

LA DESIGNACIÓN UTILIZADA ARBITRARIAMENTE PARA ELUDIR LAS RESPONSABILIDADES DE SUPERVISAR CONTRATOS ESTATALES EN COLOMBIA

Huber Andrés Yepes Piedrahita¹

RESUMEN

El presente texto tiene como propósito, estudiar la arbitrariedad que, en ocasiones, se presenta en Colombia con la designación como herramienta jurídica para eludir las consecuencias que pueden generarse en el ejercicio de la supervisión de contratos estatales. En consecuencia, se revisaron los conceptos básicos de la designación de supervisión de contratos estatales, encontrando que esta debe estar motivada con base al apoyo de la función administrativa del ordenador del gasto. Luego, se indican las razones por las cuales se utiliza la designación de supervisión en Colombia, en algunos casos, como herramienta jurídica-administrativa para eludir responsabilidad penal, civil, fiscal y disciplinaria por parte del designante. Por último, se expone un caso que viola la autonomía de la función de supervisar y vigilar jurídica, técnica, administrativa y financieramente el contrato, sobre quién fue designado como supervisor por parte de un superior jerárquico. Se concluye que la designación de supervisión de contratos estatales, puede ser utilizada para eludir responsabilidades por parte de quién designa, sin desligarse de su ejecución y toma de decisiones en la ejecución del mismo.

¹ Abogado de Unisabaneta. Profesional Universitario, Oficina de Salud Pública, Gestión Territorial y Convenios de Metrosalud. E-mail: huberandresabogado@gmail.com. Artículo presentado Especialista en derecho administrativo de la misma universidad.

PALABRAS CLAVE: Arbitrariedad; Contratos estatales; Designación de supervisión de contratos estatales; Lineamientos de la designación de supervisión; Ordenador del gasto.

SUMARIO: Introducción. (I) Normas y conceptos jurídicos sobre supervisión de contratos estatales en Colombia. (II) Implicaciones de la supervisión contractual y responsabilidades. (III) Caso de designación para la supervisión de un contrato estatal en una IPS pública. (V) Conclusión. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN:

En Colombia, los contratos estatales hacen parte de los negocios jurídicos necesarios para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, aquellos que se deben ajustar a los principios de transparencia, economía, selección objetiva, buena fe, publicidad, igualdad, libre concurrencia, planeación y previsibilidad. En consecuencia, reviste especial importancia realizar un seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico en su ejecución por parte de las entidades estatales, incluidas como es el caso de estudio, las instituciones públicas descentralizadas como las Empresas Sociales del Estado ESE, llamadas a aplicar el principio de transparencia como columna vertebral de la gestión pública. De tal forma, éstas se encuentran obligadas a vigilar el cumplimiento del objeto contratado y a proteger tanto sus derechos, como el de los contratistas y terceros que puedan resultar afectados en la ejecución del mismo. De allí, se desprende la importancia de supervisar la ejecución de las obligaciones pactadas, que en principio se establece como una responsabilidad de los ordenadores del gasto de la entidad contratante. Es de anotar

que, éstos pueden designar esa función en subalternos habilitados por la ley para que apoyen esa gestión administrativa; llama la atención que en ocasiones no se entrega en su totalidad la competencia y se realizan actos arbitrarios en la designación con el propósito de evadir la responsabilidad legal de dicha actividad de supervisión. Es importante resaltar que “[...]los actos arbitrarios se asocian a caprichos propios del abuso de poder, que van en contra de los principios constitucionales [...]”. (Carrillo Triana, 2014, p.10)

La Corte Constitucional de Colombia, ha abordado el concepto de arbitrario en la Sentencia C-1161 de 2000, así:

Esta Corporación ha señalado, en diversas decisiones, que no se puede confundir lo discrecional con lo arbitrario, pues la Carta admite la discrecionalidad administrativa, pero excluye la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, ya que, en Colombia, aun cuando no cuente con consagración expresa, es enteramente aplicable el principio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Esto significa que el ejercicio de las potestades discrecionales se encuentra sometido a los principios que gobiernan la validez y eficacia de los actos administrativos, y se debe entender limitado a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados a la autoridad por el ordenamiento jurídico. Es así como la potestad administrativa sólo contiene una actuación legítima, en tanto y en cuanto se ejecute en función de las circunstancias, tanto teleológicas como materiales, establecidas en la norma que la concede.

De ahí que, cuando el ordenador del gasto usa su competencia para designar un supervisor como apoyo a la función administrativa, ese hecho debe ser justificado en tal sentido, y no, en la intención de evadir una responsabilidad legal y participar activamente y de manera arbitraria del negocio jurídico, desplazando el quehacer objetivo y legal del designado.

De configurarse un abuso del derecho en el uso de la designación ya citada, es menester de las autoridades aplicar las sanciones correspondientes en materia fiscal, civil, penal y disciplinaria. Sería importante entonces, tener en cuenta que para determinar las

responsabilidades que se adquieren por ostentar el rol de supervisar los contratos estatales en Colombia, se debe conocer las enmarcadas en la ley 1474 de 2011. Allí, se establecen entre otros deberes, la necesidad de ejercer una vigilancia permanente en la etapa de ejecución contractual que garantice la no violación del principio de la transparencia, lo que implica que tampoco sea violado por quién ya entregó dicha función al designarla.

Por tanto, aquel servidor público en el que recae inicialmente la responsabilidad de supervisar los contratos celebrados por la entidad que representa, no solo debe tener en cuenta la idoneidad, competencia y carga operativa de quién va a ser designado; so pena de que el funcionario designado pueda rehusarse a ejercerla demostrando que no es competente ni idóneo y/o dejando constancia de ello que permita salvar su responsabilidad. Sino también, de no tener injerencia en las funciones de supervisión entregadas y sin recuperarlas legalmente por medio de una actuación administrativa que devuelva la competencia. De ser así, se puede garantizar que efectivamente se cumpla con la función de proteger la moralidad administrativa, prevenir actos de corrupción y tutelar la transparencia de la actividad contractual. De lo contrario, dicha injerencia podría tener resultados negativos contrarios a la necesidad de garantizar transparencia en el proceso de ejecución, se perdería la razón por la cual se designó la supervisión y se estaría al frente de un error administrativo del designante.

Por ello, el objetivo central de este artículo académico, es estudiar el abuso del poder que, en ocasiones, se presenta en Colombia con la designación como herramienta jurídica para eludir la responsabilidad de supervisar contratos estatales. En consecuencia, se revisan los conceptos básicos de la designación de supervisión de contratos estatales y se afirma que debe ser motivada con base en el apoyo de la función administrativa del

ordenador del gasto. Luego, se indican las razones por las cuales se utiliza la designación de supervisión en Colombia, en algunos casos, como herramienta jurídica-administrativa para eludir responsabilidad penal, civil, fiscal y disciplinaria por parte del designante. Por último, se expone un caso en el que se viola la autonomía de la función de supervisar y vigilar jurídica, técnica, administrativa y financieramente el contrato, sufrida por quién fue designado como supervisor por parte de un superior jerárquico.

Es allí, en donde se orienta el presente artículo académico, y se compromete en el caso concreto, para afirmar que la designación en Colombia en algunos casos, es utilizada como el ejercicio de competencias administrativa de manera arbitraria o desviada para eludir la responsabilidad de supervisar contratos estatales por parte del responsable inicial, sin que éste se desprenda de actividades de ejecución contractual propias del designado.

De acuerdo con las premisas anteriores, la argumentación de que trata el presente artículo se desarrolla en primera instancia, consultando normas y conceptos jurídicos sobre supervisión de contratos estatales en Colombia. De igual manera, se analizan las implicaciones de la supervisión contractual y las responsabilidades que ostentan, tanto el designante como el designado. A partir de la conceptualización de dichas implicaciones y responsabilidades, en el tercer capítulo, se ilustra con un caso concreto, el abuso del derecho en la designación de supervisión de un contrato estatal, donde el designante no se desligó de las atribuciones entregadas al supervisor designado. Con ello, a modo de conclusión, se indica en qué eventos, la designación de supervisión es utilizada como herramienta jurídica para que los superiores jerárquicos se desprendan de responsabilidades legales.

CAPITULO I. Normas y conceptos jurídicos sobre supervisión de contratos estatales en Colombia.

En el desarrollo de los fines del estado colombiano, la administración pública en el ejercicio de sus funciones y potestades señaladas en la Constitución Política de 1991, entre otras cosas, debe recurrir a la celebración de contratos estatales que apoyen dichos fines y busquen la prosperidad general tal como lo indica los artículos 1, 2 y 209. Éste último indicando que:

Art. 209: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las Autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del estado. La administración pública en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale en la ley (p. 105).

Precisamente de esa búsqueda de interés común, toma relevancia la contratación estatal como respuesta a satisfacer algunas necesidades de desarrollo y atención de la sociedad; de ahí que se desprende una obligación ineludible de la administración en garantizar la correcta ejecución del objeto contratado. Dicha obligación encuentra sustento, principalmente, en dos (2) normas en materia de contratación pública en Colombia; la Ley 80 de 1993, conocida como el Estatuto de Contratación Pública y la Ley 1474 de 2011, en donde se dictan las reglas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción, además de la efectividad del control de la gestión pública.

Para ello, es necesario indicar que existen dos figuras técnico-jurídicas que permiten vigilar y controlar el desarrollo satisfactorio del objeto contractual pactado; una es la conocida como interventoría, la otra como supervisión. A menudo son dos figuras que

tienden a confundirse, pero que poseen diferencias como las que se enuncian a continuación; i. la supervisión es ejercida por un funcionario público de la misma entidad estatal, mientras que la interventoría es realizada por personas naturales o jurídicas contratadas para ese fin. ii. La supervisión siempre involucra el seguimiento administrativo, financiero, contable y jurídico; y por su parte, la interventoría siempre involucra el seguimiento técnico y solo si la Entidad Estatal lo considera necesario, puede corresponder a temas financieros, contables administrativos y jurídicos. iii. La supervisión no requiere conocimientos especializados y la interventoría sí.

En cuanto a lo que atañe en el presente artículo, es preciso indicar que solo interesa abordar en este escrito, la figura de la supervisión de un contrato estatal, de ahí la necesidad de señalar que tal actividad requiere un seguimiento financiero, técnico, jurídico, administrativo y contable, que permita garantizar el cumplimiento de su objeto contractual. En todo caso, conforme con el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, la entidad estatal puede contratar la contratación de prestación de servicios con una persona natural o jurídica que apoye tal actividad de supervisión.

Art. 83: 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 [...]

Lo anterior, surge como respuesta a que los contratos estatales emergen de una necesidad comunitaria, de ahí que al celebrarlos, sea una obligación ineludible para la

Administración garantizar la calidad de los bienes y servicios allí contratados y recibidos. Por lo que se puede indicar que, un contrato estatal nace con la necesidad de ser vigilado a través de un proceso por el cual se ejerzan actividades de dirección, supervisión, seguimiento, control de desarrollo y consecución satisfactoria del objeto contratado. De no requerir conocimientos especializados, puede ser ejecutado por un servidor público de la misma entidad, tal como lo indica la norma antes señalada y confirmada en algunos conceptos técnicos emanados por entidades competentes, como es el caso de lo indicado en el concepto técnico 041841 de 2020 del Departamento Administrativo de la Función Pública, en donde se indica.

Así las cosas y dado que la supervisión de un contrato estatal consiste en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercido por la misma entidad estatal cuando no se requieren conocimientos especializados, la función de supervisor por parte de un cualquier empleado es procedente en virtud de la figura de la asignación de funciones. (p. 5)

En cuanto a conocimientos y aptitudes que deben tener los futuros supervisores, se puede enseñar que existen vacíos en la norma que rige tal actividad, ello con relación a determinar la idoneidad y experiencia requerida del servidor público investido. Sin embargo, existen guías prácticas que orientan dicha actividad, y a su vez, buscan cerrar la brecha a la subjetividad en la designación de esa función de la vigilancia y control en la ejecución del objeto contractual. Colombia Compra Eficiente, es una Entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, adscrita al Departamento Nacional de Planeación (DNP) que es el rector del Sistema de Compra Pública de Colombia. Allí se diseñó la Guía Para el Ejercicio de las Funciones de Supervisión e Interventoría de los Contratos del Estado, indica tal documento entre otras cosas, lo siguiente:

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

Es recomendable que antes de que la Entidad Estatal designe un funcionario como supervisor, haga un análisis de la carga operativa de quien va a ser designado, para no incurrir en los riesgos derivados de designar como supervisor a un funcionario que no pueda desempeñar esa tarea de manera adecuada.

La designación de un supervisor debe ser efectuada a más tardar en la misma fecha en la que se adjudique el contrato cuando el mismo sea el resultado de un proceso de contratación competitivo o se asigne en los casos de contrataciones directas.

La designación del supervisor del contrato no requiere que el manual de funciones de las Entidad Estatal establezca expresamente la función de supervisar contratos, pues la misma es inherente al desempeño de las funciones ordinarias de los servidores públicos.

La comunicación de la designación de un funcionario como supervisor siempre debe ser escrita, entendiéndose también como tal la que se hace a través de correo electrónico y debe reposar en el expediente del contrato por lo que siempre debe enviarse copia de la misma a la dependencia encargada de conservar los expedientes

En caso de que la designación del supervisor se haga directamente en el contrato, debe enviarse copia del mismo al funcionario designado informando que va a ser el supervisor. Cuando esto sucede, el cambio de supervisor siempre va implicar una modificación del contrato.

La Entidad Estatal debe tener en cuenta que cuando no se haga la designación del supervisor la responsabilidad de la vigilancia y control de la ejecución del contrato la tiene el ordenador del gasto (p. 6-7)

A lo anterior, se suma que los supervisores tiene como funciones generales apoyar el logro de los objetivos contractuales, velar por el cumplimiento del contrato, mantener en contacto a las partes del contrato, evitar la generación de controversias y propender por su rápida solución, solicitar informes y llevar a cabo reuniones necesarias para encaminar el cumplimiento de las obligaciones, llevar a cabo actividades de monitoreo y control de riesgos, aprobar o rechazar por escrito el recibido de bienes o servicios, suscribir actas de situaciones relevantes que se generen durante la ejecución del contrato, informar sobre hechos que puedan constituir actos de corrupción e informar cualquier

incumplimiento contractual. Además, es necesario que realicen una vigilancia administrativa, técnica, financiera y contable, puesto que les asiste una responsabilidad civil establecida en la Ley 80 de 1993. De no ejercer lo anterior, y se condene a la entidad estatal por daños generados por incumplimiento, por acción u omisión de su función de control y vigilancia sobre un determinado contrato estatal; es posible que se materialice una acción de repetición o el llamamiento en garantía en contra del servidor responsable.

No obstante, lo anterior, cabe resaltar las responsabilidades en materia civil, penal, disciplinaria y fiscal a las que se puede ver enfrentado el designado o quién ejerza como supervisor del contrato. De ahí, la importancia que se despliega tener en cuenta las prohibiciones que ostenta quienes ejerce dicha actividad de supervisión, entre las que se encuentran las siguientes y enunciadas en la Guía Para el Ejercicio de las Funciones de Supervisión e Interventoría de los Contratos del Estado (2016):

A los supervisores e interventores les está prohibido:

- a) Adoptar decisiones, celebrar acuerdos o suscribir documentos que tengan por finalidad o como efecto la modificación del contrato sin el lleno de los requisitos legales pertinentes.
- b) Solicitar y/o recibir, directa o indirectamente, para sí o para un tercero, dádivas, favores o cualquier otra clase de beneficios o prebendas de la entidad contratante o del contratista; o gestionar indebidamente a título personal asuntos relativos con el contrato.
- c) Omitir, denegar o retardar el despacho de los asuntos a su cargo.
- d) Entrabar las actuaciones de las autoridades o el ejercicio de los derechos de los particulares en relación con el contrato.
- e) Permitir indebidamente el acceso de terceros a la información del contrato.
- f) Exigir al contratista renunciaciones a cambio de modificaciones o adiciones al contrato.
- g) Exonerar al contratista de cualquiera de sus obligaciones contractuales.
- h) Actuar como supervisor o interventor en los casos previstos por las normas que regulan las inhabilidades e incompatibilidades. (p. 14)

Es importante aclarar que, debido a la cantidad de actividades que supone una supervisión, y el nivel de responsabilidad que ostenta el funcionario designado; resulta relevante y necesario que los servidores públicos que hacen uso de la designación como herramienta jurídica para la entrega de funciones de vigilancia y control sobre contratos, tengan en cuenta que si bien es viable la entrega, a un empleado, la función de supervisión, se debe tener en cuenta que el ejercicio de los oficios a desarrollar tenga una relación directa entre el objeto contratado que se pretende supervisar y el conocimiento o la experiencia del funcionario designado.

Como ya se había indicado antes, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, impone a las entidades públicas la obligación de vigilar permanentemente la correcta ejecución de los contratos. Para ello, se determina las obligaciones de supervisión plasmadas en la entidad investigada, de donde en el tercer capítulo se tocará el caso particular que se hace alusión en este artículo. En la misma línea, consultado el Manual de Supervisión e Interventoría de una Empresa Social del Estado, del cual no señalaremos nombres en el presente artículo en aras de evitar señalamientos y prejuicios en contra de dicha IPS (Institución Prestadora de Servicios de Salud) objeto de estudio; se puede identificar que dichas obligaciones se concentran en principio en lograr la estandarización en la forma de supervisar, vigilar y controlar la ejecución de los contratos mediante el idóneo seguimiento legal, técnico, administrativo y financiero. Siendo entonces, la forma de asegurar el cabal cumplimiento de los objetos contractuales celebrados, de conformidad con lo establecido en el Estatuto Contractual de la entidad y en las demás normas aplicables.

Para llevar a un feliz término el objeto de la supervisión planteado en el Manual antes descrito, allí se identifica la necesidad de que el supervisor designado tenga además de un conocimiento amplio, experiencia en materias afines sobre el tema objeto contratado. La designación de la supervisión se realiza por el Gerente General dentro del clausulado del contrato y es comunicado por la Dirección Administrativa una vez se haya surtido el trámite precontractual y cumplidos los requisitos de suscripción y legalización del contrato. Además de que se haya indicado en la solicitud de contratación, el cargo de quién deberá designarse, previo análisis de cargas de trabajo.

CAPITULO II. Implicaciones de la supervisión contractual y responsabilidades.

Es necesario como primera medida, entender claramente el significado de contrato público y supervisión en contratación estatal en Colombia.

El contrato público, es un acuerdo de voluntades en que se generan obligaciones para las partes, en donde por lo menos una de las partes es el estado. Lo que, en principio general, se basa dicha relación en un ordenamiento jurídico especial que pone al particular en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración Pública. Situación ésta que se puede identificar, como una de las grandes diferencias con respecto a los contratos regidos por el derecho privado.

Es de anotar, que si bien es cierto las ESE son regidas por el derecho privado, conservan los principios de la contratación pública en el ejercicio de la consecución de proveedores que les apoyen la gestión y cumplimiento de su misión.

Ahora bien, continuando con la observancia de la gestión desde los principios de la contratación pública que rige este tipo de instituciones y el tema que nos ocupa, se señala que el concepto de supervisión estatal se entiende como un proceso mediante el cual se debe ejercer actividades de dirección, supervisión, seguimiento, y en general; la consecución satisfactoria del objeto contractual. Allí, se debe realizar un seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico sobre el cumplimiento de lo pactado por las partes. Actividad esta, que puede ser ejercida por la misma entidad contratante si no requiere conocimientos especializados bajo los principios de eficiencia, eficacia, legalidad, economía, responsabilidad, transparencia y control de afectación sobre el medio ambiente.

Sin embargo, es necesario indicar que en la tarea encomendada a la Administración Pública para que se garantice la vigilancia y control en la ejecución de los recursos públicos contratados; se pueden identificar falencias que ponen en riesgo su transparencia y cumplimiento.

Las diferentes problemáticas de la supervisión de la contratación pública en Colombia, se fundamentan entre otras, en los vacíos jurídicos que se evidencian en las normas. De ahí que se presta para que, en muchos casos, la designación por parte de servidores competentes a otros de menor rango, carezca de idoneidad, conocimiento y experiencia del designado que permita una buena supervisión del contrato. Debido a que la norma, no exige taxativamente que la designación cumpla con medidas que obliguen al supervisor a tener las capacidades y características propias de experiencia y conocimiento, que garantice ejercer el control para el cumplimiento eficaz del objeto contractual vigilado.

Ahora, para entender las implicaciones de la supervisión contractual y sus responsabilidades es necesario identificar su origen, de ahí que es importante resaltar las diferencias existentes entre la designación y la delegación en Colombia.

La primera, hace referencia a la acción de señalar a una persona para que ejerza un fin determinado. En materia de supervisión contractual estatal, significa que es la entrega de funciones determinadas a un servidor público como actividad inherente al desempeño de sus funciones sin necesidad de motivar la decisión, la cual no está asignada exclusivamente al ordenador del gasto.

La segunda, hace referencia a la transferencia de funciones a colaboradores o a otras autoridades con funciones afines o complementarias; se deberá realizar mediante acto administrativo y se recupera la competencia de la misma forma como fue entregada. Lo anterior, definido en la constitución Política de Colombia y desarrollada por la Ley 489 de 1998.

ARTICULO 9o. DELEGACION. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

PARAGRAFO. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos. [...]

Es así como se puede indicar que, la supervisión de un contrato estatal a realizar por un servidor público de la misma entidad cuando no se requieren conocimientos especializados, es determinada como una desconcentración de funciones y no como una delegación. La Corte Constitucional señaló en la Sentencia C 727 del 2000, lo siguiente:

En principio la doctrina administrativa ha admitido, como lo esgrime el actor, que la transferencia de funciones pertenecientes a los organismos administrativos se lleva a cabo mediante la figura de la desconcentración, que operaría dentro del seno de una sola persona jurídica de derecho público. También la jurisprudencia de esta Corporación se ha ubicado en la misma postura al admitir que si bien en la desconcentración “(l)a competencia se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía”[13], lo cual sugiere que se hace de superior a inferior dentro de una misma entidad, también ha señalado que esta regla no es rígida ni inflexible, pues al respecto indicó: (d)ebe recordarse, sin embargo que, en cierta medida, personas jurídicas pueden ser igualmente sujetos de desconcentración [...]

Contrario sensu, nótese como para delegar el ejercicio de funciones del titular a sus colaboradores, debe realizarse mediante acto administrativo motivado y sólo podrá recaer en empleados públicos de los niveles directivos y asesor vinculados al organismo correspondiente. Razón por la cual, una entrega de funciones de supervisión de contratos estatales no se realiza por medio de la delegación, pues siendo así, los funcionarios públicos que no cumplan los niveles antes descritos, carecerían de competencia para cumplir la función de vigilancia y control de contratos; además, iría en contra de las demás disposiciones legales, en especial la que indica que los funcionarios públicos tienen inherente a su cargo, funciones de supervisión de contratos cuando así se les encomiende.

En relación con lo que nos ocupa, es importante indicar que las supervisiones de los contratos estatales se designan y no se delegan, pues la naturaleza misma de las definiciones antes descritas y sus indicaciones normativas, permiten concretar el asunto. De ahí que, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, como

órgano creado por el Decreto 4170 de 2011, y que entre otras funciones tiene la de formulación de políticas, planes y programas buscando optimizar la oferta y demanda en el mercado de compra pública; señaló en el concepto Respuesta a Consulta #4201814000000950, que:

[...]en todo caso, el ordenador del gasto de la Entidad Estatal como responsable de la vigilancia y control de la ejecución del gasto y del contrato es quien debe designar al supervisor del mismo de forma escrita mediante comunicación o directamente en el contrato a supervisar. Cuando la designación del supervisor de un contrato se hizo en la minuta del mismo, el cambio del supervisor implica una modificación de la cláusula en la que está contenida la designación [...] (p.2).

De lo anterior se puede decir que, si bien es cierto la norma indica que la supervisión de contratos estatales es inherente a las funciones propias de los servidores públicos, no determina la posibilidad de renunciar o rechazar a la designación de dicha supervisión. Pues, la ya citada la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha sugerido que es necesario que el funcionario designado, pueda actuar al menos como par del contratista, contar vasta experiencia en la materia a encomendar, analizar sus cargas laborales y que tenga asignadas funciones relacionadas con el objeto contractual. Lo anterior; para garantizar que la tarea de supervisión no quede en manos de un funcionario que no pueda desempeñar su tarea de manera adecuada.

Para supervisar un contrato estatal, la comunicación de la designación siempre debe ser escrita y debe reposar en el expediente del contrato, dicha comunicación que también puede hacerse por medio de correo electrónico, debe reposar su copia en la dependencia encargada de conservar los expedientes. Es importante resaltar que, en caso de que la designación del supervisor se haga directamente en el contrato, ese documento debe ser notificado al funcionario designado. Cuando esto sucede, el cambio de supervisor siempre va implicar una modificación del contrato. En caso de no se haga una designación

de supervisar un contrato a un funcionario determinado, la responsabilidad de vigilar y controlar la ejecución del objeto contractual, recae sobre el ordenador del gasto.

Esta función supervisora, tiene como efectos en el ejercicio de su labor, la obligación imperiosa de asegurar el control y vigilancia sobre la ejecución contractual de los contratos vigilados. Para ello, debe ser encausado a identificar el cumplimiento de las obligaciones pactadas en los mismos y como consecuencia de ello, están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, impartir instrucciones al contratista y hacer recomendaciones encaminadas a lograr la correcta ejecución del objeto contratado. En ningún caso los supervisores en ejercicio de sus funciones, pueden sustituir a la Entidad Estatal en la toma de decisiones sobre el contrato vigilado, éstas deben ser tomadas por el representante legal de la Entidad Estatal y el contratista. Además de lo anterior, ningún supervisor tiene dentro de sus funciones y competencia, la modificación total o parcial del contrato vigilado.

Es importante reiterar que, el no cumplimiento adecuado de la función supervisora por parte del funcionario designado, trae consigo responsabilidades civiles, fiscales, penales y disciplinarias. Es allí, donde se encuentra las razones más imperiosas por las que en algunos casos, los ordenadores del gasto, utilizan la designación de supervisión como herramienta jurídica que les permite descargar esas responsabilidades antes descritas en alguno de sus colaboradores. Empero, siguen impartiendo órdenes en la ejecución del contrato, en algunos casos sin tener en cuenta el designado supervisor e irrespetando su posición legal, técnica y demás funciones. Es de anotar, que independiente de lo ya descrito, el designante continua con la obligación de vigilancia y control de la función entregada, so pena de las responsabilidades que en materia disciplinaria recaigan sobre él.

Resaltando lo anterior, adentrando más en cada una de esas responsabilidades y entender las razones por las que algunos ordenadores del gasto utilizan la designación para evadir las consecuencias legales, hay que indicar cada una de ellas.

La responsabilidad civil establecida en la Ley 80 de 1993, se materializa a través de la acción de repetición o el llamamiento en garantía. Aquella que debe ejercer la Entidad Estatal cuando la misma resulta condenada por daños generados por el incumplimiento contractual, a razón de la acción u omisión de la función de control y vigilancia sobre contrato estatal designado para su supervisión.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad fiscal que ostentan los supervisores designados, se hace alusión a aquella que puede ser imputable cuando en el ejercicio de su gestión fiscal o con ocasión a ésta, causen por acción u omisión de sus funciones en forma dolosa o culposa, un detrimento patrimonial al estado. Es allí en donde por medio de un proceso de responsabilidad fiscal, el estado busca que los supervisores que incurran en ello, respondan patrimonialmente y se busque la reparación del daño patrimonial sufridos por la gestión irregular del funcionario público designado como supervisor. Este tipo de responsabilidad se caracteriza por ser resarcitoria, de carácter patrimonial en contra del gestor fiscal responsable y personal, dado que responde el supervisor quien maneja y administra recursos públicos.

Otra responsabilidad que recae en el supervisor es la de carácter penal, aquella que se deriva de actuaciones que trasgreden sin justificación jurídica, los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal a favor de la administración pública. Los supervisores son considerados como particulares que ejercen funciones públicas, por ello, esta responsabilidad se configura cuando cualquiera de sus actuaciones se enmarca dentro de

una conducta tipificada como delitos en contra de la administración pública como lo son el peculado, concusión, cohecho, celebración indebida de contratos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y prevaricato.

No menos importante que las anteriores, existe la responsabilidad disciplinaria que recae en contra del funcionario público designado como supervisor de un contrato, y se configura al incurrir en alguna de las faltas estipuladas en el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002 y demás normas que lo modifican o complementan. Es entonces necesario indicar que, su configuración radica en la no exigibilidad de la calidad de los bienes y servicios contratados, se certifica como recibida una obra que no ha sido ejecutada a entera satisfacción y se omite el deber de informar a la Entidad Estatal contratante, los hechos que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que pueden poner en riesgo el cumplimiento del contrato, o también, no informar sobre el incumplimiento del objeto contractual vigilado. Además, también se responde disciplinariamente por el incumplimiento general de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de sus funciones, la violación al régimen de prohibiciones, inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses consagrados en la ley.

CAPITULO III. Caso de designación para la supervisión de un contrato estatal en una IPS pública.

Como ejercicio casuístico, en el presente capítulo se pretende indicar con un caso concreto, el uso de la designación de supervisión de un contrato estatal, como herramienta legal que pretendió ser utilizada por el ordenador del gasto de una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS), para eludir la responsabilidad que se genera con un presunto hecho cumplido, y descargar la misma en un subalterno elegido como supervisor.

Pero antes de ilustrar el caso, es necesario indicar que el hecho cumplido en materia de contratación estatal, se entiende como los negocios jurídicos ejecutados y que generan obligaciones que afecten recursos públicos. Lo anterior, sin que previamente se hayan cumplido el lleno de los requisitos de norma incluidas las apropiaciones presupuestales, lo que generaría responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal del servidor público responsable.

Ahora bien, para el caso a exponer, no se utilizarán nombres concretos; lo único que se pretende ejemplificar es cómo puede ser utilizada la designación como abuso de poder con interés evasor de responsabilidades por parte del designante.

Pues bien, entrando en materia sobre el caso a exponer, las gestiones de intervención de nuestros entes territoriales, en algunos casos deben ser contratadas con otras entidades del orden estatal que teniendo en cuenta su experiencia y capacidad, puedan apoyar el cumplimiento de unas metas a dichos entes territoriales. Para lo anterior, es utilizada la figura del contrato interadministrativo celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de tener relaciones interadministrativas, y de la cual se generan obligaciones para las partes con diversidad de intereses.

La entidad territorial con el fin de satisfacer una necesidad de servicio en materia social, decidió contratar con una IPS de carácter público por medio de un contrato interadministrativo, el acompañamiento psicosocial y restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes de su jurisdicción; quién contaba con experiencia, infraestructura física y recurso humano para ejecutarlo. Por ello, en la etapa de ejecución contractual, la IPS, previa identificación de la necesidad sobre proveedores necesarios a contratar para el cumplimiento del objeto del contrato interadministrativo, resolvió

contratar con un tercero para que prestara el servicio de transporte en las actividades relacionadas con dicho acompañamiento psicosocial y restablecimiento de derechos.

Es así como, teniendo en cuenta la necesidad del servicio y por falta de planeación sobre los tiempos para contratar y el momento en que se debía iniciar la prestación del servicio, el ordenador el gasto, desconociendo los principios de transparencia, legalidad, responsabilidad y planeación; decidió acordar con el contratista el inicio de la prestación del servicio sin la perfección del contrato, pasando por alto las responsabilidades a que hubiera lugar del posterior supervisor designado, sobre quién recaería la aprobación y pago del servicio.

De ahí se puede indicar una falta gravísima por cuanto se configura un hecho cumplido, puesto que al iniciar el servicio no existía contrato y registro presupuestal que lo respaldara; pues el ordenador del gasto abusando del poder y haciendo uso del concepto de arbitrariedad y extralimitación de funciones, ejerció presión sobre el supervisor para que se autorizara el pago del servicio prestado con anterioridad a la firma y perfeccionamiento del contrato de transporte, haciéndolo pasar como un servicio prestado dentro de las fechas de ejecución real.

Conclusión

De conformidad con los temas desarrollados en este artículo desde una apreciación constitucional y legal, se puede concluir que la designación utilizada como abuso de poder y/o extralimitación de las funciones por parte del ordenador del gasto, puede traer consigo consecuencias morales, éticas y legales para el servidor público designado como supervisor de un contrato estatal. Pues teniendo en cuenta lo antes señalado, en un caso de arbitrariedad por quién ejerce el poder en la ejecución de un contrato, enfrenta el servidor público

encargado de la vigilancia y control en la ejecución del objeto contractual, a las posibles consecuencias que trae consigo en materia penal, civil, disciplinario y fiscal si fuera hallado responsable según el caso; o a enfrentar a su superior jerárquico con las posibles consecuencias que ello puede generar, entre ellas, persecución y un ambiente laboral desfavorable. En todas las situaciones sin excepción, se sugiere la segunda, y se concluye que la designación de supervisión de contratos estatales, puede ser utilizada para eludir responsabilidades por parte de quién designa, sin desligarse de su ejecución y toma de decisiones en la ejecución del mismo. De ahí la importancia de que, como servidores públicos designados como supervisor, se está llamado solo a ser fiel al mandato legal y desconocer otros mandatos contrarios a la constitución y la ley, independientes de donde se generen.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Carrillo Triana, O. (2014). Función de supervisión de la contratación estatal, un análisis desde el principio de transparencia y la seguridad jurídica.

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2733/1/FUNCI%C3%92N%20DE%20LA%20CONTRATACI%C3%92N%20ESTATAL.pdf>

Ceballos, J. (2016). Concepto 97171 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=73759>

Colombia Compra Eficiente, Colombia. Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los Contrato del Estado.

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia

[para el ejercicio de las funciones de supervision e interventoria de los contratos del estado.pdf](#)

Colombia Compra Eficiente, Colombia. Síntesis. 1 etapa precontractual: Principios de la contratación estatal. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/1-etapa-precontractual-principios-de-la-contrataci%C3%B3n-estatal>.

Corte Constitucional, Colombia. (2000). Sentencia C 1161 de 2000.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1161-00.htm>

Corte Constitucional, Colombia. (2000). Sentencia C 727 de 2000.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-727-00.htm>

Corte Constitucional, Colombia. (2016). Constitución Política de 1991.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

Corte Constitucional, Colombia. (2017). Sentencia SU 631 de 2017.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU631-17.htm>

Departamento Administrativo de la Función Pública, Colombia. (2020). Concepto 041841 de 2020. <https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=114517>

Diario Oficial, Colombia. (2002). Ley 489 de 1998.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html

Diario Oficial, Colombia. (2002). Ley 734 de 2002.

https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_734_2002.pdf

Diario Oficial, Colombia. (2021). Ley 1474 de 2011.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Diario Oficial, Colombia. (2021). Ley 80 de 1993.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Muñoz Correa, M. Celis Niño, C. (2016). La supervisión en la contratación estatal.

https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4831/Supervisi%C3%B3n_contrataci%C3%B3n_estatal.pdf?sequence=1&isAllowed=y