**CONTRATO ESTATAL** **– Ejercicio – Funciones de control y vigilancia**

Así, por ejemplo, los artículos 4, 5, 12, 14 y 26 de la Ley 80 de 1993 consagran normas relacionadas con el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales. Estas disposiciones establecen, entre otros aspectos, la obligación de las entidades estatales de velar por el correcto y oportuno cumplimiento de las prestaciones del contrato, las especificaciones de los bienes, obras y servicios objeto de este, y las condiciones de calidad ofrecidas, etc. Esta obligación se predica, en principio, del jefe o representante legal de la entidad, por tener la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, pero también de los servidores públicos que intervienen en ella. En ese sentido, las entidades estatales deben ejercer el control de la ejecución del contrato y, de ser el caso, tomar medidas para exigir el adecuado cumplimiento.

**CONTRATO ESTATAL – Funciones de control y vigilancia**

El seguimiento de la ejecución del contrato para la dirección, control y vigilancia de su correcto cumplimiento es un deber legal que permite a las entidades estatales tomar medidas orientadas a la satisfacción de los fines de la contratación. Por esto, el EGCAP alude a la obligación mencionada, que guarda relación con el principio de responsabilidad que rige la celebración y ejecución de los contratos estatales.

**INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDADES - Supervisor de contratos estatales – funcionario público – Régimen**

[…] Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento

Texto

Descripción generada automáticamenteBogotá, D.C., 29 de noviembre de 2022

Señora

**Lili Marleen Schultze**

[**guitartechniques.666@mail.com**](mailto:guitartechniques.666@mail.com)

Ciudad

**Concepto C – 800 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATO ESTATAL – Ejercicio – Funciones de control y vigilancia / CONTRATO ESTATAL – Funciones de control y vigilancia / INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDADES – Supervisor de contratos estatales – Funcionario público – Régimen |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20221010010169 |
|  |  |

Respetada señora:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –, en ejercicio de la competencia otorgada por el Decreto Ley 4170 de 2011 y 1822 de 2019 y de conformidad con las modalidades del derecho de petición contempladas en la Ley 1755 de 2015, así como lo establecido en el artículo 4 de la resolución 1707 de 2018 expedida por esta Agencia, damos respuesta a su consulta del 22 de septiembre de 2022, remitida por el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante oficio 20222060479722 del mismo mes y año.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas:

«1. ¿Cuáles son las causales de hecho y de derecho para que un supervisor de un contrato estatal de prestación de servicios se declare impedido respecto a esta actividad de supervisión?

1.1. De acuerdo a la ley ¿Cuál es el procedimiento para que un supervisor de un contrato estatal de prestación de servicios se declare impedido respecto a esta actividad de supervisión?

1.2. De acuerdo a la ley ¿Cuál es el procedimiento a seguir luego que efectivamente se ha declarado impedido un supervisor de un contrato estatal de prestación de servicios respecto a esta actividad de supervisión?

2. ¿Cuáles son las causales de hecho y de derecho para que un supervisor de un contrato estatal de prestación de servicios solicite relevo de aquella actividad?

2.1. De acuerdo a la ley ¿Cuál es el procedimiento para que un supervisor de un contrato estatal de prestación de servicios solicite relevo de aquella actividad?

2.2. De acuerdo a la ley ¿Cuál es el procedimiento a seguir luego que efectivamente se ha declarado relevo en la actividad de un supervisor de un contrato estatal de prestación de servicios?»

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de los partícipes de la contratación estatal ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, brindar asesorías sobre casos puntuales ni interpretar normas ajenas al sistema de compras públicas. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la entidad, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta de forma general conforme a las normas generales del sistema de compras y contratación pública. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) obligación de vigilar la correcta ejecución del objeto contratado – supervisión de los contratos estatales; ii) Noción y características de los contratos de prestación de servicios; y, iii) Régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los supervisores de contratos estatales.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la obligación de controlar y vigilar la ejecución de los contratos estatales, en los conceptos con radicado 4201913000004799 del 30 de agosto de 2019, 4201913000008240 del 20 de diciembre de 2019, C-064 del 28 de febrero de 2020, C-071 del 4 de marzo de 2020, C–077 del 18 de marzo de 2020, C–150 del 18 de marzo de 2020, C–134 del 30 de marzo de 2020, C–180 del 13 de abril de 2020, C-344 del 26 de mayo de 2020, C-414 del 30 de junio de 2021, C-579 del 9 de septiembre de 2022 y C-620 del 27 de septiembre de 2022.

Por otro lado, la Agencia se pronunció en relación con los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión en los conceptos C–047 del 18 de febrero de 2020, C–071 del 4 de marzo de 2020, C–188 del 13 de abril de 2020, C–005, 006, 018 y 138 del 11 de mayo de 2020, C–053, 175, 255, 282, 293 y 320 del 12 de mayo de 2020, C–288 del 27 de mayo de 2020, C–345 del 23 de junio de 2020, C–484 del 6 de agosto de 2020 y C–608 del 1 de octubre de 2020, C-765 del 7 de enero de 2021, C-145 del 8 de abril de 2021, C-052 de 2022 del 3 de marzo de 2022, y C-579 del 9 de septiembre de 2022. La tesis propuesta se expone a continuación:

**2.1. Obligación de vigilar la correcta ejecución del objeto contratado – supervisión de los contratos estatales**

A través de la actividad contractual, el Estado adquiere bienes, obras y servicios para cumplir los fines que le impone el ordenamiento jurídico, garantizando así la continuidad y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados[[2]](#footnote-3). Para la garantía de los fines de interés general, involucrados en la contratación de las entidades estatales, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP– dispone que, en la etapa de ejecución del contrato, las entidades estatales y los servidores públicos que participan en ella tienen la obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado. Lo anterior busca que las finalidades perseguidas con la celebración de los contratos estatales se logren de manera satisfactoria.

El seguimiento de la ejecución del contrato para la dirección, control y vigilancia de su correcto cumplimiento es un deber legal que permite a las entidades estatales tomar medidas orientadas a la satisfacción de los fines de la contratación. Por esto, el EGCAP alude a la obligación mencionada, que guarda relación con el principio de responsabilidad que rige la celebración y ejecución de los contratos estatales. Así, por ejemplo, los artículos 4, 5, 12, 14 y 26 de la Ley 80 de 1993 consagran normas relacionadas con el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales. Estas disposiciones establecen, entre otros aspectos, la obligación de las entidades estatales de velar por el correcto y oportuno cumplimiento de las prestaciones del contrato, las especificaciones de los bienes, obras y servicios objeto de este, y las condiciones de calidad ofrecidas, etc. Esta obligación se predica, en principio, del jefe o representante legal de la entidad, por tener la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, pero también de los servidores públicos que intervienen en ella. En ese sentido, las entidades estatales deben ejercer el control de la ejecución del contrato y, de ser el caso, tomar medidas para exigir el adecuado cumplimiento.

Las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 complementan el régimen jurídico de la obligación de vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales. Allí se impone el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria contractual, entre otros, para la imposición de multas y la decisión de hacer efectiva la cláusula penal; principio que se debe respetar en el ejercicio del control y vigilancia de la ejecución contractual[[3]](#footnote-4). También se establecen los límites de la responsabilidad del representante legal ante la delegación de sus funciones en materia contractual[[4]](#footnote-5) y se regula la supervisión y la interventoría de los contratos estatales[[5]](#footnote-6).

La jurisprudencia contencioso-administrativa, por su parte, ha considerado que la obligación de vigilar la correcta ejecución del objeto contractual es una función de la entidad contratante, en los siguientes términos:

«La función de vigilancia y control del contrato estatal supone el cuidado y la supervisión, de forma tal que en ejercicio de esa función, quien administra la adecuada y oportuna ejecución del contrato no sólo debe velar por que las partes den cumplimiento a las obligaciones contractuales, sino que el contrato se ejecute en el tiempo y la forma convenidos, para de esta forma garantizar la satisfacción de las necesidades que la administración buscaba alcanzar con la celebración del respectivo contrato[[6]](#footnote-7).

En este punto, se reitera lo expuesto en el concepto emitido por esta Agencia con radicado 4201913000008240, del 20 de diciembre de 2019, en cuya oportunidad se señaló que:

«el seguimiento de la ejecución del contrato para su dirección, control y vigilancia del correcto cumplimiento del objeto es un deber legal que permite a las entidades estatales tomar medidas orientadas a la satisfacción de los fines de la contratación, dentro de las cuales, se encuentra la posibilidad de pactar y ejercer las cláusulas exorbitantes, la designación de una supervisión o la contratación de una interventoría para vigilar la ejecución del contrato y la facultad de pactar e imponer multas, cláusula penal o hacer efectivas las garantías del contrato, previa declaratoria de incumplimiento de las obligaciones del contrato, en aras de lograr la satisfacción de las necesidades de bienes, obras o servicios que se pretenden suplir con la celebración de los contratos estatales».

La responsabilidad por el control y vigilancia de la ejecución del contrato está a cargo de la Entidad Estatal contratante y, en consecuencia, es esta quien debe supervisar los contratos mediante sus funcionarios o servidores públicos, en otras palabras, son solamente funcionarios públicos quienes pueden ejercer la supervisión de los contratos estatales.

Por su parte, la Ley 1474 de 2011 enmarcó el seguimiento, control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal dentro del principio de moralidad administrativa. En efecto, el artículo 83 ibidem establece que «*con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda».* El legislador además definió las nociones de supervisión e interventoría, como mecanismos que pueden usar las entidades estatales para vigilar el contrato, en estos términos:

«La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.»

Quien ejerza la vigilancia de la ejecución del contrato, ya sea mediante la supervisión o mediante la interventoría, puede hacer uso de las facultades previstas en el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 para hacer el seguimiento al cumplimiento obligacional del contrato y estará sometido a los deberes y responsabilidades que implica el ejercicio de dicha actividad.

En cuanto a la designación del supervisor, esta Agencia, en la *«Guía para el ejercicio de las funciones de supervisión e interventoría de los contratos del Estado»* recomienda que esta se haga a través de un funcionario que pueda actuar al menos como par del contratista y que tenga asignadas funciones relacionadas con el objeto contractual. Así mismo, en dicha Guía se señala que la designación debe estar antecedida por un análisis de la carga operativa del funcionario al que se le asigna la supervisión, para no incurrir en el riesgo de que el supervisor no pueda desempeñar la labor de manera adecuada. La designación, igualmente, se recomienda que se efectúe en la fecha en que se adjudique el contrato o cuando se suscriba, tratándose de contratación directa. Además, el supervisor designado debe ser informado de la labor encomendada y debe conocer las obligaciones del contrato para efectos de que pueda desempeñar su labor de manera idónea.

Si bien es cierto que para desarrollar la supervisión del contrato no se requieren conocimientos técnicos especializados, también lo es que las funciones de seguimiento contractual abarcan varios campos, por ejemplo, aspectos técnicos, administrativos, financieros, contables y jurídicos. En tal sentido, resulta razonable y posible que la entidad contratante, al momento de analizar cómo ejercer las funciones de supervisión del contrato, determine que estas deban realizarse por más de un funcionario. Para ello deberá tener en cuenta que las funciones propias de los cargos, y los perfiles, conocimientos y experiencia de los funcionarios designados, guarden relación directa con el objeto del contrato y sus aspectos a supervisar. Lo anterior pretende que la vigilancia del contrato se realice de manera idónea y suficiente, con distribución equitativa de cargas y responsabilidades, en aplicación a los principios de coordinación y eficacia que rigen el ejercicio de la función administrativa. Estos principios son aplicables a la contratación estatal por disposición del artículo 23 de la Ley 80 de 1993.

De acuerdo con la anterior, el Consejo de Estado, ha considerado que la calidad de supervisor la tienen los funcionarios de la entidad y no los contratistas. Esto, en los siguientes términos:

«De entrada debe advertirse que la supervisión de los contratos es un deber de las entidades públicas (artículo 4 de la Ley 80 de 1993), que bien pueden realizarla a través de supervisores o interventores para que verifiquen la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades del contratista de la entidad pública. 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.

[…]

Actualmente, la cuestión se mantiene en similares condiciones, sólo que se considera supervisor al funcionario de la entidad pública que desarrolle la vigilancia de los contratos de esta última, sin perjuicio de que esa labor se pueda apoyar a través de contratos de prestación de servicios, pero no para asumir la supervisión, so pena de variar de una consultoría a otra tipología diferente y, por consiguiente, de eludir procesos de selección. Por su parte, se hablará de interventor cuando se trate de una vigilancia externa o contratada.[[7]](#footnote-8)»

En ese mismo sentido, la *«Guía para el ejercicio de las funciones de supervisión e interventoría de los contratos suscritos por las Entidades Estatales Guía*», establece que la supervisión del contrato corresponde al funcionario público de la entidad. En efecto, el referido documento indica que *«la supervisión de los contratos estatales corresponde al funcionario público que el ordenador del gasto de la Entidad designe para ello atendiendo los principales aspectos del contrato a supervisar».*

* 1. **Noción y características de los contratos de prestación de servicios**

El contrato de prestación de servicios es un contrato estatal típico, que se encuentra previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Es definido como aquel 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 y para su contratación pueden acudir a la modalidad de contratación directa según lo establecido en el artículo 2, numeral 4º, literal h, de la Ley 1150 de 2007.

Es de resaltar que la norma transcrita distingue entre los contratos de prestación de servicios profesionales y los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión, tal y como se explicará. Los primeros, a la luz de la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera del Consejo de Estado[[8]](#footnote-9), se denominan contratos propiamente dichos de prestación de servicios profesionales, y son *«todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, bien sea acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, al igual que a desarrollar estas mismas actividades en aras de proporcionar, aportar, apuntalar, reforzar la gestión administrativa o su funcionamiento con conocimientos especializados, siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas catalogadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico como profesionales*». Este tipo de contrato, entonces, se caracteriza porque su objeto guarda relación con el desarrollo de actividades que demandan competencias y habilidades profesionales o especializadas de la persona natural o jurídica a contratar, de manera «*que se trata de un saber intelectivo cualificado».*

Los segundos, son denominados contratos de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión[[9]](#footnote-10). Estos, según lo que establece el artículo 2.2.1.2.1.4.9. del Decreto 1082 de 2015, corresponden a «*aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales*». Son servicios de apoyo a la gestión todos aquellos servicios que involucren actividades requeridas para la Entidad Estatal y que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad de apoyo, acompañamiento o soporte, que puede ser de carácter técnico, operacional, o logístico, y que tiendan a satisfacer las necesidades relacionadas con la gestión administrativa o funcionamiento de entidad. La ejecución de esos contratos, entonces, no implica conocimientos profesionales.

A partir de disposiciones de rango legal y reglamentario que complementan su regulación y de los pronunciamientos judiciales[[10]](#footnote-11) más destacados, es posible resaltar las siguientes características de este contrato:

«i) Pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal que tenga capacidad para contratar, en los términos del artículo 2, numeral 1º, de la Ley 80 de 1993;

ii) Se pueden celebrar con personas naturales o con personas jurídicas. Con aquellas para desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad, siempre que estas no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Con las personas jurídicas, por disposición del artículo 2, numeral 4º, literal h, de la Ley 1150 de 2007 y del artículo 2.2.1.2.1.4.9. del Decreto 1082 de 2015. Esta última norma establece que «[l]as Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate».

iii) Tienen por objeto desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad contratante, siempre que tales actividades o funciones no puedan cumplirse con el personal de planta, bien por ser insuficiente o bien porque se requieran conocimientos especializados;

iv) La relación entre la entidad contratante y el contratista no es de carácter laboral; Si bien se celebran para obtener la prestación personal de un servicio, se diferencian del contrato de trabajo[[11]](#footnote-12) en que quien celebra el contrato de prestación de servicios debe mantener autonomía e independencia en la ejecución de la labor, lo que significa que no debe existir subordinación ni dependencia, que es uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral.

v) Deben ser temporales, no pueden pactarse por término indefinido, esto es, deben suscribirse por el plazo estrictamente necesario e indispensable, tal y como lo dispone el artículo 32, numeral 3º, inciso 2º, de la Ley 80 de 1993.

vi) Se rigen por las disposiciones civiles y comerciales que disciplinan el tipo negocial utilizado por la administración y las especiales previstas en dicho estatuto público contractual, según lo que se deriva de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993;

vii) En estos contratos es potestativa la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

ix) Se celebran a través de la modalidad de contratación directa, independientemente de la cuantía y del tipo de servicio profesional, siempre que su objeto no sea la consultoría, pues, como lo indicó el Consejo de Estado[[12]](#footnote-13), si bien en ambos existe un componente intelectual y profesional, el objeto del contrato de consultoría es especial y debe celebrarse, por regla general, mediante un concurso de méritos[[13]](#footnote-14).

x) Para celebrarlos no se requiere estar inscrito en el Registro Único de Proponentes –RUP–, como lo expresa el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007[[14]](#footnote-15).

xi) No es necesario que el Estado exija garantías[[15]](#footnote-16).

xii) el contrato de prestación de servicios profesionales, como cualquier otro contrato estatal se encuentra sujeto a la supervisión del cumplimiento del objeto contractual y de las obligaciones por parte de las entidades públicas.»

* 1. **Regimen de impedimentos, incompatibilidades e inhabiliddes de los supervisores de contratos estatales.**

Dado que los supervisores de los contratos estatales solo pueden ser funcionarios públicos, corresponde determinar cuál es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que les aplica a estos y el proceso mediante el cual se determina su configuración. Al respecto, el Departamento Administrativo de la Función Pública tiene como competencia *«Asesorar, acompañar y capacitar a las entidades del Estado para facilitar el cumplimiento de las políticas y disposiciones sobre la gestión del talento humano, la organización y el funcionamiento de la administración pública.»[[16]](#footnote-17)*, teniendo en cuenta ello, y a pesar de que esta consulta fue remitida por competencia por parte de esta entidad, resulta pertinente y obligatorio, citar por competencia lo resuelto en el tema por esta entidad.

De esta manera, el Departamento Administrativo de la Función Pública, ha contestado preguntas análogas a las realizadas por usted, y se ha pronunciado, entre otros, en el concepto 75901 de 2019, señalando que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos está regulado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los artículos 11 y 12, que se procede a citar:

**«ARTÍCULO  11**. Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

 1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. (…)”

 “**ARTÍCULO 12**. Trámite de los impedimentos y recusaciones. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.

La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.

 Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.

 La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este artículo.”

Por su parte, respecto del tema el Consejo de Estado[[17]](#footnote-18) ha señalado lo siguiente:

 «La figura de los impedimentos debe entenderse anclada como una institución útil para la obtención de los fines constitucionales que se persiguen con la administración de justicia dentro de un Estado Social de Derecho y como garante del derecho fundamental a la igualdad (artículo 13 constitucional), siendo claro que la labor judicial está guiada por la independencia y la imparcialidad

Al respecto es preciso señalar que la institución del impedimento persigue la salvaguarda de la imparcialidad del juzgador, como bien lo ha precisado la jurisprudencia constitucional al observar que:

 “Las normas que consagran las causales de impedimento y recusación, se han dictado para garantizar la imparcialidad del juez. El que existan las causales, fijadas por la ley y no por el capricho de las partes, garantiza, dentro de lo posible, la imparcialidad del juez y su independencia de toda presión, es decir, que sólo esté sometido al imperio de la ley”

 Ahora bien, la configuración de las causales de impedimento y los efectos que se deriven de dicha declaratoria requieren de una interpretación restrictiva4 como quiera que ponga en juego la seguridad de quienes intervienen en el proceso, puesto que estos obran bajo la pretensión de que la aplicación de las normas procesales y sustanciales se efectuará bajo la égida del principio de igualdad, y por otro tanto, como una clara manifestación del acceso material a la administración de justicia».

De igual forma, en sentencia del 17 de marzo de 2011, esta alta corte manifestó que:

 «Según la jurisprudencia de esta Sala, el interés que genera el conflicto debe ser directo, es decir que la decisión debe redundar en beneficio del servidor público en forma inmediata, esto es, sin necesidad de que medien circunstancias o elementos externos a la misma; que se produzca un beneficio especial, particular y concreto en favor suyo, de su cónyuge o de un pariente; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, tal como lo ha señalado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al pronunciarse de fondo en procesos de pérdida de investidura de los congresistas. Así, por ejemplo, en la sentencia de 20 de noviembre de 2001, exp. núm. IP-0130, Consejero Ponente, Dr. Germán Rodríguez Villamizar, la Sala señaló:

 "Por consiguiente, el conflicto de interés se presenta cuando el congresista se ve afectado por alguna situación de orden moral o económico que le impide tomar parte en el trámite o decisión de algún asunto sometido a su consideración, de tal manera que rompería la imparcialidad e independencia para atender su propia conveniencia o beneficio personal, o el de su cónyuge o compañero permanente, el de sus socios, o el de sus parientes en los grados antes señalados"[[18]](#footnote-19)»

Teniendo en cuenta lo anterior, el Código General Disciplinario adoptado mediante Ley 1952 de 2019, reglamentó las sanciones disciplinarias que podrán ser aplicadas a los funcionarios que estando en causal de inhabilidad o incompatibilidad no se aparte del asunto, al respecto:

«ARTÍCULO 44. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

ARTÍCULO 45. Extensión de las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos. Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal.»

Así las cosas, previo a la designación de un supervisor de un contrato estatal, le corresponde a la entidad realizar un análisis juicioso de las prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la Ley en las que pueda estar incurso el funcionario público escogido, de igual forma, dicho funcionario tiene el deber de declararse impedido para actuar en un asunto como supervisor cuando tenga interés particular y directo en la ejecución del mismo, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho y, demás causales que contemple la Ley y la Constitución.

1. **Respuesta**

«1. ¿Cuáles son las causales de hecho y de derecho para que un supervisor de un contrato estatal de prestación de servicios se declare impedido respecto a esta actividad de supervisión?

1.1. De acuerdo a la ley ¿Cuál es el procedimiento para que un supervisor de un contrato estatal de prestación de servicios se declare impedido respecto a esta actividad de supervisión?

1.2. De acuerdo a la ley ¿Cuál es el procedimiento a seguir luego que efectivamente se ha declarado impedido un supervisor de un contrato estatal de prestación de servicios respecto a esta actividad de supervisión?

2. ¿Cuáles son las causales de hecho y de derecho para que un supervisor de un contrato estatal de prestación de servicios solicite relevo de aquella actividad?

2.1. De acuerdo a la ley ¿Cuál es el procedimiento para que un supervisor de un contrato estatal de prestación de servicios solicite relevo de aquella actividad?

2.2. De acuerdo a la ley ¿Cuál es el procedimiento a seguir luego que efectivamente se ha declarado relevo en la actividad de un supervisor de un contrato estatal de prestación de servicios?».

Los artículos 4, 5, 12, 14 y 26 de la Ley 80 de 1993 consagran normas relacionadas con el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales, normativa complementada por las leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011. Por lo anterior se entiende que, las personas llamadas a realizar la supervisión de los contratos estatales son los funcionarios públicos, que inicialmente será el jefe o representante legal de la Entidad Estatal quien tiene a su cabeza esta tarea, teniendo a su vez la facultad para delegarla en sus subordinados.

En cuanto a la designación del supervisor, esta Agencia, en la *«Guía para el ejercicio de las funciones de supervisión e interventoría de los contratos del Estado»* recomienda que esta se haga a través de un funcionario que pueda actuar al menos como par del contratista y que tenga asignadas funciones relacionadas con el objeto contractual. Así mismo, en dicha Guía se señala que la designación debe estar antecedida por un análisis de la carga operativa del funcionario al que se le asigna la supervisión, para no incurrir en el riesgo de que el supervisor no pueda desempeñar la labor de manera adecuada. La designación, igualmente, se recomienda que se efectúe en la fecha en que se adjudique el contrato o cuando se suscriba, tratándose de contratación directa. Además, el supervisor designado debe ser informado de la labor encomendada y debe conocer las obligaciones del contrato para efectos de que pueda desempeñar su labor de manera idónea.

Si bien es cierto que para desarrollar la supervisión del contrato no se requieren conocimientos técnicos especializados, también lo es que las funciones de seguimiento contractual abarcan varios campos, por ejemplo, aspectos técnicos, administrativos, financieros, contables y jurídicos. En tal sentido, esta Agencia también recomienda que al momento de analizar cómo ejercer las funciones de supervisión del contrato, determine si es necesario que estas deban realizarse por más de un funcionario. Para ello deberá tener en cuenta que las funciones propias de los cargos, y los perfiles, conocimientos y experiencia de los funcionarios designados, guarden relación directa con el objeto del contrato y sus aspectos a supervisar. Lo anterior con el fin de que la vigilancia del contrato se realice de manera idónea y suficiente, en aplicación a los principios de coordinación y eficacia que rigen el ejercicio de la función administrativa.

Ahora bien, frente a las causales de impedimento de un funcionario público, para realizar la supervisión de un contrato estatal se reitera lo señalado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, que en concepto 75901 de 2019, indicó que procede la separación de los funcionarios públicos de la supervisión de los contratos estatales cuando estén en curso en las causales establecidas en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, que en su segundo inciso reza: «*Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. (…)»,* estas líneas se repiten en el artículo 44 de la Ley 1952 de 2019 – Código General Disciplinario - que regla que todo servidor público que se encuentre en mencionadas situaciones deberá declararse impedido.

El Procedimiento para separar al funcionario público de la supervisión, ya sea porque este manifiesta su impedimento o porque es recusado, así como la manera en que se sustituirá el supervisor se encuentra regulado en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Gabriel Alejandro Murcia Taboada  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Any Alejandra Tovar Castillo  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora de Gestión Contractual |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-2)
2. Artículo 3 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-3)
3. Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-4)
4. Artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículos 83 a 86 de la Ley 1474 de 2011. [↑](#footnote-ref-6)
6. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. Exp. 51.802. M.P. Jaime Orlando Santofimio. [↑](#footnote-ref-7)
7. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 12 de diciembre de 2014. Exp. 27426. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-8)
8. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de unificación del 2 de diciembre de 2013, Exp. 41719. M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-9)
9. Ibidem. [↑](#footnote-ref-10)
10. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. Exp. 24715. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-11)
11. El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo establece: «1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

    »2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario». [↑](#footnote-ref-12)
12. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. Exp. 41719. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-13)
13. Ibídem. En efecto, el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de consultoría así: «Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

    » Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

    » Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato». [↑](#footnote-ref-14)
14. Según dicho artículo: «Art. 6. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

    »No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

    […]». [↑](#footnote-ref-15)
15. Así lo establece el Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1. del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigirlas o no debe estar en los estudios y documentos previos». [↑](#footnote-ref-16)
16. señalada en las Leyes 489 de 1998, 872 de 2003, 909 de 2004, 962 de 2005, 1474 de 2011, 1712 de 2014, y 1757 de 2015, el Decreto Ley 019 de 2012 y el Decreto 430 de 2016. [↑](#footnote-ref-17)
17. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, con sentencia Radicación número: 15001-23-31-000-2009-00001-01(42892) del 6 de febrero de 2012, consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa [↑](#footnote-ref-18)
18. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero Ponente: Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Planeta, Radicación núm.: 25000-23-15-000-2010-001610-01 del 17 de marzo de 2011 [↑](#footnote-ref-19)