

OFICINA CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO

“SUPERVISIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DISCIPLINARIO”

De conformidad con el principio de responsabilidad que rige la contratación estatal, las entidades estatales están obligadas a vigilar la ejecución del objeto del contrato, como también a proteger tanto sus propios derechos como los del contratista y terceros involucrados. Es por esta razón que se prevé la figura de la “Supervisión”, consistente en *“el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercido por la misma entidad estatal cuando no se requieren conocimientos especializados”*, concepto No. 299011 de 2022 emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, fundamento normativo contenido en la Ley 1474 de 2011, que se desarrollará en la “Jornada de actualización normativa en Derecho Disciplinario”.

“La responsabilidad por el control y vigilancia en la ejecución de los contratos estatales está en cabeza de la entidad estatal contratante y, por ende, es esta quien debe supervisar los contratos mediante sus funcionarios o servidores públicos, donde únicamente puede contratar personal en caso de necesitarlo como apoyo a dicha gestión.

Por lo tanto, indicó la Agencia Nacional de Contratación Estatal (Colombia Compra Eficiente), el contratista puede fungir de apoyo a la supervisión del contrato, en la medida en que el contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión tenga como objeto obligaciones dirigidas a apoyar la actividad de supervisión de contratos.

*Así las cosas, los contratistas no pueden asumir de forma íntegra, directa y excluyente la actividad de supervisión de los contratos estatales, pues jurídicamente no es viable ejercer directamente esta función mediante la celebración de contratos de prestación de servicios, ya que **corresponde a los funcionarios de la entidad que se designen para tal fin.***

*El alcance de las labores de apoyo dependerá del objeto y las obligaciones determinadas en el respectivo contrato de prestación de servicios, marco dentro del cual el contratista desarrollará las actividades tendientes a soportar el seguimiento del contrato y apoyar la verificación del cumplimiento en las condiciones establecidas en el contrato vigilado, **sin que ello implique que asuma directamente la supervisión.***

Por ejemplo, señaló la entidad, el contratista puede revisar los entregables, productos y, en general, los requisitos para el pago y de esta manera darle su concepto al supervisor. En todo caso, quien autorizará el pago ante la entidad estatal será el funcionario sobre quien recae la supervisión”.

Tomado del Ámbito Jurídico; julio 28 de 2023.

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/contratistas-no-pueden-asumir-directamente-la-supervision-de-contratos#>

Normativa:

- Ley 1474 de 2011, artículos 83, 84, 86 y 118.
- Art 54, Ley 1952 de 2019. *“Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario”*, artículos 26, 40, 41,42,43 y 45.
- Ley 80 de 1993 *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*.

Deberes legales de los supervisores.

Con relación a las facultades y deberes que recaen sobre los supervisores, debe tenerse en cuenta que el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 dispone que *“La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligatorio por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista”*.

De suerte que, según sus facultades y responsabilidades, *“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 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”*.

Por lo que la Procuraduría General de la Nación en fallo dentro del proceso disciplinario número 162-97771 de 2004, sobre la función del supervisor, indicó; *“Es así como en virtud de tales poderes la Entidad, ejerce la dirección, control y vigilancia del contrato. Por ello, cuando (sic) el interventor o supervisor del contrato, según sea el caso, tiene el **deber legal de asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los servicios, que pretende satisfacer con el objeto contratado**”*.

En este sentido es claro que la vigilancia del supervisor se dirige a que este debe examinar permanentemente el estado de ejecución del objeto contratado, así el cumplimiento de las funciones garantiza el aseguramiento jurídico de las actividades involucradas por la naturaleza del objeto contractual en ejecución, su normal desarrollo y el cabal cumplimiento de lo contratado. A su vez podemos dividir la función del supervisor en **formal y material**, siendo la primera aquella relacionada con la verificación de los requisitos para la ejecución del contrato, y la segunda encaminada a la comprobación del real y efectivo cumplimiento del objeto contratado.

Principio de responsabilidad en relación con la función del supervisor.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ley 80 de 1993, al referirse respecto de los principios de responsabilidad de contratistas y servidores públicos, dispone en su artículo 26:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. (...)

Y en armonía con el artículo 51 de la misma ley 80 de 1993:

“El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley”.

De manera que el Supervisor al ostentar el carácter de funcionario público y hacer parte de las situaciones administrativas, puede verse inmerso en un procedimiento disciplinario frente al incumplimiento de sus deberes anteriormente mencionados.

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 asigna, tal y como lo menciona el Magistrado del Consejo de Estado, Luis Eduardo Mesa Nieves en su texto *“La Actividad contractual y la Responsabilidad en la Administración Pública”*.

Estructura de la responsabilidad disciplinaria conforme al Consejo de Estado.

Frente a la estructuración acerca de los elementos esenciales para que se configure una falta disciplinaria y por tanto una responsabilidad, el Consejo de Estado mediante sentencia de radicado 25000-23-42-000-2013-06021-01 3003-17 del 06 de febrero de 2020 menciona:

“La responsabilidad disciplinaria surge cuando se comprueba la concurrencia de ciertos elementos sistemáticamente organizados entre sí. Esto, se expresa en una estructura que ha sido construida dogmáticamente desde la doctrina a partir de cinco categorías a saber: (i) la capacidad, (ii) la conducta, (iii) la tipicidad, (iv) la ilicitud sustancial y (v) la culpabilidad. A su vez, las cinco categorías que se acaban de enunciar pueden subdividirse a partir de tres juicios diferentes: (i) el juicio de adecuación para determinar la tipicidad; (ii) el juicio de valoración para definir la ilicitud sustancial; y (iii) el juicio de reproche para analizar la culpabilidad. Respecto del primer juicio, es necesario que previamente se determinen: la capacidad del sujeto disciplinable desde su condición como servidor público o particular en ejercicio de funciones públicas (capacidad formal), y su imputabilidad (capacidad material); además de las circunstancias de hecho relativas a la conducta, las cuales deben demostrarse con las pruebas practicadas en el procedimiento sancionatorio. De allí, la adecuación típica debe realizarse con la confrontación del comportamiento probado y el texto legal que consagra la falta disciplinaria. Si el primer juicio arroja que un sujeto disciplinable e imputable, con su conducta cometió una falta disciplinaria tipificada en la ley, debe pasarse al segundo, relativo a la valoración sobre la ilicitud sustancial.”

Ministerio del Deporte

Av. 68 N° 55-65 PBX (601) 4377030

Línea de atención al ciudadano: 018000910237 - (601) 2258747

Correo electrónico: contacto@mindeporte.gov.co, página web: www.mindeporte.gov.co

Supervisión de los contratos según el Consejo de Estado.

Entendiendo que la supervisión de los contratos es un deber que tiene toda entidad pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, que se puede realizar a través de un supervisor o interventor, con el fin de verificar la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades del contratista de la entidad pública. De lo anterior, el Consejo de Estado mediante sentencia de su Sección Tercera, del 12 de diciembre de 2014, radicado No 27426, con ocasión a la supervisión menciona:

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

Relación funcional del Supervisor con el Objeto Contractual.

A su turno, en cuanto a la función de supervisión de los contratos, la guía para el ejercicio de las funciones de supervisión de los contratos del estado de Colombia Compra Eficiente señala que:

*“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 asignada funciones relacionadas con el objeto contractual**”.*

En igual sentido, el Consejo de Estado mediante sentencia del 24 de febrero de 2022 radicación 3377-2019, menciona:

*“Ahora bien, pese a que esta guía señala, como lo sostuvo el tribunal de primera instancia, que la designación del supervisor del contrato no requiere que el manual de funciones de las entidades estatales establezca expresamente la función de supervisar contratos, pues la misma es inherente al desempeño de las funciones ordinarias de los servidores públicos, **también lo es que, como se mencionó, la labor de supervisión debe estar intrínsecamente relacionada con las funciones del cargo que desempeña el servidor público**”.*

Responsabilidad Disciplinaria del Supervisor y Régimen Aplicable.

La responsabilidad disciplinaria se configura cuando un servidor público o particular que ejerce funciones públicas incurre en alguna de las faltas estipuladas en el Código Disciplinario Único que implique el incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad, en este sentido la falta disciplinaria según el artículo 26 de la ley 1952 se constituye por:

“Constituye falta disciplinaria y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente la incursión en cualquiera de las conductas previstas en este código que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y

violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta ley”.

Del mismo modo el código único disciplinario, ley 1952 de 2019, en su artículo 70 frente al ámbito de aplicación de la misma ley dispone lo siguiente:

*“El presente régimen se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria; que administren recursos públicos; que cumplan labores de interventoría o **supervisión** en los contratos estatales y a los auxiliares de la justicia”.*

Faltas Gravísimas en el Contrato de Supervisión.

Para el caso específico de los supervisores e interventores, la responsabilidad disciplinaria se configura como falta gravísima cuando:

i) 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. (Art 54 numeral 6 ley 1952 de 2019)

ii) se certifica como recibida a satisfacción una obra que no ha sido ejecutada a cabalidad y (Art 54 numeral 6 ley 1952 de 2019)

iii) se omite el deber de informar a la Entidad Estatal 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. (Art 54 numeral 7 ley 1952 de 2019)

En todo caso y de manera general, los supervisores e interventores son responsables disciplinariamente por el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

Prohibiciones para los Supervisores.

A los supervisores e interventores les está prohibido:

a) Adoptar decisiones, celebrar acuerdos o suscribir documentos que tengan por finalidad o como efecto la modificación del contrato sin el lleno de los requisitos legales pertinentes.

b) Solicitar y/o recibir, directa o indirectamente, para sí o para un tercero, dádivas, favores o cualquier otra clase de beneficios o prebendas de la entidad contratante o del contratista; o gestionar indebidamente a título personal asuntos relativos con el contrato.

c) Omitir, denegar o retardar el despacho de los asuntos a su cargo.

d) Entrabar las actuaciones de las autoridades o el ejercicio de los derechos de los particulares en relación con el contrato.

- e) Permitir indebidamente el acceso de terceros a la información del contrato.
- f) Exigir al contratista renunciaciones a cambio de modificaciones o adiciones al contrato.
- g) Exonerar al contratista de cualquiera de sus obligaciones contractuales.
- h) Actuar como supervisor o interventor en los casos previstos por las normas que regulan las inhabilidades e incompatibilidades.

Designación y selección de los supervisores en los contratos estatales. **el Departamento Administrativo de la Función Pública en el concepto 021391 de 2022.**

Ejemplos de faltas disciplinarias

1 Un técnico administrativo encargado de la salud ocupacional de los servidores de la Aeronáutica Civil regional de Cundinamarca, es asignado como supervisor de un contrato de suministro de combustible suscrito entre la entidad y un contratista. Dentro de la ejecución del contrato se evidencia pérdida del material objeto del contrato, es decir, combustible para las aeronaves, por lo que el supervisor es sancionado disciplinariamente con suspensión del cargo por 9 meses. La razón de la decisión se fundamenta en que el supervisor certificó como cumplido el objeto de suministro cuando se encontraba por debajo del nivel contratado.

2. En el marco de la ejecución de un contrato de obra pública, el supervisor se percató que el material utilizado por el contratista es diferente al contratado. Tras enterarse de la situación, el supervisor tras tener la duda frente si era o no el material decide **no informarle** a la entidad de la comisión de los hechos para adelantar la audiencia por presunto incumplimiento contractual contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o la actuación que corresponda según la legislación vigente.