

Análisis de la supervisión del contrato estatal: función de vigilancia y mecanismo anticorrupción*

Analysis of monitoring the state contract: the role
of surveillance and anti-corruption mechanism

Recibido: 29 de enero del 2013 - Revisado: 10 de abril del 2013 - Aceptado: 15 de mayo del 2013

Gabriel Jaime Mármol**

Resumen

Aunque pareciera de menor importancia el tema de la supervisión de los contratos suscritos por las entidades estatales, no puede ser tratada como un tema netamente formal porque es a partir de ella que se activan las prerrogativas de poder asignadas a la autoridad en consideración a que dicha figura es el eslabón que la conecta con el contratista durante la ejecución contractual; se parte de la hipótesis en virtud de la cual deben adoptarse oportunas medidas administrativas de carácter preventivo, correctivo, sancionatorio, e inclusive que permitan el actuar de organismos de control ante la ocurrencia de eventuales hechos que infrinjan disposiciones de tipo penal, disciplinario o fiscal.

Es por ello que el sujeto designado para desarrollarla debe tener mínimas calidades en el conocimiento de la actividad contratada por llanas que resulten las obligaciones a cumplir, y más aún cuando concurren actividades de mayor complejidad y de aspectos variados, para lo cual se deberán conformar equipos plurales de supervisores, o de apoyo a la misma. Por ello la no designación del supervisor no es una omisión sin repercusiones, ya que dicho rol estará siempre asignado en quien representa legalmente a la entidad o a quien éste haya delegado la competencia contractual, sin que pueda alegarse como eximente de responsabilidad su falta de idoneidad frente al asunto funcional en el que se desarrolla el objeto contractual. A lo anterior debe considerarse el nuevo aditamento que a ella se le atribuye como mecanismo de lucha contra la corrupción, muy a pesar que no es en la etapa contractual donde se ciernen los mayores actos que la infectan de nocivas prácticas atentatorias de la moralidad administrativa; de ahí que

* Artículo inédito. Artículo de reflexión. El presente producto de investigación hace parte del proyecto "Las cláusulas excepcionales en el contrato estatal para el logro de los fines del Estado conforme al principio de legalidad y de juricidad", que se desarrolló en la Maestría en Derecho Administrativo (Investigación) en la Universidad Externado de Colombia, adscrita a la línea de investigación en "Contratación estatal" del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo.

** Abogado de la Universidad Santo Tomás de Aquino, Bogotá D.C. Especialista en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico Negociales de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial y De Los Negocios de la Universidad Santo Tomás de Aquino. Magister (C) en Derecho Administrativo, modalidad investigación, de la Universidad Externado de Colombia (2011-2012).

Correo electrónico:
derroka@gmail.com

toman relevancia los diferentes aspectos que la componen, esto es, características que la identifican y que la diferencian de la interventoría, mas allá de su denominación; las funciones legales a cumplir, el sujeto designado y su idoneidad, etc.

Palabras clave

Contrato Estatal, ejecución contractual, fines del Estado, interventoría, supervisión, entidad contratante, prerrogativas públicas; dirección, control y vigilancia, moralidad administrativa, corrupción.

Abstract

Although it seems minor theme supervision of contracts by state agencies, can not be treated as a purely formally issue because it is from it that the prerogatives of power assigned to the authority consider are activated such figure is the link that connects it to the contractor during contract execution; is part of the hypothesis under which appropriate administrative measures preventive, corrective, punitive, character should be adopted and even allowing the act watchdogs upon the occurrence of any events that violate provisions of criminal, disciplinary or tax.

That is why the subject should be appointed to develop minimum quality in the knowledge of the activity resulting flat contracted obligations to meet , and even more when you attend activities more complex and varied aspects, for which teams should be formed plural of supervisors, or support for it. Therefore, the non-appointment of the supervisor is not an omission without repercussions, since this role will always be assigned who legally represents the entity or his or her delegate contractual competition, but may be invoked as a defense to liability not competent against the practical case in which the contractual object is developed. To this should be considered the new addition that she is credited as a mechanism to combat corruption , in spite that it is not in the contractual stage where the greatest acts that infect harmful practices that attempt hover administrative morality; become relevant hence the different aspects of it , that is, identifying characteristics which distinguish the auditing , beyond his name; meet legal duties, the designated subject and suitability, etc.

Key words

State contract, contract execution, end state, supervision, monitoring, contracting entity, public prerogatives; management, control and monitoring, administrative morality, corruption.

Introducción

La razón que justifica una permanente atención en el desenvolvimiento de las estipulaciones acordadas en los contratos suscritos por cualquier entidad u organismo de naturaleza pública en la ejecución de recursos públicos, es la exigencia milimétrica en el cumplimiento de las condiciones de tiempo, modo y lugar que se hayan establecido para el logro de los fines del Estado; esto por encontrarse inmerso en ellos-todos el interés general. De manera que cualquier bien, servicio u obra deberá ser

adquirido dentro de los parámetros de oportunidad y calidad planeados para solventar una necesidad específica en atención al bien común.

Es por ello que la facultad de dirección, vigilancia y control sobre los negocios jurídicos asumidos por las entidades públicas de cualquier orden, sector y nivel, se consignaban siempre en la norma de contratación estatal; así es como en el pasado con las disposiciones (Decreto 150, 1976) y (Decreto 222, 1983), se implementó que el medio operativo para esta vital función en la gestión pública

era la interventoría; que en otrora contenía también la funcionalidad diferencial que en la actualidad se le atribuye a la supervisión; pero no se erigía como un mecanismo ritualizado que derivaba en sometimientos y juicios respecto de la conducta del ejecutor, por más incidencia que tuviera en las prestaciones contratadas, ya que el interés no se focalizaba en esa problemática que para entonces aún no parecía evidenciarse. Por el contrario, en el presente, y respecto a la figura de la supervisión objeto de este artículo; es “creada” por la norma que instrumentaliza elementos jurídicos que pretenden combatir la corrupción que galopa al veloz compás de la ejecución anual del presupuesto de la Nación.

Sin embargo, no pareciera existir norma jurídica alguna que pudiera disuadir la mas vulgar y descarada intención de esquilmar el erario publico comprometido en los contratos que suscribe la autoridad estatal; aún cuando los recursos tengan como cause loable el abastecimiento de alimentos y medicinas a cualquier grupo de damnificados como consecuencia de despiadadas catástrofes naturales; o, aún cuando se pretenda la protección y el socorro de una población arrasada por tan cruento conflicto interno que vive nuestro País. Fines superiores como el de solidaridad (Hofmann, 2002)¹, el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, por más altruistas que sean, no

logran cohesionarnos y no son la impronta que identifican los resultados de nuestra contratación dentro del caudal de una gestión pública que debe estar “orienta[da] hacia la construcción de una cultura de la legalidad y del cuidado de los bienes comunes”, como lo indica el artículo 79 (Ley 1474, 2011).

Fue dentro de ese marco esperanzador como en su momento se ostentó el innovador marco jurídico contenido en la Ley por medio de la cual se expedía el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80, 1993) (en adelante ECE), cuya presentación fue realizada por el Presidente de la República Cesar Gaviria Trujillo en el acto de sanción de la misma al siguiente tenor:

“Le entregamos hoy al país un nuevo estatuto de contratación que pone el acento en los principios de una administración pública eficiente, responsable, justa y transparente. (...) Un estatuto que abrirá la puerta a una nueva generación de gerentes públicos que deben obrar en niveles cada vez mayores de compromiso y eficacia en el cumplimiento de objetivos de interés general. Un estatuto, en fin, que nos permitirá dar un renovado impulso al propósito de consolidar el inaplazable proceso de modernización y moralización de nuestras instituciones.” (Betancur Cuartas, 1996).

¹ El concepto de solidaridad describe, de una parte, la igualdad de ciertos intereses y la recíproca dependencia en su satisfacción, mientras de otra parte exige la acción normativa común en la superación del déficit producido por el aislamiento y las desigualdades sociales y reclama para esto disciplina.

Es así como tan laudables fines consagrados desde nuestra norma suprema en su artículo 2º (Gómez Sierra, 2006) e instrumentalizados por la Ley, son avasallados por la satisfacción de mezquinos intereses de un pequeño grupo de inescrupulosos funcionarios y contratistas², por considerar que su cuarto de hora para triunfar ha llegado con la elección del burgomaestre de turno. Inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de intereses, sanciones disciplinarias, condenas penales, juicios de responsabilidad fiscal y el sojuzgamiento al que se exponen en los medios de comunicación, quedan todas risibles en sus cometidos de exhibir tan reprobables conductas con el fin de moralizar y expiar el ejercicio de la función pública que se debe en su razón, condición y finalización a la defensa del interés público y del beneficio general.

De sumo cuestionable que esta minoría que nunca ha tenido distingo en su la-

teralidad ideológica, partido político, condición social o nivel económico³; considere que su mayor contribución a la sociedad es la red de favores que piensan multiplicadores en beneficio de todos... de quienes con calculados esfuerzos hilvanan el triunfo del pregonero y adalid de un supuesto futuro promisorio para el municipio, departamento o Nación; y quien de antemano ha comprometido e hipotecado el patrimonio público en parcelados peculios. Este reprochable proceder no logra espantarse ni aunque los diferentes sistemas normativos asuman los más tenebrosos rótulos en sus frontispicios, tales como, "Estatuto anticorrupción"⁴ o "Código Disciplinario Único", que dibujan en el imaginario colectivo las tenebrosas fauces... pero de una inofensiva autoridad que a pesar de emprender campañas⁵, juicios disciplinarios, fiscales, penales, entre otras medidas, no producen mayores efectos disuasorios⁶.

² La corrupción se presenta porque existe un mercado en el que se puede desarrollar. Existen agentes demandantes y oferentes de corrupción que obtienen ganancias por las transacciones de las que participan. Las políticas anticorrupción deben incorporar medidas orientadas a eliminar la oferta de corrupción por parte de los agentes públicos y la demanda privada. Presentación del Estatuto Anticorrupción - Ley 1474 de 2011, por parte del Ministro de Interior.

³ La Segunda encuesta sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas 2010, realizada por transparencia por Colombia y la Universidad Externado de Colombia, arroja que el 93% de los empresarios considera que hay empresarios que ofrecen sobornos en sus negocios, mientras que el 26% de ellos afirma tener programas e inversiones contra el soborno. Tomado de: http://www.transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=107&Itemid=536.

⁴ El Estatuto Anticorrupción contenido en la ley 1474 de 2011 incorporó una serie de regulaciones en otros sistemas normativos que inciden en las áreas más determinantes de la conducta que se quiere atacar, tales como: Estatuto General de Contratación Pública y su norma modificatoria -L. 80/93, L. 1150/07; Código Único Disciplinario -L. 734/02; Código Penal -L. 599/00; Código de Procedimiento Penal -L. 906/04; Estatuto de Control Interno de las Entidades Públicas -L. 87/93; Ley de Acción de Repetición -L. 678/01; el Régimen de la Administración Pública -L. 489/98; entre otras normas de rango legal.

⁵ Ley 1474/11. Estatuto anticorrupción. Artículo 80. Divulgación de campañas institucionales de prevención de la corrupción. Los proveedores de los Servicios de Radiodifusión Sonora de carácter público o comunitario deberán prestar apoyo gratuito (...) a la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República,

Lo anterior permite reconocer el esfuerzo que las autoridades emprenden mediante la adopción de medidas que desde la lectura del texto jurídico parecen contundentes, pero que en muchos casos sólo enriquecerán los análisis y diagnósticos que en el futuro se hagan para sustentar la expedición de originales medidas de prevención y castigo que no lograrán el mínimo nivel disuasorio⁷, pero sí el máximo nivel de frustración que nuevamente se gravarán en los pergaminos de nuestra rica biblioteca jurídica mientras se desvanecen los escasos recursos dirigidos a la solvencia de imperecederas necesidades.

En gran medida a ello se debe que to-

das estas micro empresas mercantiles de los recursos públicos no se vean afectadas por rigurosas y drásticas que sean las normas reglamentarias o sancionatorias, ya que con su inquietante dinámica logran permear los esquemas de responsabilidad, vigilancia y control que se precisan para blindar los procesos de selección adelantados por los servidores públicos, que en su deber competencial despliegan la búsqueda de quienes se predicen sus colaboradores naturales⁸ y el complemento en tan suprema responsabilidad por el directo impacto social y económico que generan⁹. Personas estas, huelga decir, se les reconoce como los encargados de *"busca[r] el cumplimiento de los fines esta-*

la Fiscalía General de la Nación, el Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción y otras entidades de la Rama Ejecutiva con un mínimo de 15 minutos diarios de emisión a cada entidad, para divulgar estrategias de lucha contra la corrupción y proteger y promover los derechos fundamentales de los Colombianos.

⁶ Gaceta del Congreso 291 de 2000, Exposición de motivos Ley 734 de 2002 Código disciplinario único, "Tal vez unas de las mayores deficiencias, y la que más críticas ha generado por sus graves consecuencias, está en el régimen de sanciones. El sistema vigente impide imponer sanciones acordes con la gravedad de las conductas debido a la enumeración escasa y taxativa de las faltas gravísimas, que son las únicas que dan lugar a destitución. De esta forma, conductas que afectan de manera verdaderamente grave el correcto funcionamiento de la administración pública no son castigadas o sólo pueden serlo de modo irrisorio, con sanciones que no corresponden a la gravedad de los hechos, como la represión para un homicidio o la multa en casos de existencia de intereses personales en la celebración de contratos estatales. Así, a más de generar impunidad, la gestión disciplinaria pierde eficacia y poder de disuasión para evitar la comisión de faltas.

⁷ En síntesis, el Estatuto Anticorrupción es una normativa integral. Incluye medidas novedosas producto del conocimiento sobre el fenómeno de la corrupción en Colombia, que sigue recomendaciones internacionales y que debe generar un nuevo clima para los negocios entre los particulares y la gestión pública.

Las herramientas jurídicas que se entregan a los órganos de control del Estado son disuasorias, dada su capacidad de impacto frente a los corruptos. Eliminar la corrupción, que es el propósito final de esta Ley, significa mayores recursos para atender las necesidades de los colombianos y tener una sociedad más próspera, pues se emplean de manera eficiente, se aumenta la cobertura y democratiza el acceso a los servicios del Estado.

⁸ Exposición de motivos (Ley 80, 1993), Gaceta del congreso 75 del 23 de septiembre de 1992. A nadie escapa que la acertada escogencia del particular que colaborará en el logro de los cometidos estatales vinculados a una determinada actividad de la administración, constituye un factor primordial cuya inobservancia puede comprometer virtualmente la eficaz ejecución del contrato y, por consiguiente, la satisfacción misma del interés público que ha debido tenerse presente al tiempo de su celebración.

⁹ (Ley 80, 1993) art. 3. (...) Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

tales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados"¹⁰ mediante la celebración y ejecución de los contratos.

De forma que mientras la conducta humana logra ceñirse a los parámetros morales y éticos que demanda una sociedad evolucionada, esto es, movida por la íntima convicción y el deber social de retribuir como individuo parte de sus beneficios al colectivo de quien los ha recibido, siempre será necesario un modelo de gestión contractual basado en el concepto panóptico-policivo que disuada a cada individuo a proceder enmarcado en los cánones mencionados. De manera que por exigentes que resulten los requisitos para participar en los procesos de selección y severas las medidas sancionatorias de conductas en las que incurran los contratistas, se requerirá cada vez con mayor poder el rol de vigilante; pero de él debe resaltarse la única verdadera virtud que lo hará admirable, su implacable autoridad e inquebrantable honestidad.

La función que antes se encontraba vinculada a una figura diferente, es ahora cumplida mediante una estampa legal con identidad propia, por lo menos así se recibió, aunque no sea del todo cierto por estar de antes nominada desde la norma del año 1993; eso sí, con total indefinición y sin propósito claro en la medida que no aparece ligada con alguna singularidad ajena a la de la inter-

ventoría, también contenida en la misma tipología. Es por ello que al interior de las entidades y organismos públicos se presentaban ciertos escollos al momento de decidir quienes podían ser designados, la formalidad para hacerlo, para que tipos de contratos, el límite de sus competencias y la forma de ejercerlas; para lo cual vale la pena entender su génesis, naturaleza jurídica y su desarrollo normativo.

Problema de investigación

De lo anterior se generan interrogantes que a lo largo del artículo serán contemplados, en consideración al hecho que solo hasta la expedición del estatuto anticorrupción se llenó de contenido las figuras de la Interventoría y la supervisión, y por ello surgen algunos interrogantes que en el pasado generaron imprecisiones en el ejercicio de estas figuras, y aun hoy algunos de ellos siguen surtiendo el mismo efecto, tales como, ¿podían los contratos suscritos por la administración prescindir de vigilancia, dirección y control en la medida que no aparecía determinada en la norma contractual del 93 una figura diferente a la interventoría que parecía solo concebida para los contratos de obra producto de licitación? Dado por cierto este planteamiento, ¿Era viable hacer uso de la interventoría bajo cualquier otra denominación para el seguimiento de la ejecución de cualquier otra tipología contractual? ¿Como en la norma del 93 no se detallan funciones, al-

¹⁰ *Ibidem.*

cance y contenido para el seguimiento de la ejecución contractual, de donde se podía entender su fundamento jurídico y sus límites? ¿En realidad la figura de la supervisión solo es creada por la norma anticorrupción?

Metodología

La presente investigación se desarrollo con fundamento en un diseño de investigación cualitativo, propio de un tipo descriptivo, explicativo y correlacional, realizado a través del método lógico inductivo (Clavijo Cáceres, 2013) que emplea como instrumento de investigación la ficha de análisis documental y jurisprudencial y como técnica el análisis de contenidos.

1. La necesidad y la obligación de vigilar la ejecución contractual - derecho y deber

Si no perdemos de vista que muy a diferencia de lo que ocurre con las compras realizadas por los particulares, así sean en cualquiera de sus variadas y naturales congregaciones privadas como ser humano social que es (familiares, empresariales, religiosas, culturales, políticas, etc.) entendemos que su actuar primario parte de su naturaleza individual, de manera que sus impulsos no propiamente van movidos por una necesidad colectiva, sino que en mayor o menor grado son los deseos caprichosos, vanidosos y suntuosos que cada individuo según su estilo e ingresos de vida tenga los que le ciñen su actuar; siendo así se ubica en el extremo opuesto de las mo-

tivaciones que justifican la adquisición de una obra, bien o servicio en cabeza de cualquier entidad u organismo de carácter público, toda vez que para ésta deberá siempre estar encuadrada por los mandatos constitucionales y legales concebidos como de interés público o beneficio general. En este sentido ha sido reiterada la posición adoptada por la Corte Constitucional cuando ha señalado que:

“12. La simple descripción, entonces, de la contratación pública muestra que está directamente asociada al cumplimiento del interés general, lo cual, incluso, sirvió de fundamento a la dogmática del contrato público para concluir que este tipo de contratación es distinta y autónoma respecto de los acuerdos y obligaciones comunes entre particulares. Así, la construcción de la teoría jurídica ius publicista para el contrato suscrito por el Estado y su necesaria autonomía respecto del acuerdo celebrado entre particulares, parte de la diferencia entre los objetivos propios de los contratos público y privado. Mientras en el contrato público el fin principal y primordial es la defensa del interés general, en el segundo, cuya relevancia es individual, los fines son esencialmente lucrativos y la concreción de los intereses particulares de los contratantes.” (Sentencia de Constitucionalidad 932, 2007).

La contratación estatal puede ser asimilada a un circuito retroalimentador que emite una señal de entrada que estimula

al destinatario con la inyección de atractivas porciones de recursos públicos, y una señal de salida que responde al estímulo, generando una actividad favorable y recíproca que podemos relacionar con adquisiciones para sus propósitos. Es de resaltar que las adquisiciones que se realizan con los recursos públicos no se requieren per se; los libros, computadores, medicamentos, armas, etc., no son necesarios por lo que cada uno de esos elementos significan en una sociedad por la simple utilidad que prestan, sino además por el beneficio que en determinado momento significan para un grupo de asociados y porque dichos acervos se vinculen con una función legal encomendada a la administración. Como ilustración se exponen cuestionamientos que evidencian lo dicho, ¿cuál es la utilidad para el ejército que sus municiones lleguen posterior al ataque guerrillero?, en esa misma cadena de acontecimientos, ¿cuál sería la utilidad para un médico que atiende a un militar herido en combate si no tiene disponible vendaje, antibiótico, instrumentos quirúrgicos, porque el proveedor no los entregó a pesar del requerimiento hecho con antelación?, ¿cuál es la utilidad de una flamante vajilla para una entidad pública?¹¹.

Indefectiblemente cualquier obtención material o inmaterial que se sufrague

con recursos públicos debe tener sustento en la insuficiencia o carencia de unos haberes necesarios para satisfacer, aunque no necesariamente de forma absoluta, a una comunidad o grupo en su convivencia y supervivencia. Debe mencionarse que incluso este parámetro también corresponde a las adquisiciones que por vía de donativos se reciban de otros Estados, organismos multilaterales, o personas particulares, ya que la justificación de todo gasto indirecto que de estos activos se derive, tales como, legalizaciones, mantenimientos, bodegajes, transportes, deben encuadrarse en los mismo criterios que justifican su adquisición directa. Con lo anterior, se quiere poner de relieve la trascendental importancia que tiene la contratación que realiza la autoridad pública cuando se evidencia de su calidad y oportunidad la estrecha relación con la necesidad a cubrir; en ello se debe centrar la atención de quien hace seguimiento de la ejecución contractual, ya que cualquier beneficio perseguido con la inversión realizada se malogra si la entrega por parte del contratista no es oportuna y con las calidades exigidas; esto a propósito de las prácticas recurrentes en las entidades públicas de conceder prórrogas que superan hasta tres y mas veces el plazo inicialmente pactado; que si bien no hay limitante legal que así lo impida, se debe entender que el plazo

¹¹ Dentro de los muchos casos en donde se ha cuestionado la compra de bienes y servicios adquiridos por funcionarios públicos cuyo valor no encuentra relación con la necesidad a cubrir, puede ponerse de presente el ocurrido en el 2003 en la EPM: Periódico El Colombiano, Medellín, Julio de 2004. "El problema comenzó a finales de 2003, cuando el senador antioqueño Bernardo Alejandro Guerra Hoyos denunció en los medios de comunicación que por orden de la gerente general se compró el 16 de julio de 2003 una vajilla de 100 millones de pesos." En este caso fue absuelta la Gerente de las Empresas Públicas de Medellín por considerar la Fiscalía que dicha compra se realizó conforme lo determinado en la ley.

sólo obedece a las circunstancias que configuran la necesidad.

Si bien el plazo no parece determinado en el texto legal como elemento de la esencia del contrato estatal (Sentencia Nulidad Electoral, 2005)¹², es claro que por las repercusiones que produce en tanto las motivaciones que lo justifican, será de cardinal vigilancia y exigencia la entrega de lo contratado oportunamente, no por menos se contempla como un derecho y deber de la entidad conforme al artículo 4º, numeral 1 (Ley 80, 1993). Y es precisamente de ese catálogo de acciones para el cumplimiento de los fines de la contratación en la norma consignados de donde se deriva la imprescindible labor del supervisor, que en principio recae de forma genérica en cabeza de la persona jurídica que celebra el negocio por medio de su representante legal, éste en virtud de su competencia, no obstante, su sola competencia no es suficiente para desempeñar la labor de vigilancia del contrato por ser necesario que en el sujeto que realiza dicha acción concorra la cualidad de idóneo, esto es, que tenga el conocimiento y la experiencia, lo cual permite entender que es de las pocas funciones asignadas a un determinado servidor público diseñada

para ser cumplida por intermedio de otro, en consideración a su idoneidad y transitoria ejecutoria.

Independiente de la denominación que se de a la figura o el vínculo que con la entidad tenga a quien se designe para que haga seguimiento a los contratos celebrados (interventoría o supervisión; funcionario público o contratista), todas las tareas a ella encomendadas deben ser ensambladas desde la estructura base contenida en el artículo 4º de la Ley 80 de 1993, ya que a partir de estas se deberán detallar cada una en concordancia con la técnica contenida para cada negocio contractual objeto de atención, mediante el manual de contratación y acabadas en el contrato suscrito para el efecto del apoyo a la supervisión, si es del caso.

Las actividades asignadas al supervisor en el manual o en el eventual contrato suscrito se derivan de las potestades propias de las entidades que son entregadas por el legislador para ser accionadas por quienes dentro de la entidad tengan calidades cognitivas relacionadas con el singular tema que se involucra en el contrato, esto sin descuidar la solvencia moral que debe predicarse de

¹² Señala el Consejo de Estado: "Por otra parte, la prórroga del plazo de los contratos tiene el sustento jurídico de que el plazo no constituye un elemento de la esencia de los contratos a que alude el artículo 1501 del Código Civil y, por tanto, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues no es una de '... aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente'. Tampoco es un elemento de la naturaleza del contrato, esto es el que no siendo esencial en él, se entiende pertenecerle sin la necesidad de una cláusula especial, dado que si no se pacta, no existe norma legal que lo establezca. El plazo es, por tanto, un elemento accidental del contrato en razón a que, en los términos del mismo artículo, ni esencial ni naturalmente le pertenece a éste, y se le agrega por medio de cláusulas especiales, es decir que no es necesario para la formación del acto ni se sobreentiende como integrante de él. De consiguiente, no siendo el plazo un elemento de la esencia del contrato sino meramente accidental, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues éstas lo establecen en el respectivo contrato."

quien será el depositario de la moralidad administrativa, según BENDECK OLIVELLA, Jorge, citado por (Betancur Cuartas, 1996) "habida cuenta que en las actuaciones contractuales en las que intervienen consultores, interventores o asesores externos, el cabal cumplimiento de la finalidad y de los objetivos perseguidos, dependen en buena medida de la recta y diligente conducta de dichas personas," y de los cuales se debe su designación a características no dadas por el vínculo laboral, ni por el nivel jerárquico que dentro de la institución ocupan; son el eslabón que une la cadena de control entre la entidad y el particular ejecutor; una instancia que busca contrarrestar las nocivas decisiones del contratista, aportando su experticia y conocimiento a la orientación de la ejecución contractual cuando advierta una desviación de la senda por la que debe discurrir. Por ello sus funciones, responsabilidades y calidades, son vitales para blindar el éxito del contrato.

Desde la entrada en vigor del Estatuto de la contratación pública era evidente la importancia de otorgar a las entidades contratantes medios de acción que le permitieran vigilar, controlar y dirigir la ejecución del objeto contractual (Marienhoff), lo que en ideas de Marienhoff se expone en el sentido que "[e]n toda esta categoría de contratos, las cláusulas exorbitantes virtuales constituyen expresiones de potestades o prerrogativas que le corresponde a la administración pública en su carácter de órgano esencial del Estado, en cuanto ella ejercita su capacidad para actuar en el

campo del derecho público. Entre tales cláusulas implícitas o virtuales corresponde mencionar las siguientes: (...) e) la que faculta a la Administración pública a dirigir y controlar, en forma constante o acentuada, el cumplimiento o ejecución del contrato." Encuentra esta visión doctrinaria clara concreción en nuestra legislación, toda vez que las disposiciones de control sobre el contrato estatal se incorporan a él sin que las partes puedan interferir con su voluntad a fin de limitarlas, condicionarlas o restringirlas por escapar del diámetro de disposición legal a ellas concedido, y sustentarse en normas de derecho público que hacen de estas un acatamiento imperioso e innegociables.

Se observa así una estrategia legislativa ya que estas aparecen marcadamente relacionadas como deberes ineludibles que a su vez se condensan en derechos de su titular, habida cuenta de la trascendencia de sus logros en pro de máximas que la vinculan, lo que debe entenderse que para cada negocio jurídico celebrado no solo corresponden un seguimiento de su ejecución, sino que esta función deberá tener correspondencia con la especialidad y/o particularidad técnica estructurada en cada uno, llevando al contratante a contar con el personal idóneo necesario para realizar el seguimiento a cada una de las labores contratadas.

Esta disponibilidad del personal a la que se alude, se debe entender y extender desde antes de la suscripción del contrato, no en su calidad de supervi-

sor y mucho menos de interventor, sino en la de estructurador de las condiciones técnicas, financieras y legales que conforman las columnas del andamiaje de cada negocio; debiendo aparecer el agente público en todas las instancias o etapas, sea en la de selección, ejecución o liquidación; en particular para el tema de análisis y dado que la función de vigilar la ejecución del contrato en nada se debe ver influenciada por el rótulo que se le asigne al sujeto que la ejecute; ésta se debe cumplir para los propósitos superiores que la soportan sin rangos de salvedades derivados de la denominación que se les de en una figura o del vínculo que las une.

2. De la interventoría a la supervisión - desarrollo y evolución

“La primacía del interés general afirmada en la Constitución desde el preámbulo y el artículo 1 superior se constituye en el eje de toda actuación estatal (...), [e]n materia contractual dicho interés determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas” (Sentencia de Constitucionalidad 128, 2003), no por menos el legislador otorga a la autoridad puntuales facultades

de acción y coacción unilaterales que la ubican en una cota diferenciada en su relación comercial con el privado. Esta relación simbiótica entre el sector privado y el público no deja de ser en cierto modo difusa, porque si bien desde la norma se diseña un vínculo de cooperación que en cuya movilidad fluyen derechos y deberes recíprocos y se predica equilibrio e igualdad en las cargas dentro del armonioso cauce de colaboración; también se crean esquemas de sometimientos, controles, y sanciones unilaterales (contratos de adhesión, supervisión o interventoría, cláusulas excepcionales, multas, cláusulas penales¹³, etc). (Concepto 1748, 2006).

Para evitar el desvío hacia intenciones cínicas que mengüen el propósito superior, hay que mencionar que uno de los más recientes y encomiosos esfuerzos del legislador por crear métodos eficaces que contrarresten las sofisticadas estrategias de defraudación¹⁴ de la “esperanza en la institucionalidad” que le asiste a todo individuo por ver realizado ideales a cargo del Estado mediante acertadas ejecuciones contractuales, es la tipificación de la vigilancia directa de los contratos por parte de las entidades públicas en la figura de la supervisión,

¹³ Señala el Consejo de Estado: “La validez de éstas estipulaciones se fundamenta en los principios de la autonomía de la voluntad y de la buena fe contractual, pues si bien los contratos estatales son por lo general de adhesión, los contratistas tienen la posibilidad de discutir su clausulado durante la etapa precontractual, solicitando las modificaciones al mismo en las oportunidades previstas al efecto, de manera que no pueden luego alegar la nulidad o la ineficacia de las estipulaciones penales para eludir el pago de las sanciones que voluntariamente convinieron.

¹⁴ La corrupción se presenta porque existe un mercado en el que se puede desarrollar. Existen agentes demandantes y oferentes de corrupción que obtienen ganancias por las transacciones de las que participan. Las políticas anticorrupción deben incorporar medidas orientadas a eliminar la oferta de corrupción por parte de los agentes públicos y la demanda privada. Exposición de motivos (Ley 1474, 2011).

marcando diferencias con el negocio jurídico contenido en el artículo 32 numeral 2 incisos 2º - y 3º de la Ley 80/93, que determina la interventoría, en otra usada indistintamente por los contratantes con sus propios funcionarios o personas externas -jurídicas o naturales- para la vigilancia que debía ejercer respecto de sus contratos. Esto dicho desde la visión más detallada y especificada en el estatuto anticorrupción que entra a delimitar la supervisión y la interventoría de los contratos, lo que no era evidente en el ECE.

En los antecedentes normativos recientes encontramos que la denominación inicial dada a la manera como la entidad contratante realizaba seguimiento a sus contratos era la interventoría, así fue como desde el (Decreto 150, 1976)¹⁵ se concebía, eso sí, de forma más restrictiva, ya que era considerada una especie del contrato de obra, la norma la describía así:

"ARTICULO 68. DEL OBJETO DE LOS CONTRATOS DE

OBRA. Según su objeto, los contratos de obras públicas pueden clasificarse en tres grupos:

1o.) Para ejecución de estudios, planos, anteproyectos, proyectos, localización de obras, asesoría, coordinación o dirección técnica y programación;

2o.) Para construcción, montaje e instalación, mejoras, adiciones, conservación y restauración;

3o.) Para el ejercicio de la interventoría." (subraya fuera de texto).

La figura era coherente desde la dinámica de la economía de entonces, en el entendido que era el contrato de obra una actividad de inversión social con considerables inyecciones presupuestales, según BENDECK OLIVELLA, Jorge, citado por (Betancur Cuartas, 1996) "[n]o cabe duda, de que un alto porcentaje del gasto público de inversión se efectúa mediante el instrumento de la contratación, tal como se infiere claramente del análisis efectuado por la Contraloría

¹⁵ Es certero considerar que estos medios de vigilancia y control de los contratos se justifican desde la importancia que representan para el logro de los fines del estado contenidos en cada uno de ellos, lo que en la norma actual se evidencia y concuerda con la carta fundamental vigente. Pero siendo esta inicial norma referida (D. 150 del 76) preconstitucional, no aparecen tan evidentes estos vínculos, sin embargo, la filosofía de nuestro Estado ha sido fundamentada en el interés general y toda su operación se dirige a su consolidación. Incluso apartes de la Constitución pasada así lo develan, entre otras, tenemos: Art. 16. Las autoridades de la República están instituidas para (...) asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Art 17. El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado. Art. 30. (...)La propiedad es una función social que implica obligaciones. Art. 32. Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral. Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular.

General de la República sobre el valor total de la contratación de obra pública a marzo de 1989, factor éste significativo en ese sentido si se tiene en cuenta que dicha modalidad de contratación representa un elevado porcentaje de la contratación total del Estado, a pesar de que el aludido estudio se circunscribe a la administración central." Y debido a eso adquiriría mayor preponderancia la interventoría a los mismos, por eso era que sobre él gravitaban las mayores regulaciones al punto de llegar la norma a extremos de disciplinar aspectos como las formas de pago, responsabilidades, la escogencia de los trabajadores, su remuneración, etc.

Debe recordarse que para entonces el objetivo nuclear solo era la observancia del cabal desempeño de las obligaciones contractuales en una sola figura vigilante. Aquel precepto contractual imponían; (I) realizarla sólo en los contratos de obra, (II) cumplirla con funcionarios -artículo 96 (Decreto 150, 1976)- o personas particulares - naturales o jurídicas, (II-a) estas personas debían ser especializadas con experiencia, (II-b) registradas, calificadas y clasificadas como interventores; y, (III) fijar para cada supervisión funciones acorde al contrato a vigilar. Esta última característica es una facultad de confección de las funciones concedida al operador administrativo, en reconocimiento del disímil contenido técnico, financiero y legal sobre el cual pueden estructurarse los diversos actos jurídicos asumidos por la entidad. Y la única prohibición contemplada fue evitar contratar como interventor a

quien era el autor del proyecto o diseño de la obra. El modelo de selección a seguirse era el concurso de méritos, y si la cuantía era inferior a \$500.000.00, o el Consejo de Ministro lo consideraba conveniente, podía contratarse directamente.

Más adelante y en la búsqueda de una regulación eficiente "se pasa al Decreto 222 de 1983, que trata de ser un estatuto moderno de contratación, con importantes innovaciones normativas, pero que desde su expedición fue duramente cuestionado" (Palacio Hincapié, 2003), debido a "que como es sabido se caracterizaba por su desconfianza hacia los sujetos involucrados en la actividad contractual y por el excesivo formalismo con el que se pretendió superar esta situación" (Mutis Vanegas & Quintero Munera, 2000); y aparece allí la primera variación respecto a su esencia, cuando se considera en el inciso 2º del artículo 115 que "son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría ..." (Decreto 222, 1983). Lo anterior indica que la interventoría siempre ha estado subsumida dentro de una tipología contractual genérica, antes aparecía como obra, y desde la norma inmediatamente anterior a la actualmente vigente, se encuentra dentro de la consultoría.

La única razón que puede analizarse para entender dicho tratamiento frente a esta tipología, dijérase un poco indiferente, es que su resultado no se concreta como un activo durable y permanente en el tiempo a favor de la entidad para

uso directo de ésta, por lo inasible que resulta luego de finalizada la obra que sí se evidencia materialmente por su uso, utilidad y beneficio.

Bajo ésta normativa (Decreto 222, 1983) no sufrió mayores cambios de fondo la figura -interventoría- excepto la ya mencionada; con esto se dejó un vacío que tal vez en su momento no significó mayores traumatismos pero que en la actualidad, y a medida que las condiciones de mercado, económicas y las mismas necesidades sociales fueron evolucionando se comenzó a evidenciar, ya que se incrementaba la demanda de bienes y servicios de conformación compleja, y su seguimiento era ineludible. Por eso una elemental compraventa de máquinas de escribir para la realización de los formales trámites administrativos, judiciales o legislativos que se agotaba con la simple entrega del bien y pago por un valor equivalente, mutaron a la adquisición de equipos de cómputo cuyas obligaciones implicaba describir servicios (de instalación y configuración), garantías (técnicas y legales), licenciamiento (software), transporte (equipos), mantenimiento (preventivos y correctivos), suministro (repuestos); y aún así no deja de ser una compraventa, ya no tan elemental y básica, lo que hacía imperioso y necesario una vigilancia constante durante toda su ejecución e incluso más allá de ésta. Esta misma complejidad se reflejó en todos los demás contratos, fueran de tracto sucesivo o de ejecución instantánea y la misma prerrogativa había que ejercer frente a todos.

Con el ECE (Ley 80, 1993), se percibió que no se colmó el espacio que para entonces sí requería especial trato dado el contexto social, económico y político que envolvía una realidad con marcados visos de liberación de mercados e interdependencia de economías; lo que con el transcurso del tiempo se fue acentuando por la voracidad del mercado y lo apremiante de las necesidades en un mundo globalizado en donde la producción y prestación de los bienes y servicios son ofertados tanto en mercados formalizados como informales.

Por ello la interventoría se consolidó y se conservó como venía concebida en el anterior cuerpo normativo, esto es, dentro de la tipología contractual de consultoría; pero se entendió que solo era obligatoria para los contratos de obra pública. En estricto sentido lo descrito en la norma no fija una restricción que impidiera usar la figura en otros contratos, ya que la condición allí sobresaltada que dirigía a cumplir la función con persona independiente de la entidad cuando el contrato fuera producto de una licitación pública solo respondía a una situación de especial regulación, mas no de limitada aplicación en atención a la categoría de prerrogativa de poder que por medio de ella se debe ejercer sobre todos los negocios públicos. Esto se desprende de entender que la mencionada figura procede también para todos los demás contratos, incluso para los contratos de obra que fueran producto de otros modelos de selección, porque sobre la forma debía imponerse el fondo, bajo el entendido, se insiste, que res-

ponde al cumplimiento de los derechos y deberes asignados por el legislador, sin margen alguno de discrecionalidad.

Esto último se extrae de detalladas obligaciones asignadas como derechos y deberes a las entidades estatales para la consecución de sus fines supremos, y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos; ya que sin categorizar tipologías, modalidades, procesos, cuantías o algún otro elemento de forma, el legislador atribuyó a las contratantes “[a]delantar[án] revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad”, conforme al numeral 4º del artículo 4 (Ley 80, 1993); de lo que debe entenderse con claridad que es a todas las condiciones comerciales, técnicas, económicas y legales contenidas en todo negocio jurídico que recae la permanente atención del vigilante, porque deben “[e]xigir[án] que la calidad de los bienes y servicios adquiridos (...) se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas, numeral 5º (Ley 80, 1993), sin que haya margen de exclusión u omisión sobre algún negocio en particular.

Por otro lado, y para quienes con certe-

za entendían que las obligaciones contenidas en el artículo 4º del ECE les eran aplicadas a todo contrato pero que de la norma no se desvelaba con claridad la figura a usarse, esto es, la interventoría o la supervisión; y esta última además por no aparecer tan expuesta dentro del contenido normativo; se tenía que la polémica podía ser resuelta ágilmente mediante una interpretación sistemática de la norma, que permite extraer elementos suficientes para concatenarse unos con otros y propiciar una respuesta sustentada y contundente.

Lo primero es que dentro del tipo contractual de consultoría del ECE aparecen contenidas tanto la supervisión cuando se lee que “*Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a (...) las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión*”¹⁶, como la interventoría cuando a renglón seguido se señaló que “*Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, (...)*”, artículo 32, numeral 2º (Ley 80, 1993). Claro, de relieve está y salta a la vista que ninguna de las dos fue definida por el legislador indicando los elementos esenciales y diferenciadores de cada una de ellas que las hiciera funcionales para casos específicos. Para dicho propósito es necesario entenderlas en primera fase según la acepción natural¹⁷, y para ello debe acudirse a la definición dada por el organismo rec-

¹⁶ El texto transcrito viene en su mayoría como la norma anterior (Decreto 222, 1983), que consagraba la consultoría, sin embargo, las actividades subrayadas son agregadas por la norma actual de contratación estatal (Ley 80, 1993).

¹⁷ Código Civil Colombiano, Artículo 28. SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

tor del idioma castellano a cada una de ellas.

Como la palabra Interventoría determina una acción, el diccionario de la Real Academia de la lengua nos define el sujeto que la realiza: Interventor,ra. (Del lat. *interventor*, -ōris). 1. adj. Que interviene. Capacidad interventora. 2. m. y f. Persona que autoriza y fiscaliza ciertas operaciones para asegurar su corrección; a lo anterior podemos adicionar a la definición un elemento particular inserto en la norma que condiciona su ejercicio, y es el concerniente a que “Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente.”; esto es, que el nivel de acción del interventor se define sobre dos particularidades; la primera, parte de entender que por ser necesariamente una consultoría ésta demanda un especial conocimiento de la materia objeto de intervenir, y de esto mencionado se deriva la segunda, que es el poder de impartir ordenes interviniendo en la actividad en ejecución, por lo cual se le impuso como obligación “entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”, conforme lo dispone el artículo 32, numeral 2º (Ley 80, 1993).

Ahora, el mismo método habrá de seguirse y poner de presente el significado de la palabra Supervisar: 1. tr. Ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros; así, pareciera no evidenciarse elemento singular a ella atribuido, pero este significado dado en el diccionario y conjugado con ciertos elementos mimetizados en la norma, nos dirige a una interpretación que permite diferenciarla para su aplicación práctica frente a la interventoría, ya que para esta última le está dado su directa intervención respecto de la técnica desarrollada por el contratista, de allí que como requisito legal sus órdenes o sugerencias deben quedar escritas¹⁸; esto en nuestro criterio es diferencial y por ello la figura es impuesta para los contratos de obra producto de licitaciones, además por traer de antaño el lastre de ser el tipo contractual más importante de los usualmente celebrados y porque sin duda será la manera en que deba vigilarse la ejecución de los contratos que demanden mayor exigencia técnica. Esto lo denotaba el profesor Villar Palasí; “Hemos visto cómo, históricamente, la figura del contrato administrativo se construye jurisdiccionalmente alrededor del concepto obra pública-servicio público como objeto del contrato. Posteriormente, la jurisprudencia fue am-

¹⁸ El interventor en desarrollo de su labor de seguimiento y vigilancia técnica y administrativa, cumple funciones de intervenir o tener injerencia directa en la ejecución de las obras de construcción, esta intervención se presenta de diferentes maneras, entre ellas las siguientes: 1) Suspender la ejecución de una actividad de obra, debido a su deficiente calidad, bien sea por el empleo de materiales que no cumplen los requerimientos de calidad, o por deficiencias en la mano de obra utilizada; 2) Ordenar la corrección en la ejecución de alguna actividad de la construcción, por fallas en el cumplimiento de los diseños que rigen para la obra; por ejemplo localización, dimensiones, texturas, colores; 3) Ordenar la demolición de obras que no cumplan con los requerimientos de especificaciones de diseño para el proyecto; 4) Ordenar el retiro del personal de obra que no cumpla con los requerimientos en seguridad social aplicables según normatividad vigente; 5) No autorizar la ejecución de una actividad de obra debido a la falta de diseños y/o especificaciones de construcción.

pliando la calificación de contrato administrativo a todos aquellos que tienden de una manera directa e inmediata a la satisfacción de una necesidad pública.” (Villar Palasi, 1969).

Cierto es que por estar arropadas las dos figuras dentro del genérico contrato de consultoría, debían las dos -interventoría y supervisión- contratarse mediante el mismo modelo de selección determinado, lo que se clarificó mediante la Ley 1150 de 2007 que señalaba en su artículo 2º num. 3º que el concurso de méritos correspondía a la modalidad prevista para la selección de consultores. Esta modalidad no hacía funcional la contratación de supervisores para la vigilancia de los contratos de menor impacto y complejidad ya que su sola elegibilidad resultaba mas onerosa desde el punto de vista administrativo y operativo. Esta situación fue zanjada con el decreto reglamentario que creaba el proceso de selección de menor cuantía y diseñaba así un proceso mas expedito para dicho propósitos, esto es, que todo contrato menor al 10% de la menor cuantía fuera contratado mediante la modalidad de mínima cuantía, para lo cual se expidieron sucesivas normas reglamentarias que así lo determinaban (Dec. 066 de 2008 art. 46; Dec. 2474 de 2008 art. 46. Dec. 2025 de 2009 Art. 3, modificado por el Dec. 3576 de 2009, Dec. 2516 de 2011); no fue muy técnica esta manera de proceder, lo que condujo a que fueran atacadas ante la jurisdicción estas disposiciones por no tener la capacidad crear una modalidad de selección que no se encontraba contemplada en la ley.

Esto fue corregido con la expedición de la ley 1474 de 2001 cuando ya se entra a regular lo concerniente a la supervisión y crea la modalidad de selección de mínima cuantía, que ya no era necesaria para la selección de aquello toda vez que la misma norma habilitó la contratación directa para contratar los profesionales necesarios para apoyar a la supervisión, permitiendo con esto mayor agilidad para solventar su necesidad.

3. Características de la supervisión - elementos que la identifican

El Estatuto Anticorrupción es la norma que se ocupa de regular la figura de la supervisión, y con ello conforma un panorama más completo en cuanto a las características que le confieren identidad propia y alejada de la distorsión que se suscitaba por estar catalogada desde la creencia como una especie de la interventoría. Y como a pesar de los intentos normativos por organizar y conceptualizar esta figura jurídica todavía son muchos los vacíos que se detectan, es necesario realizar las siguientes precisiones para entender la naturaleza jurídica de la supervisión en la actividad contractual.

Teniendo claro que la supervisión debe ser permanente durante la actividad contractual, los rasgos respecto de su ejercicio según lo dispuesto en la norma son los siguientes: I) cualquier tipo contractual independiente del modelo de selección del que haya derivado, debe contar con una supervisión, excepto el contrato de obra cuando es producto

de un proceso de licitación pública; II) esta se precisa cuando el contrato a supervisar no requiere de conocimiento especializado; III) solo puede ser cumplida por funcionarios de la entidad; IV) para complementar al supervisor es procedente contratar personal de apoyo mediante contrato de prestación de servicios; V) esta no necesariamente se debe entender como instancia monolítica dado que debe realizar seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico; VI) los propósitos centrales son proteger la moralidad administrativa, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual.

En particular nos referiremos a algunas de esas características mencionadas:

Las discusiones al interior de las entidades estatales han recaído sobre quienes se encuentran habilitados legalmente para desempeñar dicha función, para lo cual y por aparecer acentuado en la norma, se tiene que la supervisión “es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados” y, en consecuencia, solo funcionarios a ella vinculados pueden cumplirla; pero como ya fue mencionado, no es la relación legal entre el individuo y la entidad la virtud de quien es designado como supervisor, porque esto conduciría a pensar que el funcionario que se desempeña como auxiliar contable pueda controlar un contrato de asesoría jurídica, derivando en un absurdo por ser áreas de conocimiento diferentes. Si el funcionario carece de

conocimiento y experiencia en la actividad a vigilar deberá ponerlo en conocimiento de quien lo ha designado, dado que de esa condición proviene su óptimo desempeño y responsabilidad, incluso, se abre eventualmente la oportunidad de contratar personal de apoyo. Teniendo en cuenta que no aparece evidente ni sugerido en la norma los presupuestos que deben concurrir para contratar personal de apoyo, debe entenderse que será suficiente la motivación con los mismos argumentos para contratar cualquier otra actividad mediante contrato de prestación de servicios, esto es, (i) personal insuficiente y (ii) falta de personal idóneo.

Conforme al principio de legalidad en nuestro actual ordenamiento positivo colombiano no existe un empleo público que no tenga como elemento funcional precisos deberes, responsabilidades y competencias; sin embargo, como la supervisión es un medio para el cumplimiento de unas funciones públicas, lo más seguro es que no aparezcan dentro de los manuales de funciones de las entidades públicas un cargo al que se le hayan señalado esas funciones con dicha denominación; entre otras cosas porque solo hasta que se determinen en los estudios previos las características técnicas de los bienes, servicios u obras a adquirir se podrá perfilar al personal adecuado; luego, no puede consignarse desde antes expresas funciones de supervisión en documentos con vocación de permanencia y de baja modificabilidad como los manuales de funciones. No obstante, y por tratarse de funciones

de orden legal que por medio de la figura supervisora corresponde cumplir, debe entenderse que dicha obligación en primera instancia recaerá en quien está asignada la capacidad contractual, de forma que sin ser la persona idónea es él quien la cumplirá en caso que nunca sea designado el idóneo, esto conforme el marco normativo que señala; (Ley 80 de 1993, Art. 25 num 5o.) “[l]a responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.”

Por otro lado, y dado que los actos jurídicos por las partes celebrados se someten a jerarquías normativas superiores, deberán siempre transitar dentro del cause señalado por ellas, de forma que las obligaciones estipuladas en los contratos de prestación de servicios que establezcan funciones del supervisor, no pueden superar en su alcance y dimensión las concebidas en los ordenamientos generales. Lo anterior da cuenta de la extralimitación cometida por quienes cumpliendo esta función de vigilancia, abordan rangos de acción ajenos a su naturaleza, tales como, firmar actas de suspensiones o modificaciones invadiendo competencias a otros asignadas.

De la norma se extrae como principal elemento diferenciador entre la supervisión y la interventoría que la primera

no requiere de conocimientos especializados, pero no puede generar confusión esta característica al punto de pensarse que cualquiera que aparezca en la nómina de funcionarios de la entidad pudiera ser designado como tal, ya que la ausencia de conocimiento especializado no desconoce el requisito de idoneidad (conocimiento y experiencia) para realizar el óptimo seguimiento y vigilancia del contrato. Con ello se quiere resaltar que en apariencia hay objetos contractuales que pueden ser supervisados por cualquiera, pero que incluso en los de ejecución instantánea como una adquisición de televisores, se requerirá tener meridianamente claridad para diferenciar entre Led, Plasmás, 3D, Smart tv, UltraHD; que además se conjuga con otra serie de características que ofrece la avanzada tecnología y hacen de la supervisión una labor más allá de la básica operatividad. Tampoco será necesario contratar a un experto en equipos televisivos para este particular caso, pero sin duda, no cualquier persona sabe diferenciar esta tecnología y como deberá certificar que lo entregado se ajusta a lo contratado, lo recomendable será no adolecer de algún grado de información pertinente.

Siendo cierto lo antes dicho, esto es, que el conocimiento especializado referido en la norma no puede entenderse como ausencia de conocimiento, corresponde entender que si se trata de realizar una supervisión consistente en “el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato” surge la posibilidad de conformar una

figura colegiada compuesta por conocedores en cada una de las áreas definidas en el escrito normativo, no de otra manera pueda entenderse ese seguimiento en lo financiero y contable realizado por quien no cuenta con el conocimiento adecuado.

Ahora bien, ¿cuál fue la sutileza discutida por el legislador al reservar a la entidad el desempeño de las funciones de supervisión con su personal vinculado a su nómina cuando no se requiera de conocimientos especializados, pero concediendo de cualquier manera contratar a particulares mediante contratos de prestación de servicios solo para el apoyo de la misma?

Las razones pueden ser variadas y de diferente naturaleza, pero de todas formas anodinas, porque en cuanto a su naturaleza jurídica, su responsabilidad, su propósito y su objeto, no varían en cualquiera de los vínculos posibles en que se cumplan. Si la forma autorizada para vigilar los contratos del Estado son todas las posibles legalmente, esto es: (i) designando directamente a sus funcionarios; (ii) contratando mediante prestación de servicios, (ii-a) con conocimientos especializados, o, (ii-b) para apoyar la supervisión; pues es apenas normal que para el caso excluido, esto es, la supervisión que no requiera conocimientos especializado, también lo hubiera permitido, ya que la única razón que se alcanza a inferir es evitar erogaciones presupuestales para casos que no demanden mayor nivel de conocimiento, limitante inocua cuando permi-

te contratar apoyos a la supervisión. O lo que es lo mismo, si las tareas a cumplirse por parte del supervisor corresponden a funciones públicas propias de la entidad, de obligatorio cumplimiento y no requieren de especializados conocimientos, pues basta con que se configuren los requisitos de insuficiencia de personal o personal sin idoneidad para que se habilite el uso del contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión previsto en la ley, artículo 32 numeral 3º (Ley 80, 1993) y su reglamento, artículo 81 (Decreto 1510, 2013).

4. El objeto natural de la supervisión - el seguimiento y la vigilancia para el cumplimiento del contrato

El actual marco legal (Ley 1474, 2011), redibuja un devenir diferente al concebido en los primeros intentos de conformar un Estatuto de contratación estatal mediante la expedición de los Decretos 150 de 1976 y 222 de 1983, en donde el único y genuino propósito de realizar un seguimiento a los contratos celebrados se encaminaba al control de su ejecución para garantizar el cabal cumplimiento de lo requerido en ellos. No obstante, ya no es suficiente la exigencia de condiciones de técnica, de calidad y oportunidad aplicadas por el agente privado en la cristalización del objeto y sus obligaciones contractuales, ya que situaciones circundantes y ajenas a este núcleo esencial entran afectando directamente el objetivo final. "Para nadie es un secreto que por desventura la corrupción ha generado altos sobre-costos

en los bienes y servicios que contrata el Estado, e importantes sacrificios en cuanto a su calidad e idoneidad con lo que no solamente se afecta la eficiencia y eficacia del gasto público y la estabilidad macroeconómica, sino también y de qué manera, la moral pública y la legitimidad del Estado, que hacen de la necesidad de asumir una actitud contundente frente a este fenómeno no sólo una necesidad económica sino un imperativo ético.” (Conpes 3186, 2002).

Es necesario entender que toda la actividad contractual efectuada por el particular habrá de canalizarla a través del supervisor, y sin pretender que sea quien adopte decisiones, sí es el medio con el que además de hacer el seguimiento de la ejecución, se recaba la información para emprender cualquier medida sancionatoria en desarrollo del debido proceso por el incumplimiento contractual. Por ello los verbos rectores de su marco de movilidad se representan en: exigir, adelantar, solicitar, adoptar, actuar, respetar, informar, certificar, entregar, etc. Con este proceder lo que

en principio se buscaba era el cumplimiento del contrato; sin embargo, ahora le aparece asignada la obligación primordial de dar a conocer a la entidad los hechos constitutivos de corrupción. Es esta la razón por la cual la supervisión de los contratos es tipificada y regulada en la norma dirigida a la lucha contra la corrupción, y su concepción gira en torno a consolidarse como el dique que contenga tan nefastas consecuencias.

Respecto a esto último vale la pena decir que los mayores intentos de desguinzar la norma por parte de los particulares interesados en el contrato, y de las autoridades que replican su intención mediante el abuso de poder¹⁹, tienen fertilidad durante la etapa precontractual en la estructuración del pliego de condiciones, ya que por ejercicio de la facultad de confección de estos atribuido a la administración, se puede con premeditada intención establecer condiciones restrictivas que contrarresten la concurrencia y pluralidad (Sentencia de Constitucionalidad 713, 2009)²⁰ que se pretende en desarrollo de un proce-

¹⁹ (Ley 80, 1993), artículo 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio: 8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

²⁰ La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato.

so público de selección, que tiene como propósito la escogencia de la oferta más favorable a sus intereses propendiendo por obtener ofrecimientos diferenciales y competitivos dentro de parámetros objetivos. Es por ello que un mecanismo como la supervisión que se activa solo durante la ejecución contractual no promete mayores resultados en contra de tan execrables prácticas.

Es claro entonces que no solo hasta la expedición del Estatuto Anticorrupción aparecen las funciones que debe cumplir el supervisor, porque nunca hubo un vacío en la norma contractual del año 1993 que dispuso la dirección, vigilancia y control del contrato; ya que además de las contenidas en su artículo 4º, que fueron consagradas expresamente como derechos y deberes de las entidades estatales, también lo son las contenidas en su artículo 5º, por encontrar en los derechos y deberes de los contratistas una correlativa acción por parte de la entidad; pero de igual forma son las que por omisión y sanción se le asignan, como las contenidas en el Código Disciplinario Único en el artículo 48 numerales 30 a 35 (Ley 734, 2002). Entonces, siendo cierto el contenido imperativo de los mandatos legales referidos, encontramos como sustento y la razón de ser de la vigilancia contractual, tanto en las prerrogativas de poder público como en las cláusulas excepcionales contenidas en el ECE, por que son ellos – Supervisor e Interventor-, los sujetos directos encargados de accionar las decisiones finales que adoptará el competente.

Conclusiones

De siempre, por la finalidad ínsita en toda contratación realizada con recursos públicos, y por estar toda la organización estatal canalizada en virtud del interés general, el seguimiento y control a los mismos ha de ser una prerrogativa de poder de ineludible observancia, por lo que indistinta será la denominación del mecanismo usado para tal objetivo.

De lo antes anotado, debe saberse de la supervisión como un medio legal para cumplir con los derechos y deberes asignados a las entidades contratantes, dirigidas en principio al cumplimiento del objeto contractual que pretende la concreción de los fines del Estado, es por ello que ante la ausencia del formalismo de la designación del supervisor, la función pública habrá de cumplirse, y su responsabilidad recaerá en quien tenga la facultad de designación; esto es, que tanto la adecuada o errónea escogencia del supervisor, como de su no designación será de responsabilidad única del representante legal o competente contractual delegado.

No obstante lo anterior, es claro que su denominación y regulación contenida en la norma anticorrupción pone de relieve como nuclear propósito la lucha contra prácticas deshonestas en la contratación estatal. Sin embargo, para cuando se activa el ejercicio de las funciones de supervisión ya se ha agotado toda la etapa precontractual en donde se desarrollan los procesos de selección, considerado el espacio más propi-

cio para asegurar por medios ilegales y prácticas perversas la adjudicación de los contratos²¹.

La supervisión se desarrolla por parte de la entidad contratante cuando el seguimiento al contrato no requiera de conocimientos especializados, pero a quien se designe para cumplir las tareas de supervisión deberá ser idóneo para vigilar el cumplimiento del contrato.

Las funciones del supervisor deberán referir en esencia a las fijadas en la ley, también estarán desarrolladas en el manual de contratación²² adoptado por cada entidad, y agregar claridad operativa en cada uno de los contrato de prestación de servicios que se suscriban para dicho propósito; pero además deberán ser conocidas por el contratista supervisado, en la medida que las acciones desplegadas por el supervisor

inciden directamente sobre aquel.

Referencias

Decreto 150. (27 de enero de 1976). Presidencia de la República. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Bogotá D.C., Colombia.

Decreto 222. (2 de febrero de 1983). Presidencia de la República. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Colombia.

Hofmann, H. (2002). *Filosofía del Derecho y del Estado* (Primera ed.). (L. Villar Borda, Trad.) Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

²¹ Lo anterior resulta coincidente con la encuesta del Banco Mundial que muestra que los funcionarios públicos entrevistados declararon que en el 49.7% de las licitaciones públicas en Colombia se realizan pagos adicionales para asegurar la adjudicación de contratos. La percepción de los funcionarios es corroborada por los empresarios que en un 62% coincidieron en que “siempre o casi siempre” las empresas recurren a pagos extraoficiales para ganar concursos o licitaciones públicas. En la encuesta de Probidad, el 46% de los empresarios encuestados ratificó lo anterior.

Las encuestas del Banco Mundial y de Confecámaras muestran que en estas condiciones de contratación pueden gestarse procesos de “selección adversa” porque vastos sectores empresariales se han marginado de las oportunidades de trabajar con el Estado debido a la poca transparencia en los procesos licitatorios, con lo cual se ha restringido la competencia por los negocios estatales. Al indagar sobre los criterios de rechazo básicos para su no participación, cerca de la mitad de los empresarios encuestados consideraron, en orden de importancia: i) la competencia injusta, ii) la complejidad en el proceso licitatorio y iii) tener contactos personales dentro de la entidad contratante, aspectos que ratifican la existencia de un creciente nivel de desconfianza respecto a la capacidad del Gobierno para establecer reglas claras de participación para las entidades y los oferentes, y corregir las deficiencias existentes en la mayoría de los procesos de contratación del Estado. Departamento nacional de planeación, (Conpes 3249, 2003) “Política de contratación pública para un estado gerencial”.

²² Colombia Compra Eficiente. Lineamientos generales para la expedición de Manuales de Contratación. Que es un manual de contratación? El Manual de Contratación es un documento que: (i) establece la forma como opera la Gestión Contractual de las Entidades Estatales y, (ii) da a conocer a los participantes del sistema de compras y contratación pública la forma en que opera dicha Gestión Contractual. El Manual de Contratación es también un instrumento de Gestión Estratégica puesto que tiene como propósito principal servir de apoyo al cumplimiento del Objetivo Misional de cada Entidad Estatal. Expedida con fundamento en el artículo 160 (Decreto 1510, 2013).

- Ley 1474. (12 de julio de 2011). Congreso de la República. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 80. (28 de octubre de 1993). Congreso de la República. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública . Bogotá D.C., Colombia.
- Betancur Cuartas, J. (1996). Nuevo estatuto general de la contratación administrativa (Séptima ed.). Bogotá D.C., Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Gómez Sierra, F. (2006). Constitución Política de Colombia Anotada (Vigésima Segunda ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Leyer.
- Sentencia de Constitucionalidad 128. (18 de febrero de 2003). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Álvaro Tafur Galvis . Bogotá D.C., Colombia.
- Concepto 1748. (25 de mayo de 2006). Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P.: Enrique José Arboleda Perdomo . Bogotá D.C., Colombia.
- Palacio Hincapié, J. Á. (2003). La contratación de las entidades estatales (Cuarta ed.). Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Mutis Vanegas, A., & Quintero Munera, A. (2000). La contratación estatal: análisis y perspectivas (Primera ed., Vol. Colección Profesores). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Decreto 1510. (17 de julio de 2012). Presidencia de la República. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública . Bogotá D.C., Colombia.
- Conpes 3186. (31 de julio de 2002). Departamento Nacional de Planeación. Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública , 16. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia de Constitucionalidad 713. (7 de octubre de 2009). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: María Victoria Calle Correa . Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 734. (5 de febrero de 2002). Congreso de la República. Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico. Bogotá D.C., Colombia.
- Conpes 3249. (20 de octubre de 2003). Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Política de contratación pública para un Estado gerencial . Bogotá D.C., Colombia.

- Clavijo Cáceres, D. (2013). El proyecto de investigación. Haciendo posible la tesis de grado (Segunda ed.). Cúcuta, Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta.
- Sentencia de Constitucionalidad 932. (8 de noviembre de 2007). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra . Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia Nulidad Electoral. (24 de agosto de 2005). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. C.P.: Darío Quiñonez Pinilla . Bogotá D.C., Colombia.
- Marienhoff, M. S. Contratos administrativos. Teoría general. En Tratado de derecho administrativo (Tercera ed., Vols. III-A). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Villar Palasi, J. L. (1969). Lecciones sobre contratación administrativa. Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho.