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

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.

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

**SUPERVISIÓN – Ejercicio – Contratista – Apoyo a la supervisión**

**SUPERVISIÓN − Imposibilidad de ser ejercida por un contratista**

Bogotá D.C., 11 de julio de 2023

Señor

Oscar Ávila Parra

Tunja, Boyacá

 **Concepto C – 173 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONTRATO ESTATAL – Ejercicio – Funciones de control y vigilancia / CONTRATO ESTATAL – Funciones de control y vigilancia / SUPERVISIÓN – Ejercicio – Contratista – Apoyo a la supervisión / SUPERVISIÓN − Imposibilidad de ser ejercida por un contratista |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta No. P20230526011665 |

Respetado señor Ávila:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta remitida el 26 mayo de 2023.

**1. Problema planteado**

Usted consulta lo siguiente:

*“(…) solicito información respecto a la normatividad que se tiene sobre la designación de supervisión de contratos estatales por parte de los funcionarios de una entidad, y la responsabilidad en cuanto a las funciones, además se me aclare que se puede hacer si el funcionario no aceptas la supervisión de un contrato así el funcionario tenga las capacidades de hacerlo.”*

**2. Consideraciones**

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 Subdirección de Gestión Contractual, 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; ii) la supervisión de los contratos estatales; 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-506 de 3 de agosto de 2022, C-579 del 9 de septiembre de 2022, C-577 del 15 de septiembre de 2022, C-620 del 27 de septiembre de 2022, C-650 del 27 de septiembre de 2022, c-679 de 24 de octubre de 2022, C-818 del 28 de noviembre de 2022, C-830 de 28 de noviembre de 2022, C-800 de 29 de noviembre de 2022, C-930 de 30 de diciembre de 2022, C-932 de 30 de diciembre de 2022, C-975 de 8 de marzo de 2032, y C-191 de 27 de abril de 2023[[2]](#footnote-3). La tesis propuesta se expone a continuación:

* 1. **La obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado**

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[[3]](#footnote-4). 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 ejecución de los contratos estatales. Allí se impone, entre otros postulados, el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria contractual, 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[[4]](#footnote-5). También se establecen los límites de la responsabilidad del representante legal ante la delegación de sus funciones en materia contractual[[5]](#footnote-6) y se regula la supervisión y la interventoría de los contratos estatales[[6]](#footnote-7).

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”[[7]](#footnote-8).

En este punto, se reitera lo expuesto en el concepto emitido por esta Agencia con el 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.

* 1. **La supervisión en los contratos estatales**

La Ley 1474 de 2011 enmarcó el seguimiento, control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal dentro del principio de moralidad administrativa. 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.”

Del primer concepto, según lo expresado por esta entidad[[8]](#footnote-9), se extractan las siguientes características en relación con la supervisión: i) la labor de supervisión siempre existirá en relación con cualquier contrato estatal, salvo cuando se realice la vigilancia a través de la interventoría, caso en el cual podrán concurrir informando en el contrato de interventoría la división de dicha vigilancia. Por su parte, la interventoría se contratara dependiendo del análisis de su necesidad y extensión[[9]](#footnote-10); ii) no requiere conocimientos especializados como la interventoría; iii) se ejerce por la Entidad Estatal por conducto de la designación de servidores públicos idóneos para cumplir la función; iv) puede recibir apoyo de personal contratado para tal fin mediante contratos de prestación de servicios; v) le es inherente el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico del contrato vigilado.

En relación con las definiciones de *supervisión* e *interventoría*, doctrinariamente se ha establecido la diferencia entre una y otra, de la siguiente manera:

La supervisión (…) es ejercida por la propia entidad contratante cuando no requiere conocimientos técnicos especializados. Por contraste, a la interventoría se le concibe alrededor de la necesidad de tales conocimientos. Esa diferenciación entonces nos permite decir que entre una y otra figuras hay una comunidad de propósito con una diferencia de grado: en la interventoría se acude a un consultor especializado con un grado de conocimiento técnico superior a aquel del que disponga la entidad, a propósito de que se constituya en “sus ojos” en frente de la ejecución del contrato. Es por ello que a la interventoría se le hace consistir de acuerdo con la definición legal, “en el seguimiento técnico” del cumplimiento del contrato, cuando el mismo “suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen”. En su propósito de hacer evidente esta diferenciación, el proyecto de ley que condujo al Estatuto Anticorrupción buscaba enmarcar a la interventoría en la función técnica exclusivamente, intención que se vio frustrada cuando a la definición propuesta, y hoy contenida en el citado artículo 83, vino a agregarse una frase final que aclara que la misma podrá extenderse a “otros aspectos del contrato” en adición a aquellos de naturaleza técnica[[10]](#footnote-11).

Por otro lado, 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 efectuar el seguimiento al cumplimiento obligacional del contrato y estará sometido a los deberes y responsabilidades que implica el ejercicio de dicha actividad.

Ahora bien, en cuanto a la designación del supervisor, Colombia Compra Eficiente, en la “Guía para el ejercicio de las funciones de supervisión e interventoría de los contratos del Estado”[[11]](#footnote-12) recomienda que esta se haga por un funcionario público quién pueda actuar al menos como par del contratista y que tenga asignadas funciones relacionadas con el objeto contractual. Así mismo, allí se señala que la designación debe estar antecedida por un análisis de la carga operativa del funcionario al que se le asigna la función, 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. El supervisor designado, además, debe ser comunicado de la labor encomendada y debe conocer las obligaciones del contrato para efectos de que pueda desempeñar su labor de manera idónea.

La designación podrá hacerse por el representante legal de la entidad o por el ordenador del gasto, en caso de que esta función se encuentre delegada y para el efecto podrán definirse las funciones en el pliego de condiciones, en una cláusula del contrato, en el manual de contratación o en el acto de la asignación de la función al servidor público escogido para ejercer la supervisión[[12]](#footnote-13).

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, como, 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 lo que 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, en aras de 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, que son aplicables en la contratación estatal por disposición del artículo 23 de la Ley 80 de 1993.

Es pertinente señalar que esta Agencia ha considerado que del texto del artículo 83 de la Ley 1474 es posible inferir que la ley dispuso que la supervisión debe ser ejercida por la misma Entidad Estatal en cumplimiento de su deber de vigilancia de la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado y puede llevarse a cabo con el apoyo de contratistas, pero no prevé que dicha actividad sea realizada directamente por el contratista, y que sea este último el único responsable del seguimiento contractual.

Lo anterior postura se soporta del trámite del proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1474 de 2011, inicialmente, establecía que “la supervisión de los contratos ser[ía] ejercida por un funcionario de la misma entidad estatal, o por un contratista de prestación de servicios profesionales […]”[[13]](#footnote-14). Sin embargo, también lo es que esa postura fue modificada para el segundo debate legislativo[[14]](#footnote-15) y en la ponencia registrada para tercer debate[[15]](#footnote-16), en donde se estableció que “la supervisión de los contratos ser[ía] ejercida por un funcionario de la misma entidad estatal”. Incluso, la versión que finalmente se aprobó en cuarto debate[[16]](#footnote-17), que fue acogida por ambas cámaras legislativas[[17]](#footnote-18) luego del correspondiente trámite de conciliación[[18]](#footnote-19), era del siguiente tenor: “la supervisión consistirá en el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato es ejercida por la misma entidad estatal […]”. Nótese que el legislador acogió, finalmente, la noción “entidad estatal”, sin hacer referencia a los funcionarios de la entidad o a los contratistas.

La expresión “entidad estatal” podría dar a entender que la supervisión puede ser ejercida por funcionarios y contratistas, como inicialmente se presentó en la iniciativa legislativa, en el entendido de que las entidades, por regla general, se apoyan en los unos y los otros para el cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado[[19]](#footnote-20), en providencia del 12 de diciembre de 2014, consideró 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 negocial11.

[…]

El ordenamiento jurídico admite que este tipo de funciones puedan ser encargadas a los funcionarios públicos de la entidad demandada, sin que se enmarquen en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Efectivamente, de vieja data, el artículo 120 del Decreto Ley 222 de 198312, al definir las calidades del interventor, señaló que las entidades públicas verificarían la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de sus contratistas por medio de un interventor. Este podía ser funcionario suyo o ser contratado externamente. Lo anterior significaba que en vigencia del mencionado decreto la denominación de interventor se utilizaba indistintamente de la vinculación que este tuviera con la entidad pública. 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[[20]](#footnote-21).”

En ese mismo sentido, como se expuso previamente, la *“Guía para el ejercicio de las funciones de supervisión e interventoría de los contratos suscritos por las Entidades Estatales”* consagró que la supervisión del contrato estatal corresponde al funcionario público de la entidad. Sin embargo, dicha guía reiteró que las Entidades Estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios para apoyar las actividades de supervisión, consignando en ellos las actividades propias del apoyo a la supervisión. Con todo, el alcance de dicho apoyo dependerá del objeto y las obligaciones determinadas en el 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. Así, por ejemplo, el contratista de prestación de servicios podrá revisar los entregables, productos, en general, los requisitos para el pago y darle su concepto al supervisor. De todos modos, quien autorizará el pago ante la Entidad Estatal será el funcionario sobre quien recae la supervisión y el respectivo ordenador del gasto de la entidad.

* 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.”[[21]](#footnote-22)*, teniendo en cuenta ello, 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[[22]](#footnote-23), cuyo procedimiento se encuentra contemplado en este último artículo, siempre y cuando se esté en presencia de las siguientes situaciones 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.

2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.

3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.

4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.

5. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.

6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.

7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.

8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.

9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.

10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.

11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.

12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.

13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver.

14. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.

15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.

16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición.”

En ese contexto, la figura de los impedimentos de los servidores públicos se ha entendido como una institución útil para la obtención de los fines constitucionales que se persiguen dentro de un Estado Social de Derecho y como garante del derecho fundamental a la igualdad (artículo 13 constitucional), guiando las actuaciones de la administración con base en la independencia y la imparcialidad. Por su parte, respecto del tema el Consejo de Estado[[23]](#footnote-24) ha señalado lo siguiente:

“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"[[24]](#footnote-25)“

Por su parte, en lo que corresponde a las inhabilidades e incompatibilidades de los funcionaros públicos, específicamente para ser supervisor de contratos, es necesario recordar que esta debe ser entendida como la incapacidad o circunstancias que impiden a una persona ser designada en un cargo público y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo o funciones a quienes ya se encuentran vinculados al servicio. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que “Las inhabilidades (…) han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo Cfr. Corte Constitucional.”[[25]](#footnote-26)

Igualmente, es importante señalar que en nuestro ordenamiento jurídico se consagra dos tipos de inhabilidades en consideración a la naturaleza y la finalidad de la limitación, por un lado, aquellas relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política, y por otro, aquellas relacionadas a la protección del interés general y obedecen a la efectividad de principios, derechos y valores constitucionales, como son la lealtad empresarial, moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia o sigilo profesional, entre otros postulados, a la vez de que son una garantía de que el comportamiento o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función.[[26]](#footnote-27)

En ese orden de ideas, el artículo 6º de la Ley 190 de 1995 señala: “En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio. Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.”

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 e impedimento 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.

**3. Respuesta:**

*“(…) solicito información respecto a la normatividad que se tiene sobre la designación de supervisión de contratos estatales por parte de los funcionarios de una entidad, y la responsabilidad en cuanto a las funciones, además se me aclare que se puede hacer si el funcionario no aceptas la supervisión de un contrato así el funcionario tenga las capacidades de hacerlo.”*

De conformidad a lo expuesto, la responsabilidad en el control y vigilancia de la ejecución de los contratos que celebre las entidades estatales, se encuentran a cargo de la misma entidad, obligación que 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. Por lo tanto, la supervisión de los contratos estatales se dará mediante sus funcionarios y únicamente se puede contratar personal en caso de necesitarlo como “apoyo” a su gestión en la supervisión.

La normatividad que contempla dicha obligación de supervisar, su definición y facultades se encuentra dispuesta en varias disposiciones de la Ley 80 de 1993, 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, por su parte, los artículos 17 y 21 de la Ley 1150 de 2007 y especialmente en los artículos 83 a 86 de la Ley 1474 de 2011, complementan el régimen jurídico de la obligación de vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales y establecen los límites de la responsabilidad del representante legal ante la delegación de sus funciones en materia contractual, definiendo las figuras de supervisión e interventoría de los contratos estatales.

En cuanto a la designación del supervisor, esta Agencia 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, se recomienda que dicha designación esté 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.

Se advierte que, 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. Asimismo, deberá verificarse que el funcionario al asumir dichas funciones de supervisión no se encuentre en curso en alguna causal sobreviniente de impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses. 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.

Igualmente, se reitera que quién 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, pero en ningún caso, puede sustituir o reemplazar a la Entidad Estatal 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.

Finalmente, si el funcionario que designa el representante legal u ordenador del gasto si tiene dicha competencia, y este no acepta, las consecuencias de su negativa deberán analizarse a través de la aplicación de normas laborales del sector público y disciplinarias que exceden la competencia de esta Agencia, además que se encuentra proscrito mediate estos conceptos jurídicos, el extender la consulta a la resolución de controversias o 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, sin embargo, resulta pertinente indicar que el representante legal, de quién se presume de *prima facie* la supervisión de los contratos suscritos por la entidad a la que representa, podrá apoyarse en su labor de supervisión a través de contratos de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión, siempre y cuando se celebre el contrato cuyo objeto y obligaciones estén dirigidas a apoyar la supervisión de contratos. En tal sentido, los contratistas no podrían realizar directamente y de forma aislada la supervisión de los contratos estatales.

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,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Any Alejandra Tovar CastilloContratista Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó:  | Juan David Cárdenas CabezaContratista Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE |

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. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-3)
3. Artículo 3 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-4)
4. Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-5)
5. Artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-6)
6. Artículos 83 a 86 de la Ley 1474 de 2011. [↑](#footnote-ref-7)
7. Consejo de Estado. Sección 3ª. Sentencia del 27 de noviembre de 2017. M.P. Jaime Orlando Santofimio. Exp. 51.802. [↑](#footnote-ref-8)
8. Radicado # 4201913000008240 del 20 de diciembre de 2019. [↑](#footnote-ref-9)
9. A excepción de la interventoría del contrato de obra adjudicado por licitación pública que es obligatoria según el numeral 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-10)
10. SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. 1ª Ed. Legis, 2014. Bogotá. p. 256. [↑](#footnote-ref-11)
11. Disponible en: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_parael\_ ejercicio delas\_ funciones\_de\_supervision\_e\_interventoria\_de\_los\_contratos\_del\_estado.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_parael_%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20ejercicio%20delas_%20funciones_de_supervision_e_interventoria_de_los_contratos_del_estado.pdf). [↑](#footnote-ref-12)
12. Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto del 6 de mayo de 2019. Rad. 140.881. [↑](#footnote-ref-13)
13. En las Gacetas Nos. 607 y 784 de 2010, en las páginas 12 y 24, respectivamente, se da cuenta de esto. [↑](#footnote-ref-14)
14. Ver las Gacetas Nos. 1002 y 1117 de 2010, en las páginas 44 y 13, respectivamente. [↑](#footnote-ref-15)
15. Ver la Gaceta No. 019 de 2011, en la página 17. [↑](#footnote-ref-16)
16. Ver la Gaceta No. 128 de 2011, en la página 20. [↑](#footnote-ref-17)
17. Ver la Gaceta No. 258 de 2011, en la página 16. [↑](#footnote-ref-18)
18. Ver las Gacetas Nos. 1002 y 1117 de 2010. [↑](#footnote-ref-19)
19. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Radicado No. 27426. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-20)
20. Cita tomada del texto original: “Efectivamente, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 prescribió: “Supervisión e interventoría contractual. 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. // 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. // Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor. // El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal”. [↑](#footnote-ref-21)
21. 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-22)
22. **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.” [↑](#footnote-ref-23)
23. 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-24)
24. 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-25)
25. Sentencias C-380-97, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-1212-01, M.P. Jaime Araujo Rentería. [↑](#footnote-ref-26)
26. Corte Constitucional, Sentencia C-348 de 202 de abril de 2004. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño [↑](#footnote-ref-27)