el seguimiento en la segunda etapa del proceso contractual, esto es, en la ejecución. No obstante, es igual de importante la existencia de dicho seguimiento en la fase precontractual pues es allí donde se gestan los lineamientos básicos del proceso y se marcan las pautas que deberá cumplir quien contrate con la entidad estatal.

De manera que, las falencias en la conceptualización de la supervisión conllevan a que se concentre el análisis de la posible responsabilidad disciplinaria en los informes que rinde el supervisor durante la ejecución, pero se desconocen las actividades precontractuales en las cuales también debió participar quien ejerce funciones de supervisión pues no se trata de procesos aislados sino de etapas dentro de un mismo proceso contractual.

Ahora bien, de ninguna manera se pretende generar alarmas sistemáticas por parte de los supervisores frente a cualquier discrepancia en el desarrollo del proceso contractual, que conlleven a ralentizar la dinámica contractual de las entidades públicas, como mecanismo de defensa a modo de prevención para evitar investigaciones disciplinarias. Al contrario, es claro que la actividad de supervisión debe ser recíproca en términos de lealtad entre los actores involucrados, al respetar los lineamientos técnicos, científicos, contables, financieros y jurídicos que existan en el ordenamiento jurídico y específicamente en la entidad contratante, en el momento de realizar un proceso contractual.

En otros términos, se insta a que desde las entidades estatales se otorgue la relevancia que merece en todo momento la labor de supervisión en procura de la garantía de procesos de contratación sanos, a través de los cuales se consiga la realización efectiva de los fines del Estado.

VII. Conclusiones

Sin duda, la designación de supervisión dentro de los contratos estatales obliga a los servidores públicos que ostentan dicha calidad, a ejercer controles efectivos para garantizar el correcto cumplimiento del objeto contractual, lo que conlleva a que cualquier irregularidad en la ejecución del contrato derivada de falencias en su gestión, sea objeto de evaluación por parte de las autoridades disciplinarias correspondientes. La existencia de la designación de supervisión trae inmersa la facultad para que cualquier acción trasgresora de las funciones allí consignadas sea causal de investigación disciplinaria, a fin de proteger el cumplimiento efectivo de los fines del Estado, que es en últimas el objetivo principal en la celebración de los contratos estatales.

Así las cosas, desde el inicio de los procesos contractuales es fundamental que se tenga claridad respecto del alcance del objeto y de las necesidades que la entidad estatal pretende satisfacer. No es aceptable que, tal como pasa en la actualidad, en las entidades estatales se pretenda descargar la responsabilidad disciplinaria de quienes ejercen la supervisión en aquellos particulares que, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, realizan labores de apoyo a la supervisión, con la excusa del exceso en la carga laboral de los servidores públicos, generando vacíos en la supervisión que derivan finalmente en posibles escenarios permisivos para actos de corrupción.

Del trabajo de investigación realizado se hace evidente la necesidad de plantear mayor claridad en los actos de designación de la supervisión, bajo la premisa de que el contenido de los mismos es el marco referente sobre el cual desempeñan su labor los servidores públicos que asumen el rol de supervisores en los contratos estatales y a su vez, de quienes ejercen labores de apoyo a la supervisión en desarrollo de un contrato de prestación de servicios.

Resulta entonces indispensable, que desde las entidades estatales se replantee la forma en la que se estructuran los procesos de contratación estatal en lo referente a las designaciones de

supervisión y se realicen capacitaciones constantes sobre estos temas para los servidores públicos, incrementando así la posibilidad de controles y seguimientos efectivos que permitan mejorar el desempeño en la labor de supervisión, con pleno conocimiento respecto de la responsabilidad disciplinaria que conlleva tanto la supervisión propiamente dicha -para los servidores públicos-, como de las labores de apoyo a la supervisión -por parte de particulares contratistas-, frente a las cuales existe responsabilidad disciplinaria únicamente por incumplimiento del objeto contractual de apoyo.

Lista de referencias

- Betancourt Cuartas, J. (1993). Nuevo Estatuto General de la Contratación estatal. Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica. (1ª ed.).
- Escobar Gil, R. (1999). Teoría general de los contratos de la administración pública. Bogotá D.C.: Legis.
- Gordillo, A. (1998). Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá.: Editorial Diké. 1º Edición colombiana.
- León, C. A. (2011). Delimitación de la responsabilidad del delegante a través del principio de confianza. *Artículo científico*, 1-181.
- Medina, M. A. (2007). *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI. La reforma administrativa de 1998*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra señora del Rosario.
- Mesa Nieves, L. (2002) La Actividad Contractual y la Responsabilidad en la Administración Pública.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Moreno, A. B. (2012). *Repositorio Universidad Colegio Mayor de Nuestra señora del Rosario*. Obtenido de <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3820/BalcazarMoreno-Ana-2012.pdf?sequence=1>
- Núñez, C. A. (2011). *Delimitación de la responsabilidad del delegante a través del principio de confianza*. Obtenido de Monografía Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario: <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/2656/NunezdeLeon-CarlosAndres-2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Rodríguez, L. R. (2007). 1998, *El derecho administrativo en los albores del siglo IXXI. La reforma administrativa de*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Sentencia Consejo de Estado, 17767 del 2011 (Consejo de Estado 31 de Enero de 2011).

Tolivar Alas, L. (1981) *El Control del Estado sobre las Comunidades Autónomas*. Madrid.: Instituto de Estudios de Administración Local.

Triana, O. A. (2015). *Función de la supervisión de la contratación estatal, un análisis desde el principio de transparencia y la seguridad jurídica*. Obtenido de Repositorio Universidad Católica - Monografía:
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2733/1/FUNCI%C3%92N%20DE%20LA%20CONTRATACI%C3%92N%20ESTATAL.pdf>

Urdaneta Hernández, G. (1998) *Interventoría de la Obra Pública*. Bogotá.: Centro Editorial -Javeriano.