

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN ESTATAL

ANTEPROYECTO DE INVESTIGACIÓN

TEMA:

LA SUPERVISIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

LINEA DE INVESTIGACIÓN CENTRAL

DERECHO PARA LA JUSTICIA, LA CONVIVENCIA Y LA

INCLUSIÓN SOCIAL

SUB-LÍNEA

CONTRATACIÓN ESTATAL

POR:

MARCELA MUÑOZ CORREA

YOMARA SAMIRA CELIS NIÑO

BOGOTÁ D.C.

2016

CONTENIDO

JUSTIFICACIÓN

PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS

Problema

Análisis de la situación problemática

Proposiciones

Problema

Hipótesis

Objetivos

Objetivo general

Objetivos específicos

ESTADO DEL ARTE

Resúmenes analíticos de investigación (RAI).

RAI 1

RAI 2

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

Supervisión contractual

Definición

Clasificación

Organismos encargados

Contexto jurídico de la supervisión contractual para las entidades públicas.

Normatividad

Doctrina y jurisprudencia

Doctrina

Jurisprudencia

Capacitación y perfil de los funcionarios y contratistas encargados de la supervisión, revisión y control de la ejecución contractual.

Análisis Manuales de contratación de algunas entidades públicas en el contexto de la supervisión

Unidad para las Víctimas

Presidencia de la Republica

Control fiscal al contrato estatal

Acciones de fiscalización que se ejercen en la etapa precontractual del contrato estatal.

La certeza del daño en el contrato estatal requisito esencial para aperturar el proceso de responsabilidad fiscal.

Momentos en que se desarrolla el control fiscal al contrato estatal.

Momento en que se puede configura el daño patrimonial al estado en el contrato estatal

El control fiscal en el derecho comparado

La supervisión de la ejecución de los Contratos. En especial de las Cláusulas sociales y ambientales. ¿Potencia sin control?

Trabajo estructurado de manera independiente previo a La obtención del título de ingeniero civil.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Contratación de consultoría de fiscalización

Contratos públicos

Organismos de control y regulación en la contratación pública

Fiscalización

Los informes mensuales deben contener como mínimo la siguiente información:

Clasificación del fiscalizador:

Perfil del Fiscalizador

CONCLUSIONES

PROPUESTA

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Normatividad

Jurisprudencia

JUSTIFICACIÓN

Uno de los principales inconvenientes en la contratación estatal radica en la etapa de ejecución, por tanto la supervisión de los contratos estatales debe efectuarse con gran responsabilidad; de tal forma que la entidad pública aplicará ampliamente el principio de buena fe en los contratistas y en su ética profesional; la Ley 80 no establece en cuanto a la supervisión unos lineamientos a seguir, esta ley está basada en principios constitucionales y en un conjunto normativo de aplicación general.

Con la expedición de la Ley 1474 de 2011, se establecieron responsabilidades para los sujetos en la contratación estatal, entre ellos para los supervisores estableciendo que debe existir y ejercerse una vigilancia permanente a la etapa de ejecución contractual garantizando así, el principio de transparencia, esta vigilancia consiste en un seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico.

Adicionalmente esta vigilancia y supervisión está enfocada principalmente en cada entidad y sus manuales de contratación, por lo tanto, lo que se busca es tener un mayor control de las diversas etapas del contrato y buscar parámetros específicos que dominen ampliamente la supervisión de los mismos.

Contando con personas idóneas que cumplan la labor de supervisar de manera eficiente, que tenga conocimientos de los contratos a su cargo, para contar con un importante dominio.

Para llevar a cabo nuestra investigación nos basaremos en los manuales de contratación con que las entidades cuentan, jurisprudencias, trabajos realizados como soporte para nuestro trabajo de campo.

PROBLEMA, HIPÓTESIS, OBJETIVOS

Problema

Análisis de la situación problemática

La presente investigación se fundamenta específicamente en la falta de legislación existente que defina claramente unos lineamientos en cuanto al tema de supervisión contractual; por tal razón, las entidades públicas, teniendo en cuenta su misión, visión, naturaleza jurídica, régimen contractual aplicable, así como sus objetivos, políticas institucionales y operacionales para la cual han sido creadas, se han encargado de la elaboración e implementación de sus propios manuales definiendo de esta manera, un procedimiento que precise la forma de operar la gestión contractual al interior de cada ente, estableciendo unas pautas de manejo, disposiciones y recomendaciones que deben tener en cuenta, los funcionarios y contratistas a quien se les delegue esta responsabilidad. Así las cosas, la falta de normatividad que regule la idoneidad de los funcionarios y contratistas a cargo de las labores de supervisión, genera riesgos en cuanto a la supervisión de los respectivos procedimientos contractuales.

Proposiciones

Interrogativa

¿Cuál es la importancia que tiene la supervisión contractual para que se lleve a cabo la liquidación del contrato estatal?

Afirmativa

La falta de supervisión contractual genera riesgos que conllevan a sanciones disciplinarias, fiscales y penales.

Negativa

La supervisión contractual no se debe delegar a personas que no cuenten con la capacidad amplia y suficiente para efectuar el seguimiento al cumplimiento de la ejecución contractual.

Problema

La falta de normatividad que regule la idoneidad de los funcionarios y contratistas a cargo de las labores de supervisión, genera riesgos en cuanto a la supervisión de los respectivos procedimientos contractuales.

Hipótesis

En la contratación estatal se evidencia la falta de supervisión; generando riesgos que conllevan a sanciones disciplinarias, fiscales y penales, debido a la falta de competencia por parte de los funcionarios y contratistas a los cuales se les delega esta función, dejando a su libre albedrío la responsabilidad, en el seguimiento al cumplimiento de la ejecución del contrato. Por lo tanto, resulta necesario determinar la problemática existente en la supervisión contractual en todas sus fases, a través de la revisión a la normatividad del ordenamiento jurídico, los manuales de contratación de algunas entidades públicas, doctrina y jurisprudencia al respecto

Objetivos

Objetivo general

Investigar y determinar la problemática existente en la supervisión contractual en todas sus fases, a través de la revisión a la normatividad del ordenamiento jurídico, los manuales de contratación de algunas entidades públicas, doctrina y jurisprudencia al respecto.

Objetivos específicos

Analizar el contexto jurídico relacionado con los parámetros que regulan el tema de la supervisión contractual para las entidades públicas.

Indagar de algunas entidades estatales cómo enfocan la capacitación y perfil de los funcionarios y contratistas encargados de la supervisión, revisión y control de la ejecución contractual.

ESTADO DEL ARTE

Resúmenes analíticos de investigación (RAI).

RAI 1

Tema: Función de supervisión de la contratación estatal, un análisis desde el principio de transparencia y la seguridad jurídica

Investigador: Oscar Alexander Carrillo Triana

Instituto Donde Se Llevó A Cabo La Investigación: Universidad Católica De Colombia

Año De Realización: 2015

Tipo De Trabajo: Artículo

Desarrollo:

Nociones generales de la supervisión de los contratos estatales y su ámbito jurídico

El contrato público está conformado por el Estado, colocando al contratista en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración.

Se entiende como supervisión estatal las actividades que realiza la administración como lo son la dirección, supervisión, seguimiento, control de desarrollo y consecución satisfactoria del objeto contractual.

Antecedentes jurídicos de la contratación estatal en Colombia

Constitución Política de Colombia de (1991) da amplias facultades a las entidades públicas para que sean estas las que establezcan los procedimientos por los cuales se deben llevar a cabo el manejo contractual de conformidad con sus necesidades, pero sin ir contra de la Ley.

- Ley 80 de 1993: Estatuto de la administración pública, se enmarcan las normas generales para la supervisión de los contratos estatales.

- Ley 1474 de 2011: 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.

La discrecionalidad y su aplicación en la gestión pública

Si bien es cierto que la Ley le ha dado la facultad a las entidades públicas para que ejerzan de forma libre el ejercicio de sus funciones, estas no pueden apartarse de los principios y normas constitucionales, las cuales son el precedente esencial, adicionalmente el ordenamiento jurídico brinda dos tipos de potestad a la administración, las cuales actúan de manera conjunta, las cuales son:

Potestad reglada: Es aquella cuyas normas se encuentran debidamente indicadas por el ordenamiento público, lo que conlleva que la Ley determine qué autoridad debe proceder en cada caso, y de qué forma debe hacerlo, sin dejar lugar a ningún tipo de subjetividad por parte de la misma (Laguado, 2005).

Potestad discrecional: Brinda un cierto margen de libertad para que la autoridad, habiendo valorado de manera ligeramente subjetiva una situación, decida cómo hacer ejercicio de sus potestades en un caso concreto. Sobra decir que dicha libertad no excede los límites de la Ley, sino que responde a los principios que esta haya establecido y debe siempre usarse para actuar en favor de la misma (Laguado, 2005).

Principios rectores en la supervisión del contrato estatal

La aplicación de los principios rectores de la contratación estatal es el eje fundamental para la debida supervisión que se debe tener, entre los cuales encontramos.

El principio de Transparencia, busca que toda actuación de la contratación sea expuesta al público para que todos los interesados de manera libre puedan participar en las actuaciones del Estado, satisfacción los fines del mismo, este principio es aplicable a todos los sujetos de derecho.

Principio de responsabilidad, establece los parámetros que deben cumplir los contratistas y servidores públicos en el cumplimiento de los fines de la contratación, ejerciendo una debida vigilancia de los contratos que ejecuten, sin que en ningún caso se vulneren los derechos de las partes, adicionalmente estos servidores públicos también responderán por no ejecutar el debido proceso de la contratación.

Problemática de la supervisión del contrato público en Colombia

La problemática de la supervisión de la contratación pública se basa en la falta de normas que rigen este proceso y aún más grave, los funcionarios de la entidad estatal no cuentan con la idoneidad ni los conocimientos y la experiencia que se requiere para realizar la supervisión del contrato, la cual se deja en la mayoría de casos al libre albedrío de quien ejerce esta función.

Si bien es cierto la Ley 1474 de 2011 en su Art. 84 nos habla sobre las Facultades y deberes de los supervisores y los interventores, haciendo énfasis en la transparencia que deben tener los procesos que los encargados realicen.

La falta de conocimiento hace que esta función no se realice de mejor manera, adicionándole al proceso que deben ejecutar los supervisores del contrato que en su mayoría

de casos cuentan con el acompañamiento de contratistas con mayor conocimiento que los pueden llevar a incurrir en error, por falta de preparación.

Un problema adicional a la falta de conocimiento y preparación de los funcionarios encargados de la supervisión recae en altos niveles de corrupción por intereses particulares; una posible solución es crear normas, que regulen la escogencia del supervisor que cumpla con los requisitos de experiencia, y conocimiento sobre la actividad a supervisar.

Responsabilidades

Con las existencias de normas que estipulen los requisitos, deberes y obligaciones que deben cumplir los encargados de supervisión contractual y las implicaciones que conllevarían sus acciones u omisiones.

Consecuencias de la discrecionalidad en la supervisión del contrato estatal

La discrecionalidad de la ejecución del contrato recae en mayor parte en el supervisor quien es el encargado de dar herramienta a las entidades para que estas tomen decisiones que afecten al contrato; los supervisores son los encargados de realizar control y seguimiento en el contrato estatal por tal motivo la falta de preparación hará que las entidades puedan caer en error.

Las leyes deben ser las encargadas de dar los parámetros que debe tener la persona que ejerza la actividad supervisora del contrato, buscando la idoneidad para mitigar la corrupción y ejecuciones irregulares en la contratación estatal.

Debilidades en la supervisión del contrato público

Con la falta de normatividad que rija a los encargados de la supervisión, en la actualidad estamos generando alto riesgo para las entidades estatales y los contratos, debido a que no se tiene un modelo que sirva de estandarte de las funciones y actividades que debe

cumplir el servidor público o el particular encargado de garantizar el cumplimiento contractual.

Lo que se debe buscar es que el sujeto que desarrolle la función de supervisión cuente con un mejor entendimiento del propósito institucional trazado a través del negocio jurídico celebrado. En la ejecución de los contratos los supervisores e interventores deben ser garantes y reguladores del desarrollo de las obligaciones tanto del contratista o entidad pública.

Propuesta para mitigar la problemática en la supervisión del contrato público en Colombia

Crear un sistema normativo donde se fijen lineamientos claros en el procedimiento que no dé lugar alguno a la subjetividad, donde el funcionario público debe estar investido de honestidad, trabajando por el bien común.

Establecer estándares en la norma para todas las entidades públicas, en el ejercicio de la supervisión del contrato público, adicionando penas y condenas para los funcionarios que no ejerzan debidamente su función y hagan recaer en error al Estado.

En segundo lugar, ejercer controles personalizados donde no se deje la brecha de discrecionalidad al supervisor del contrato por el contrario sea un contacto directo rindiendo informes de todas las actuaciones que se ejerzan en la ejecución del objeto contractual y se encuentre con el apoyo y vigilancia de los entes de control.

Mecanismos de vigilancia

- Ministerio público
- Control disciplinario Interno
- Contraloría General
- Veeduría Ciudadana

- Inteligencia Contractual

Lo que toma más importancia en todo el proceso de supervisión es concientizar a todos los funcionarios públicos en el tema de corrupción, dando a conocer los mecanismos idóneos y acordes a la Ley.

Crear mecanismos que ayuden a elegir personas idóneas que cumplan con parámetros establecidos para un eficiente desarrollo del objeto contractual, para que así se establezca un equilibrio contratista vs supervisor.

Conclusiones

Del presente trabajo se puede extraer que hay varios aspectos que son de gran importancia en la supervisión contractual, los cuales no se han establecido en los procesos, surgiendo la necesidad de establecer criterios claros al momento de elegir un supervisor idóneo, evidenciando irregularidades en su labor.

El mayor problema que se presente en la contratación estatal es la vulneración al principio de transparencia, debido que él supervisión del contrato realiza el manejo del mismo a su libre albedrío, incluso se puede presentar apropiación de recursos públicos.

Por ser Colombia uno de los países latinoamericanos con mayor corrupción hace que existe menor calidad de vida.

Es de gran importancia establecer un marco normativo que contenga criterios claros del proceder en la actividad de supervisión y que brinde garantías jurídicas.

RAI 2

Tema: Supervisión de los contratos estatales en los órganos de las ramas legislativa y judicial

Investigador: Lola Ramírez Quijano

Instituto Donde Se Llevó A Cabo La Investigación: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Año De Realización: 2014

Tipo De Trabajo: Investigación

Desarrollo:

La supervisión y su incidencia en la contratación pública colombiana

Es importante, resaltar el tema de la supervisión en la contratación estatal, su incidencia en cada una de las etapas del proceso contractual, conceptos y referencias normativas.

La supervisión – concepto

Teniendo en cuenta su significado desde el latín, la palabra supervisión es dar el visto bueno después de examinar teniendo por objetivo vigilar el costo, el tiempo y la calidad con que se realiza la labor encomendada.

La supervisión en la contratación estatal, es la manera como se coordina, vigila y apoya un sin número de actividades con el fin de que se realicen de forma satisfactoria.

Estas actividades son un conjunto importante al cual, la entidad estatal debe realizar un seguimiento desde la perfección del contrato hasta su liquidación, lo realiza a través de esta figura de la supervisión mediante una persona natural.

La finalidad que persigue es dar cumplimiento al objeto contractual, toda vez, que debe ser acorde con los fines de la contratación y la satisfacción de los intereses de la entidad y el interés general.

Distinción entre supervisión e interventoría

El interventor es un tercero, es una persona contratista independiente, que tiene la función de vigilar y efectuar el seguimiento para el cumplimiento del contrato.

El supervisor es un servidor público quien tiene las mismas obligaciones, que son las de vigilar y efectuar el seguimiento para el cumplimiento del contrato.

¿Qué asemeja y qué diferencia al supervisor y al interventor?

Con el Estatuto de anticorrupción, Ley 1474 del 12 de julio de (2011) Las funciones tanto del supervisor, como del interventor, no deben ser concurrentes. En este caso la entidad es facultativa para designar las funciones a cada uno tanto las de vigilancia y las demás que considera pertinente las realizará el supervisor y por otro lado el seguimiento técnico a cargo del interventor.

Esta misma norma establece otra diferencia y es en caso de la supervisión, la entidad estatal podrá requerir apoyo, a través, de los contratos de prestación de servicios.

Por otra parte, en cuanto a la interventoría, consistirá en el seguimiento técnico, mediante una persona natural o jurídica, en caso de que dicho seguimiento se requiera un conocimiento especializado o cuando la complejidad o la amplificación del mismo lo justifiquen. En cuanto este se justifique, la entidad estatal podrá contratar de este servicio, a través de la figura del contrato de interventoría.

Lo anterior con la finalidad de que el legislador quiso a través de dicha norma, acabar con las malas prácticas que se venían presentando, toda vez que finalmente no había un

responsable sobre el cual le recayera el incumplimiento por no efectuar las funciones y obligaciones asignadas, además porque la norma no castigaba a todos los que intervenían en el contrato estatal.

Igualmente, se les hace responsables a estas dos figuras como son la supervisión e interventoría de poner en conocimiento a la entidad estatal de posibles actos de corrupción.

Objeto, objetivos, alcance y fines de la supervisión e interventoría

La entidad estatal, es la encargada de que se dé cumplimiento a lo establecido legalmente y se disponga asegurar la supervisión en la ejecución contractual, como también la interventoría con el objetivo de vigilar y controlar los negocios jurídicos que se realizan.

Objetivo principal y objetivos generales

Su objeto es el control y vigilancia de cada una de las acciones del contratista, con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del vínculo contractual.

Objetivos generales

La supervisión e interventoría, deben cumplir con funciones generales y específicas, las cuales son importantes para la toma de decisión en cuanto al desarrollo del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato estatal.

Como funciones se tienen:

- La de controlar, la cual se logra a través de la labor de inspección, evaluación y comprobación, con el fin de verificar si la ejecución se ajusta a lo pactado.
- Exigir con el cumplimiento de las obligaciones.
- Prevenir, hace relación que el control no está consignado solo a sancionar el incumplimiento de las obligaciones, sino evitar consecuencias graves que desvíen el objeto contratado.

- Verificar cada una de las etapas que corresponde a la ejecución contractual que permita establecer dar conocimiento del nivel de cumplimiento.
- Efectuar un acompañamiento a las partes para que la culminación del contrato sea exitosa.
- Con el fin de proteger los intereses de la entidad estatal se hace necesario asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactadas para que el contrato se efectúe en los tiempos establecidos en los cronogramas y con el presupuesto asignado.
- Realizar una verificación frecuente de las normas y procedimientos vigentes.
- Se debe establecer buenas relaciones que armonicen el seguimiento a las actividades del contratante y contratista con la finalidad de dar cumplimiento al objeto contratado y satisfacer las necesidades de la comunidad.

Alcance de la supervisión y de la interventoría

La labor de supervisión no es fácil, es una tarea difícil y exigente, toda vez que implica tener conocimientos amplios, gran habilidad, ya que el buen desempeño de esta función determina el éxito o el fracaso de la actividad contractual.

El alcance de la interventoría va encaminado a los aspectos de vigilancia, control, conceptos de personal especializado y recomendaciones que contribuyan al mejoramiento del desarrollo contractual.

Finalidades de la supervisión y de la interventoría

La supervisión como la interventoría van encaminadas a la vigilancia, control, seguimiento oportuno, eficiente y eficaz para el buen desarrollo del objeto contractual, teniendo como finalidad que el contrato estatal llegue en buenos términos a su etapa final que es la liquidación.

¿Quiénes son el supervisor y el interventor, cuáles son sus perfiles y cuáles las implicaciones jurídicas de su desempeño?

El supervisor

Siempre será una persona natural, bajo la investidura de servidor público, quien debe ejercer las labores de vigilancia, control y coordinación que contribuya a la correcta iniciación, ejecución y liquidación del contrato estatal, además tiene la función de prever los riesgos que se puedan presentar frente al contratista.

El interventor

Este es ajeno a la entidad, es un tercero quien tiene la función de vigilar que las actividades del contrato durante la ejecución sean estrictamente cumplidas.

Perfil de supervisor y el interventor

La función contractual es susceptible de control que lo ejercen las entidades competentes para ello, por lo cual debe ser ejercida bajo los principios constitucionales de la función administrativas, establecidos en el artículo 209 y los demás que establecen las normas de contratación pública.

Por tanto, es importante que las personas que son designadas para ejercer la labor de supervisión e interventoría, se encuentran bajo los preceptos de la ley 80 de 1993, el Código Único Disciplinario Ley 734 de 2002 y el Estatuto Anticorrupción Ley 1474 de 2011.

En cuanto a la supervisión esta debe recaer en una persona idónea, con conocimiento del tema, con la experiencia, la experticia y el perfil apropiado al objeto contratado.

La interventoría, es ejercida por los contratistas que realizan actividades administrativas y técnicas, los cuales son personal especializado en ciertos campos de acción,

cumpliendo con el objeto contratado y es el responsable de realizar control y vigilancia al desarrollo de la ejecución del contrato estatal.

Facultades, funciones y prohibiciones del supervisor y del interventor respecto del contrato estatal vigilado

Facultades

La ley 1474 de 2011 reviste de facultades a los supervisores e interventores con la finalidad de prevenir y combatir la corrupción que se presenta en la contratación estatal, estableciendo en su artículo 84 que están facultados para:

Solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, así mismo tendrán la responsabilidad de informar a la entidad estatal en caso de hechos que puedan constituirse como actos de corrupción.

Igualmente, en el párrafo No. 1 del artículo anteriormente mencionado, en concordancia con la Ley 734 de 2002, estipula las prohibiciones para los interventores y supervisores:

- No exigir la calidad de los bienes y servicios contratados o las mismas exigencias que tienen las normas técnicas obligatorias o certificar a satisfacción obra que no ha sido ejecutada por completo.
- La omisión del deber de informar los posibles actos de corrupción que pongan en riesgo la ejecución del objeto contractual, como también el incumplimiento se considera como falta gravísima

Funciones

Dentro de las funciones se encuentra la administrativa, la cual es la encargada de darle impulso a que la ejecución contractual se lleve a cabo, como también la de verificar que el

contratista este dando cumplimiento a sus obligaciones pactadas, en cuanto a los tramites y diligencias que debe realizar.

Funciones técnicas son actividades que se encargan de determinar si las obras, servicios o bienes contratados, son acordes con las especificaciones, cantidades y calidades que se necesitan de acuerdo con el objeto contratado.

En cuanto a las funciones financieras son las encargadas de controlar, revisar el buen manejo de los recursos destinados al ejercicio contractual.

Por otra parte, las funciones legales son actividades que conducen al cumplimiento de lo establecido en la normatividad jurídica, las garantías, los términos, entre otros.

Prohibiciones

Los supervisores e interventores tienen prohibiciones durante el desempeño de sus labores, las cuales se encuentran desde la iniciación hasta la terminación del contrato estatal. Estas prohibiciones se encuentran establecidas por la entidad estatal en sus manuales de contratación y las que se encuentren en el contrato.

Oportunidad para contratar la interventoría o el apoyo a la supervisión del contrato estatal. ¿quién y cómo se designa en cada caso? ¿cuándo es ejercida por un servidor público y cuándo por un contratista?

¿Cuándo se contrata el apoyo a la supervisión o la interventoría?

En el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, estipula que contratar la interventoría es obligatoria, para algunos contratos como los de obra.

En caso de la supervisión le corresponde al ordenador del gasto designar una persona idónea para ejecutar esta labor, teniendo en cuenta el procedimiento que utilice la entidad estatal para la designación.

¿Quién y cómo se designa un supervisor o un interventor?

En la mayoría de las entidades el supervisor es designado en el mismo contrato estatal, teniendo en cuenta lo establecido en el manual de supervisión interno de la entidad pública.

La interventoría se designa a través de las modalidades de selección bien sea por la naturaleza, cuantía, el objeto. Y debe ser anterior o de manera simultánea al nombramiento del supervisor.

La supervisión en la etapa pre-contractual

Es la etapa de la planificación, donde las entidades estatales realizan unos estudios previos y pliego de condiciones, aspectos importantes ya que se puede evidenciar la función de control que se realiza por parte de la supervisión contractual.

Esta etapa es quizás la más importante, toda vez que, de esta depende que el contrato se adjudique, ejecute y se liquide en feliz término.

La supervisión en las etapas del proceso de contratación (Contractual y postcontractual)

El supervisor realiza varias actividades durante cada una de las etapas del contrato estatal, las cuales están ordenadas de manera cronológica y se encuadran en distintos controles como el administrativo, financiero y en diferentes casos ocasionales que se puedan presentar.

El supervisor e interventor realizan labores importantes de vigilancia y control, el primero en desarrollo de sus funciones realiza los siguientes pasos:

- Realiza la verificación del perfeccionamiento del contrato.
- Es el encargado de suscribir el acta de inicio.
- Verifica los términos de ejecución.

- Realiza una verificación a las actividades del contratista para así dar el aval al cumplimiento de cada una de sus obligaciones.
- Determina el valor de las compensaciones mutuas, en caso de darse una terminación anticipada.
- Entrega de forma escrita las observaciones, recomendaciones con relación a la debida ejecución contractual.

Gestión contractual

Esta gestión se inicia al momento en que se designa al supervisor e interventor y por tanto se da inicio al contrato.

Poder Sancionatorio

Hay dos formas de sancionar; una con la imposición de multas y la segunda la declaratoria de caducidad del contrato.

Etapas Postcontractual

Esta etapa inicia cuando se termina el contrato, se cumple con lo pactado para la ejecución contractual y termina una vez se haya liquidado el contrato, en esta etapa se efectúa un balance de dicha ejecución en la que se logre determinar si algo pendiente bien sean pagos, ajustes y finalmente expedirse el paz y salvo.

Principales conflictos de la supervisión originados en virtud de la ejecución del contrato estatal

El servidor público responderá disciplinariamente, civil y penalmente por sus acciones y omisiones.

Los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones como por los hechos u omisiones.

Supervisión de: dinámica en los procesos contractuales de los poderes legislativos y judicial

Senado de la República

En esta corporación la función que desarrolla el supervisor e interventor, el primero es designado por la Dirección general administrativa y por delegación, el supervisor será el senador nominador.

Por otra parte, el interventor, es similar a la supervisión, tiene la gran diferencia que el control y vigilancia es ejercido sobre los contratos de obra pública.

Cámara de representantes

La supervisión ejerce la función de vigilancia y control su propósito es velar por el cumplimiento de las descripciones técnicas, las actividades administrativas, legales, financieras y presupuestales. Estatuto General de la Contratación Pública (Artículo 14).

Para la selección del interventor, esta se realiza de acuerdo al procedimiento contractual y sus obligaciones se estipulan en el contrato.

Consejo Superior de la Judicatura

Esta corporación se creó con la Constitución Política de Colombia de (1991), En el procedimiento para la supervisión de los contratos, este define la supervisión como el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que se ejerce sobre el cumplimiento del objeto contratado.

En la interventoría se ejerce el seguimiento técnico, si se requiere de un conocimiento especializado en la materia o por su complejidad y ampliación lo exija.

Fiscalía General de la Nación

En el manual de esta entidad estatal, se señala cada una de las funciones y obligaciones de quienes serán los responsables de ejercer la labor de supervisión e interventoría y efectuar el seguimiento, vigilancia y control. Igualmente establece las responsabilidades, las cuales inician desde el momento de la notificación de su designación.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forenses

Es un establecimiento público del orden nacional, adscrito a la FGN, dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía jurídica.

En materia de supervisión e interventoría, se encuentra el manual de procesos y procedimientos, en un capítulo detallado la guía de supervisión, en el cual, se desarrolla cada una de las funciones como acciones que se deben llevar a cabo para un correcto seguimiento, vigilancia y control del desarrollo del objeto contractual.

Conclusiones

En la labor de supervisión e interventoría anteriormente no se establecían sanciones en caso de incumplimiento y no existía regulación que garantizara la función de vigilancia y control.

Con el Estatuto anticorrupción Ley 1474 de 2011 el legislador busco eliminar las malas prácticas que se venían realizando y estableció sanciones drásticas por el incumpliendo, acción u omisión en el desarrollo del seguimiento al objeto contractual y estableció funciones expresas.

La labor de supervisión es ejercida por un servidor público y la interventoría por un tercero ajeno a la entidad estatal.

Cada entidad estatal establece en su manual de contratación, como en el de supervisión las labores y funciones que deben realizar los supervisores e interventores.

El Estado colombiano ha sido exigente en cuanto a la gran evolución obtenida frente a las conductas, obligaciones, funciones claras, facultades expresas en la norma y prohibiciones a las cuales los servidores públicos y particulares deben dar estricto cumplimiento.

Importante señalar que la definición de supervisión e interventoría son diferentes y cada una cumple funciones que no pueden ser la mismas, en el ejercicio de la actividad contractual.

Los supervisores e interventores, deben tener un control y vigilancia fuerte por parte de la entidad estatal, toda vez que, por no realizar estas funciones con gran responsabilidad, se puede evidenciar hallazgos por parte de los entes de control.

Es importante unificar criterios, ya que cada entidad establece los que le parece conveniente, por tal razón es importante que el legislador establezca un régimen legal y reglamentario de supervisión e interventoría.

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

Supervisión contractual

Definición

De acuerdo con Ley 1474 de 2011 y la Ley 80 de 1993; la supervisión contractual es la prestación del servicio que realiza una persona específica la cual debe cumplir unas especificaciones en razón de la experiencia, conocimiento con relación al objeto del contrato que se le encargue en aspectos tanto técnicos, administrativos, financieros, contables y jurídicos; quien tiene la labor de vigilar y asegurar que el objeto contractual se cumpla a cabalidad, satisfaciendo las necesidades del estado.

Si bien es cierto esta labor de vigilancia debe ser realizada por personal de la entidad oficial, pero excepcionalmente será delegada a un personal distinto cuando el contrato a vigilar requiera un conocimiento especializado.

Al respecto la Ley 1474 de 2011 en su artículo 83 establece que el fin de la supervisión contractual es proteger la moralidad administrativa, evitar la corrupción; actuando siempre de forma transparente.

Esta labor debe realizarse desde el inicio del proceso contractual hasta su terminación y/o liquidación.

Clasificación

Validando la normatividad y jurisprudencia existente se evidencia la falta de regulación en cuanto a supervisión contractual se trata, por tal motivo se pudo corroborar que este tema de gran importancia, no cuenta con una clasificación y no existe un procedimiento reglado que establezca como las entidades estatales deben implementar la vigilancia contractual en todas sus etapas, por tal razón, toda entidad estatal es la encargada de garantizar

el objeto y los fines contractuales, creando procedimientos al interior de cada una, teniendo en cuenta sus funciones y realizando un seguimiento a los servidores públicos designados para esta labor.

Organismos encargados

Las entidades estatales que se encuentran bajo el régimen del Estatuto de la Contratación Pública Ley 80 de 1993, son las encargadas de la planeación, ejecución y liquidación del proceso contractual, que en virtud de sus funciones, misión y visión den cumplimiento a las necesidades de la entidad, para así cumplir con lo esencial que son los fines estatales, donde prima el interés de la comunidad, es decir, el interés general.

Por otra parte, desde el nivel central, el gobierno mediante Decreto Ley 4170 del 3 de noviembre de 2011, crea la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, se determinan sus objetivos y estructura. Dicho Decreto Ley establece que se deben fundar políticas con el fin de establecer guías que permitan a los administradores de compras la facilidad en esta herramienta y así tener un control en cuanto al funcionamiento del sistema, donde se vea reflejada la transparencia en las compras. Además, para el gobierno es transcendental contar con una entidad que proporcione un soporte que permita ejecutar el plan de desarrollo.

Su objetivo principal, se encuentra en el artículo 2 del Decreto Ley 4170 del 3 de noviembre de 2011, el cual establece; el desarrollo de políticas públicas y herramientas, que faciliten y sean de gran ayuda para la organización y articulación de los partícipes en el proceso de compras y contratación pública, las cuales contribuyen al cumplimiento de los fines estatales como son la eficiencia, transparencia y optimización de los recursos.

Igualmente, es relevante mencionar que jurisprudencialmente el Consejo de Estado es el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo y órgano consultivo del gobierno, el cual, en su sección tercera resuelve las controversias y conflictos contractuales, dejando un precedente importante sobre problemas jurídicos que se han presentado y por los cuales se han emanado y reformado algunas normas jurídicas.

Contexto jurídico de la supervisión contractual para las entidades públicas.

Normatividad

Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el cual tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales, como lo establece el artículo No. 1 de dicha ley.

Con el Estatuto de anticorrupción, Ley 1474 del 12 de julio de 2011 Las funciones tanto del supervisor, como del interventor, no deben ser concurrentes. En este caso la entidad es facultativa para designar las funciones a cada uno tanto las de vigilancia y las demás que considera pertinente las realizará el supervisor y por otro lado el seguimiento técnico a cargo del interventor.

La función contractual es susceptible de control que lo ejercen las entidades competentes para ello, por lo cual debe ser ejercida bajo los principios constitucionales de la función administrativas, establecidos en el artículo 209 y los demás que establecen las normas de contratación pública.

Por tanto, es importante que las personas que son designadas para ejercer la labor de supervisión e interventoría, se encuentran bajo los preceptos de la ley 80 de 1993, el Código Único Disciplinario Ley 734 de 2002 y el Estatuto Anticorrupción Ley 1474 de 2011.

En cuanto a la supervisión esta debe recaer en una persona idónea, con conocimiento del tema, con la experiencia, la experticia y el perfil apropiado al objeto contratado.

La ley 1474 de 2011 reviste de facultades a los supervisores e interventores con la finalidad de prevenir y combatir la corrupción que se presenta en la contratación estatal, estableciendo en su artículo 84 que están facultados para:

Solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, así mismo tendrán la responsabilidad de informar a la entidad estatal en caso de hechos que puedan constituirse como actos de corrupción.

Igualmente, en el párrafo 1º del artículo anteriormente mencionado, en concordancia con la Ley 734 de 2002, se estipulan las prohibiciones para los interventores y supervisores:

No exigir la calidad de los bienes y servicios contratados o las mismas exigencias que tienen las normas técnicas obligatorias o certificar a satisfacción obra que no ha sido ejecutada por completo.

La omisión del deber de informar los posibles actos de corrupción que pongan en riesgo la ejecución del objeto contractual, como también el incumplimiento se considera como falta gravísima.

Doctrina y jurisprudencia

Doctrina

El tema de supervisión es muy general en la doctrina, los textos se centran en el tema contractual desde la planeación, ejecución y liquidación de los contratos estatales, refiriéndose a la supervisión, tiene un apéndice muy genérico partiendo de la normatividad ya que con el estatuto de anticorrupción Ley 1474 de 2011, se establecieron disposiciones

drástica con la finalidad de combatir el foco de corrupción en la contratación estatal, toda vez que el legislador consideró de un seguimiento y acompañamiento por parte del supervisor o el interventor, el cual es designado por el ordenador del gasto para que realice las funciones de verificar una adecuada etapa de planeación, ejecución y liquidación contractual, que dé cumplimiento a los fines que persigue la contratación pública y por ende la satisfacción del interés general, salvaguardando los principios de la administración pública, contribuyendo a un proceso efectuado con transparencia.

Según lo preceptuado en el numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, concordado con los artículos 44 y 45 ídem, establece que la responsabilidad de los supervisores e interventores, no solo se encuentra en exigir la calidad de los bienes y servicios contratados por la entidad estatal o los regulados por las normas técnicas obligatorias, sino que también son responsables por omitir el deber que tienen de informar a la entidad estatal desde el momento que tengan conocimiento de posibles actos de corrupción que pongan en riesgo el cumplimiento del objeto contratado o se presente un incumplimiento. También por certificar que reciben a satisfacción obras que no han sido ejecutadas ya que estas deben tener el carácter de funcionales.

Además, los supervisores e interventores responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente por el incumplimiento de sus obligaciones, de igual manera por los hechos u omisiones que le sean atribuibles y causen un menoscabo a la entidad pública contratante.

Jurisprudencia

La Sentencia C-818/05 en la cual se demandó la inconstitucionalidad del artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002; porque vulnera el Art. 29 de la Constitución Política,

desconoce los principios de legalidad, tipicidad y debido proceso consagrados en el artículo 29 Superior, por cuanto la descripción de la conducta contenida en el numeral acusado es indeterminada, vaga y ambigua, el actor considera que a pesar de que la conducta es merecedora de una sanción queda a la discrecionalidad del operador jurídico la adecuación a la violación o no de un principio constitucional o de contratación administrativa, igualmente afirma que el tipo disciplinario demandado, no puede complementarse con otra norma jurídica, pues por ser una infracción disciplinaria derivada de la inobservancia de principios generales, no puede establecerse de manera concreta como lo exige el derecho punitivo del estado y concluye diciendo que la norma demandada no cumple con los presupuestos exigidos por el mismo Código Disciplinario en cuanto a la definición de falta disciplinaria.

La Sala analiza el alcance de la potestad sancionadora del Estado, sus proyecciones y su ámbito de aplicación en el derecho disciplinario; la delimitación conceptual de los principios con el propósito de establecer si los mismos pueden ser utilizados en materia disciplinaria para describir los comportamientos reprochables, esto es, aquellas conductas constitutivas de falta disciplinaria; y finalmente, define la exequibilidad o inexecuibilidad del precepto legal demandado, para declarar exequible la expresión: “o desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”, contenida en el artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios.

Los principios a los que se remite el numeral del artículo acusado están previstos de manera clara tanto en la constitución como en la ley, no se podría determinar que la técnica

de los tipos en blanco, lo cual hace remisión a otras normas, se considere inconstitucional, por lo tanto, nos encontramos de acuerdo con la Corte en la declaración de exequibilidad de la norma.

A su vez se realiza el análisis de la sentencia N. C-504/07 en la cual se demanda inconstitucionalidad contra el numeral 32 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”.

“Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello”, Para el demandante el numeral impugnado vulnera los artículos 29, 116 y 238 de la Constitución, debido a que la declaratoria de caducidad o la terminación de un contrato estatal sin el lleno de los requisitos legales.

El señor Hilian Edilson Ovalle Celis considera que, si se admite como falta disciplinaria el numeral 32 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, conduciría a la operancia de la prejudicialidad, pues, la decisión de la autoridad disciplinaria dependerá del fallo que profiera el juez administrativo.

Al respecto la Corte manifiesta que el derecho disciplinario debe aplicarse como régimen autónomo; obedeciendo al reconocimiento expreso que hace el Código Disciplinario Único de un régimen independiente a los demás regímenes jurídicos como el penal y administrativo dado que se contempla la responsabilidad disciplinaria en cabeza de los servidores públicos y los particulares en el ejercicio de las funciones públicas.

La Corte ha manifestado que si al momento de presentarse un falta disciplinaria y esta se vea reflejada por infringir deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público que cometió la falta sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente.

Adicionalmente manifiesta que no se está ante la invasión de las competencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por parte de la autoridad disciplinaria.

Por las razones anteriormente expuestas la Corte soporta sus argumentos haciendo énfasis en que el accionante no soporto su demanda y por lo tanto carece de fundamento jurídico.

Finalmente, la Corte concluyó que así la conducta disciplinaria se produjere bajo el amparo de un acto administrativo que goza de la presunción de legalidad no puede implicar que no sea objeto de juzgamiento por la autoridad disciplinaria, por tal motivo declaró la exequibilidad del numeral 32 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”.

En cuanto a la demanda interpuesta por el accionante Hilian Edilson Ovalle Celis, y sus argumentos en cuanto a las normas que se transgreden y con base en las diversas intervenciones encontradas en la sentencia estoy de acuerdo con la decisión que la Corte ha tomado, toda vez que el derecho disciplinario es de origen constitucional lo cual permite tener autonomía como presupuesto fundamental de la potestad del Estado de verificar la conducta de los servidores públicos y de los particulares que cumplan funciones públicas, sin que sea indispensable esperar pronunciamientos de otras jurisdicciones relacionados con el mismo asunto.

Capacitación y perfil de los funcionarios y contratistas encargados de la supervisión, revisión y control de la ejecución contractual.

Temas como lo son las capacitaciones del personal que tienen a su cargo la supervisión y vigilancia de los contratos estatales, están regulado por cada una de las entidades en virtud de la implementación de sus Planes Institucionales de Capacitación (PIC),

de conformidad con el Decreto 1083 de 2015, los cuales, se encuentran bajo un procedimiento, que constituyen lineamientos de formación y capacitación, como la caracterización de las necesidades al interior de la entidad, la metodología y el cronograma que se establezca para toda la vigencia .

Igualmente es fundamental mencionar que la entidad rectora en temas de contratación como lo es la Agencia Nacional de Contratación Pública, ofrece a todas entidades del sector público capacitaciones en temas relacionados con la contratación Estatal.

Se toma como ejemplo el ICBF, quien adelanta capacitaciones para los funcionarios encargados de esta labor en procura de establecer parámetros para mejorar las prácticas de vigilancia, control y seguimiento del proceso contractual, abordando temas administrativos, financieros y jurídicos, relacionados con los macroprocesos del instituto.

Cuando se evidencian mayores dificultades en la supervisión en esta entidad, se realizan visitas de acompañamiento y asesorías en las Direcciones Regionales y Centros Zonales, realizándose seguimiento para disminuir los riesgos en la materia; adicionalmente se notifica vía correo electrónicos, recordatorios de información relevante en el desarrollo de las funciones de supervisión.

Análisis Manuales de contratación de algunas entidades públicas en el contexto de la supervisión

Unidad para las Víctimas

Adscrita al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, la cual pertenece al sector Administrativo de Inclusión Social, es una entidad con personería jurídica, con autonomía administrativa y patrimonial.

El manual de Contratación y Supervisión V2 del 2015 establece los responsables de las actividades de cada etapa del proceso de contratación, en cuanto al tema que nos atañe que es la supervisión contractual, el jefe de la dependencia quien solicita el bien o el servicio a contratar, en los estudios previos, debe manifestar el nombre y cargo de quien ejercerá la supervisión, en caso de no mencionarlo, la supervisión recae en cabeza del jefe del área o dependencia solicitante.

Igualmente, este documento, expresa que el seguimiento a la etapa de ejecución y liquidación del contrato se encuentra a cargo del supervisor, así lo establece la circular No.002 de 2014.

Para la designación del supervisor, se debe señalar el nombre de la persona que se hará cargo de esta labor, una vez cumplidos los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, en los términos previstos en el presente manual de contratación.

Una vez cumplidos los requisitos mencionados anteriormente, será remitida toda la documentación al supervisor para que este, elabore el acta de inicio, en caso que se hubiere sujetado el inicio del contrato a su suscripción de manera expresa.

Es importante, que el contenido del acta de inicio, se ajuste a los todos los aspectos que son necesarios para el inicio de la ejecución contractual, como aprobación del plan o cronograma de trabajo, etc.

De lo contrario, el contrato inicia con la expedición del registro presupuestal y la aprobación de la garantía única de cumplimiento por parte de la Secretaria General.

El seguimiento a la ejecución del contrato, está a cargo del supervisor, el cual dará aplicación a lo establecido en la Circular No. 002 de 2014 y lo dispuesto en este manual de contratación y supervisión.

Para la liquidación del contrato, el supervisor debe allegar informe final, en el formato establecido en el presente manual junto con la solicitud de liquidación, el cual debe estar avalado por el Grupo de Gestión Financiera y Contable, dicha solicitud debe estar acompañada con los siguientes requisitos:

- Soportes completos de los informes periódicos de supervisión.
- Actas del comité técnico de seguimiento cuando este se encuentre pactado en el contrato.
- Certificado de cumplimiento de pagos de aportes parafiscales, para las personas jurídicas.
- Recibo de consignación de rendimientos financieros, en caso de haber lugar a ellos.
- En caso de que en la etapa de ejecución del contrato se hayan adquirido bienes muebles, se solicita el acta de recibo de los mismos y el ingreso al almacén.
- En caso de que en la etapa de ejecución del contrato se hayan realizado obras civiles, se solicita el acta de recibo de la obra, informes de interventoría y el acta de liquidación respectiva.

Una vez recibida la anterior documentación por parte del grupo de Gestión Contractual, este procederá a efectuar una revisión y elaborar el acta de liquidación, la cual es suscrita por la Secretaria General y el contratista, como también el visto bueno del supervisor.

Si el supervisor considera que, para la fecha del trámite de la liquidación, el amparo de cumplimiento no está vigente. Debe exigir la extensión de los amparos, de forma que dé cumplimiento con la vigencia prevista en el contrato.

Una vez se tenga el acta de liquidación firmada por las partes se procede a publicar en el SECOP, dicha publicación se debe realizar dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de la suscripción.

El presente manual, establece el capítulo 4 para la supervisión de contratos, partiendo desde el concepto y la función que cumplen, manifestando que el supervisor es el representante de la Unidad frente al contratista

Presidencia de la Republica

El manual de contratación V17 agosto 2016, establece en el numeral 2.2.2 Designación de supervisión y responsabilidades implicadas en su ejercicio, expresando que la dependencia responsable del proceso de contratación que requiera de bienes, servicios y/o obras, debe señalar en los estudios previos, la persona idónea que se encargará de esta labor de supervisión.

Cuando el contrato ya se encuentre perfeccionado, el grupo de Contratos, es el encargado de comunicar por escrito al supervisor designado, el cumplimiento de los requisitos de legalización y ejecución, remitiendo igualmente copia del contrato, copia del registro presupuestal y aprobación de la póliza en caso de requerirse.

El supervisor y/o interventor, deben efectuar un seguimiento minucioso al contratista, toda vez que debe velar por el cumplimiento del objeto contractual, en virtud con cada una de las especificaciones que señalan los estudios previos o pliegos de condiciones, como también las que se establecen en este manual.

Es importante precisar que el presente manual, hace mención a las sanciones que tienen los supervisores e interventores, en virtud del estatuto anticorrupción Ley 1474 de 2011, toda vez que, estos responden civil, penal, fiscal y disciplinariamente, tanto de las

obligaciones derivadas del contrato, como también por los hechos u omisiones que le sean imputables.

El párrafo 1 del artículo 84 de la Ley 1474 de (2011), establece como falta gravísima para el supervisor e interventor la no exigencia de la calidad de los bienes y servicios, como también el recibir obras que no han sido ejecutadas en su totalidad y por la omisión de informar en caso de hechos o situaciones que puedan constituir actos de corrupción.

El párrafo 2 del artículo mencionado anteriormente, establece causal de inhabilidad para el interventor, por un término de cinco (5) años, contados a partir del acto administrativo debidamente ejecutoriado que así lo declare.

Igualmente, el párrafo 3 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, menciona que los interventores responden solidariamente con el contratista en caso de no informar en su debido momento a la entidad estatal de un posible caso de incumplimiento del objeto contractual.

Así mismo, en el presente manual se mencionan cada uno de los deberes que tienen los supervisores en la ejecución contractual, como también en la etapa poscontractual, los supervisores ejercen una labor de seguimiento, coordinación, vigilancia y control desde el punto de vista administrativo, técnico, financiero y legal sobre la ejecución del contrato. Son los encargados de velar por el cumplimiento del contrato en todas las etapas del proceso hasta su liquidación, realizando cada una de las funciones que tiene a su cargo y que se encuentran enunciadas en este manual.

Control fiscal al contrato estatal

Tomado de: Primer Artículo El Control Fiscal al Contrato Estatal.

El Estado colombiano con el fin de ejercer un control fiscal a los dineros públicos de la Nación y salvaguardando este patrimonio, mediante mandato constitucional estableció un control previo y posterior ejercido por las Oficinas de Control Interno y la Contraloría General de la Republica, respectivamente. Así lo señala la Constitución en sus artículos 267 y 269, teniendo en cuenta que también la participación ciudadana, a través de las veedurías juegan un papel importante.

La contratación pública al ser una de las principales dinámicas establecidas por el estado colombiano para la satisfacción del interés general, como también de pequeñas minorías ya que su principal objetivo es la adquisición de bienes, obras y servicios que permitan dar cumplimiento a los fines del estado. Por tanto para llevar a cabo esta actividad, las entidades estatales deben contar con un presupuesto asignado que les permita efectuar los tramites pertinente para dar inicio a los procesos de contratación que tengan establecidos en sus planes de adquisiciones, es aquí donde se ven reflejados intereses públicos como de particulares lo que genera un alto riesgo de corrupción, razón por la cual existen órganos de control, los cuales deben garantizar y realizar un seguimiento oportuno a los recursos públicos que se encuentran inmersos en el contrato estatal.

Acciones de fiscalización que se ejercen en la etapa precontractual del contrato estatal.

En la contratación estatal, no se encuentra taxativamente una división de sus etapas, la doctrina establece tres etapas que son pre, contractual y post contractual. Es importante

precisar que se debe tener en cuenta según la ubicación de la entidad estatal, es decir si es de carácter municipal, departamental o nacional, así mismo obedece la necesidad de contratar.

Lo fundamental es que se contrate obras, bienes y servicios que suplan las necesidades del pueblo.

Debe existir, una necesidad específica, en diversas ocasiones se efectúa procesos de contratación que no cumplen con una necesidad justificada, por tanto, es importante el seguimiento que realizan los entes de control al gasto del presupuesto de la nación, como también por medio de la ciudadanía que ejerce su participación, de esta manera contribuyendo a que no se ejecuten prácticas de corrupción.

Quedando identificada la necesidad, se da continuidad a la etapa de planeación que es fundamental, ya que es pilar importante para que los procesos de contratación se adjudiquen, toda vez que esta es la finalidad principal. En este proceso el gestor fiscal dentro de sus obligaciones y funciones debe actuar con gran pericia ya que, en caso de negligencia o imprudencia, se puede presentar alguna mala conducta la cual puede ser dolosa o culposa por su omisión o extralimitación en el desarrollo de sus funciones.

En dicha etapa se tienen en cuenta aspectos que son relevantes como: tener clara la necesidad del bien, obra y servicio al contratar, el proceso de selección idóneo para suplir esa necesidad a contratar, la calidad, especificidad y las características principales que deban tener estos bienes, obras y servicios a contratar, como también debe incluir el análisis técnico, económico, del sector que permitan un proceso de contratación transparente e idóneo. Como otro factor relevante, es la disponibilidad de los recursos presupuestales de la entidad contratante para que así se pueda llevar a cabo la celebración del contrato estatal.

La certeza del daño en el contrato estatal requisito esencial para aperturar el proceso de responsabilidad fiscal.

Tomado de: *Segundo Artículo La certeza del daño en el contrato estatal requisito esencial para aperturar el proceso de responsabilidad fiscal.*

La Contraloría General de la República, ejerce un control posterior, entendiéndose como lo establece el artículo 5 de la Ley 42 de 1993, como el seguimiento que se efectúa a las actividades, operaciones y procesos que son ejecutados por las entidades sujetas al control fiscal y los resultados que se obtienen por los mismos.

En lo relacionado, con el tema contractual, este control se ejerce a partir del perfeccionamiento del contrato, así lo ha interpretado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia C-623 de 1999.

Por otra parte, en el artículo 65 de la Ley 80 de 1993 estableciendo que el control fiscal se puede realizar una vez legalizado el contrato, es decir, que requiere del pago de impuestos y las publicaciones pertinentes.

En cuanto al control selectivo, establecido en el artículo 5 de la Ley 42 de 1993 que ejerce el ente de control, se entiende como mediante forma selectiva de una muestra bien sea de operaciones, recursos, cuentas se puede efectuar un análisis y obtener un resultado en el proceso del control fiscal.

Momentos en que se desarrolla el control fiscal al contrato estatal.

Es fundamental precisar que el control fiscal se lleva a cabo, toda vez que, en el contrato estatal se ejecutan dineros públicos, si al ejercer dicho control en esta actividad y se constata que la Contraloría General de la Republica encuentra un hallazgo de incidencia

fiscal, este órgano de control, inicia una indagación preliminar y en el desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal, se determina la materialización del daño generado al estado.

El control fiscal, parte desde tres momentos, de acuerdo con el argumento de la Corte sentencia C 623 de 1999 teniendo como referencia el artículo 35 de la Ley 80 de 1993, el primero se efectúa al momento de perfeccionamiento del contrato, con el fin de verificar la gestión fiscal de la administración, como también vigilar el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal; el segundo tiene que ver con el control posterior, este se realiza sobre las cuentas y pagos derivados contrato; y como tercer momento en el que se ejerce un control financiero, de gestión y de resultados, se lleva a cabo una vez liquidado el contrato, el cual, se fundamenta en los principios de eficiencia, economía y equidad.

Momento en que se puede configura el daño patrimonial al estado en el contrato estatal

Para que se pueda dar apertura al proceso fiscal, es necesario que se configure el daño y este se encuentre cuantificado.

La Ley 610 del (2000) en el artículo 5, establece los elementos de la responsabilidad fiscal:

- La conducta dolosa o culposa del gestor fiscal.
- Daño patrimonial al estado.
- Nexo causal entre el daño y la culpa.

Gestor fiscal

Es la persona quien administra recursos públicos.

El control fiscal en el derecho comparado

Los estados se han preocupado por ejercer un control fiscal con la finalidad de vigilar la destinación de los recursos públicos y aplicar sanciones a quienes realicen un mal manejo o uso indebido del mismo.

Los órganos encargados se denominan Contralorías o los Tribunales de Cuentas, como también se encuentra la figura de la Auditoría en algunos países.

Los países que tienen la figura de la Contraloría, están: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Estados Unidos, Panamá, Venezuela, entre otros y como Tribunales de cuentas están los países como: Alemania, Argentina, Brasil y España, entre otros.

Importancia del control fiscal en el derecho comparado

Los organismos encargados de ejercer el control fiscal en los diferentes países del mundo, tienen similitud en las funciones que le competen, como lo son la fiscalización, investigación y realización de informes de los cuales, se deriva la formulación de los planes de mejoramiento para las entidades auditadas, como también tienen la competencia de efectuar los traslados de las presuntas irregularidades encontradas, a las diferentes instancias competentes, ya que puede existir en los hallazgos encontrados incidencias disciplinarias, penales.

La supervisión de la ejecución de los Contratos. En especial de las Cláusulas sociales y ambientales. ¿Potencia sin control?

Tomado de: Bernabé Palacín Sáenz (2016) *Director General de Contratación, Responsabilidad Social y Servicios Comunitarios del Ayuntamiento de Logroño.*

Investigador en formación de la Universidad de La Rioja. Programa de doctorado en Derecho y Cambio Social.

De acuerdo con la normatividad española se puede concluir que al igual que Colombia no existe amplia normatividad acerca de la ejecución de los contratos.

Adicionalmente la doctrina establecida se ha enfatizado en tener rigor en la preparación del contrato con la definición precisa de las obligaciones objeto del contrato en los pliegos; para así tener un control de la ejecución del contrato y no apartarse de lo contratado, pero siempre basándose en la supervisión realizada por los contratistas quienes deben dar un soporte eficiente y transparente.

La solución sugerida por este país para una correcta supervisión en la contratación sería crear un órgano administrativo que cumpla con funciones de apoyo y auditoría, que mantengan un control exhaustivo del cumplimiento de los contratos.

El órgano de control que contribuya al aprovechamiento eficiente de los recursos públicos podrá ser una persona vinculada directamente al órgano contratante o ajena a él, quien debe estar dispuesta a dar una respuesta oportuna que contribuya a la solución de incidentes que puedan presentarse.

Es de tener en cuenta que a pesar que en Colombia no se cuenta con amplia normatividad al respecto, países como España resaltan manuales de la contratación que manejan entidades de nuestro país como lo es la Contraloría quien tiene dentro de sus funciones la responsabilidad de control y vigilancia de la ejecución de los contratos, funciones que tan solo son preventivas.

En España el sector Público designa a un responsable que tiene la facultad de comprobación, coordinación y vigilancia; pero el contratista como se había mencionado anteriormente tiene el “deber de coordinación preventiva.

En los pliegos de condiciones se establece una clausula significativa la cual le da la posibilidad a los órganos de control de demandar a los trabajadores que prestan el servicio.

Entre la poca regulación con la que cuenta España se cuenta con el Instrucción 1/16 del Ayuntamiento de Madrid y el Instrucción 1/2015 del Ayuntamiento de Valladolid, en los cuales se establecen criterios de gran influencia en la supervisión contractual como es la posibilidad que tiene cualquier interesado de instaurar denuncia si evidencia alguna irregularidad.

Adicionalmente en sus pliego y contratos existen clausulas sociales y ambientales la cuales tienen como fin un beneficio social (igualdad, empleo de discapacitados y vulnerables) y ambientales (impacto en el medio ambiente de los consumos municipales), según se establece en el manual de la Comisión Europea, titulado " Adquisiciones ecológicas, Manual sobre contratación pública ecológica haciendo énfasis que estas cláusulas serán eficientes tan solo si se realiza una supervisión adecuada.

Pero si se hace una debida supervisión se podrá resaltar que los contratistas también cumplen con el contrato sin ningún retraso por lo tanto merecen de una bonificación.

La Contraloría General de la República del Perú, al tener conocimiento de alguna inconsistencia en la ejecución contractual, sugiere informar al Titular de la entidad contratante de los riesgos identificados con la finalidad de que implemente las medidas preventivas pertinentes, que mitiguen o superen los riesgos.

Bernabé Palacín Sáenz en el presente trabajo propone la designación de un responsable del contrato que tenga amplias competencias los cuales deben tener objetivos como conseguir una eficiente utilización de los recursos, eficaz desempeño de las tareas, incrementando el tiempo dedicado a control y la utilización de controles objetivos, basados en datos para la toma de decisiones.

Creación de un órgano, con colaboradores dependientes y promotores del contrato capaces de complementar las atribuciones de control y supervisión de los Responsables de Contrato y coadyuvar a la función de fiscalización de la Intervención.

Trabajo estructurado de manera independiente previo a La obtención del título de ingeniero civil.

Tomado de: Klever Andrés Guijarro Rubio (2014) *Trabajo Estructurado De Manera Independiente Previo A La Obtención Del Título De Ingeniero Civil*

Según el Gobierno de Ecuador vio la necesidad de crear una normatividad específica para la vigilancia y supervisión de los contratos de Obra; como lo es:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

En su artículo 56 estipula que este tipo de contratos estarán sujetos a la supervisión de la Entidad Contratante, que podrá ser realizada por sí misma o por terceros. La supervisión vigilará que el contratista se rija a las especificaciones técnicas requeridas y a las obligaciones en cuanto a calidad y origen de los componentes de la obra, establecidos en el contrato.

Adicionalmente el artículo 70 establece que quien tenga la administración del contrato se ceñirá a las estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización.

Según el Artículo 80 el responsable de la Administración del Contrato es el supervisor y el fiscalizador quienes son responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos.

Contratación de consultoría de fiscalización

Para elegir a los encargados de este de contratos se realizara mediante:

- Contratación directa
- Contratación mediante lista corta
- Contratación mediante concurso público

La consultoría será ejercida por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que, para celebrar contratos con las entidades sujetas a la presente Ley, deberán inscribirse en el Registro Único de Proveedores RUP.

Los servicios de consultoría serán seleccionados sobre la base de criterios de calidad y costo. Las ofertas de consultoría serán presentadas en dos (2) sobres separados, el primero contendrá los aspectos técnicos sobre los que se evaluará la calidad y, el segundo, los aspectos económicos, sobre los que se calificará el costo.

Contratos públicos

Requisitos para que exista un contrato administrativo:

Sujeto: se refiere que debe ser promovido por una Persona Jurídica Pública.

Objeto: Promover actividades que son necesarias al interés general.

Régimen jurídico especial: Uso de las Clausulas exorbitantes.

Forma: Documento Administrativo

Jurisdicción: Contencioso – Administrativo

Pliegos:

Especificaciones técnicas generales:

- a) Trabajos preliminares
- b) Movimientos de tierra
- c) Hormigones
- d) Normativas de seguridad industrial, normas de protección ambiental, tuberías y dispositivos hidráulicos.

Especificaciones técnicas específicas:

- a) Definición
- b) Procedimiento de ejecución
- c) Medición
- d) Forma de Pago

Organismos de control y regulación en la contratación pública

a) servicio nacional de contratación pública: Es necesario utilizar los mecanismos tecnológicos que permitan socializar los requerimientos de las Entidades Contratantes y la participación del mayor número de personas naturales y jurídicas en los procesos contractuales que el Estado Ecuatoriano emprende.

B) contraloría general del estado: La Contraloría General del Estado es el organismo técnico superior de control. Tiene atribuciones para controlar ingresos, gastos, inversión, utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos.

Además, la Ley de Presupuestos del Sector Público, en su artículo 46 manifiesta que el control externo de los recursos de los presupuestos del Sector Público, es competencia de

la Contraloría General del Estado, que lo realizará obligatoriamente de manera previa, durante y posterior al proceso de ejecución de los presupuestos.

En el cumplimiento de sus funciones efectúa auditorías de gestión, técnicas o de carácter técnico.

C) Procuraduría General del Estado: Su misión está orientada a salvaguardar los intereses del Estado, ejerciendo una defensa judicial y extrajudicial, contando con personal calificado y especializado.

d) Fiscalía General del Estado: Dirige la investigación pre-procesal y procesal de tipo penal en el territorio nacional, con sujeción al debido proceso y el respeto a los Derechos Humanos.

e) Comisión de Control Cívico de a Corrupción: Promoverá la eliminación de la corrupción; receptorá denuncias sobre hechos presuntamente ilícitos cometidos en las instituciones del Estado, para investigarlos y solicitar su juzgamiento y sanción. Podrá promover su organización en provincias y cantones.

Fiscalización

Jefe fiscalizador: Su misión es asegurar la correcta ejecución de la obra mediante el control de la calidad, el avance físico y el avance financiero, de la obra. El deberá evaluar el progreso de la obra, enviar los resultados a sus superiores y en caso de inconvenientes resolverlo de forma oportuna.

Algunas funciones son:

- Establecer el mecanismo adecuado para evaluar las condiciones de calidad, financiero y avance físico,

- Apoyar la labor del supervisor determinando la manera correcta de ejecutar la obra, igualmente justificar técnicamente cualquier modificación o trabajo extra
- Identificar los errores, omisiones, imprevisiones técnicas y demás eventos adversos que generen afectación en el cumplimiento del contrato, para formular oportunamente soluciones e informar a las autoridades respectivas.
- Obtener información estadística sobre la utilización y aprovechamiento de los insumos, materiales, capital humano y maquinaria en forma oportuna y eficiente.
- Establecer el contacto con las comunidades donde se desarrollen las obras.

Fiscalizadores: Cuando por la complejidad, magnitud o ubicación de la obra lo justifiquen podrá designarse un grupo de fiscalizadores que atiendan los diversos controles que sobre la obra se necesiten, verbigracia, uno para el aspecto técnico, otro para el aspecto financiero y otro para el avance físico, quienes a su vez pueden estar respaldados por profesionales adicionales.

Los informes mensuales deben contener como mínimo la siguiente información:

Clasificación del fiscalizador:

Fiscalización Interna o Institucional: Ejercen su labor diaria en la dependencia, corresponden al equipo técnico que apoya los diversos procesos de contratación que se promueven desde las dependencias Estatales.

Fiscalización Externa o Contratada: Colaboran desde la etapa precontractual. Se da por iniciado el requerimiento de una entidad para hacerse de los servicios para fiscalizar los procesos de adjudicación de obras requeridas.

Perfil del Fiscalizador:

Nivel Académico: Título de tercer nivel conferido por una institución de educación superior.

Conocimiento Específico: Desde el aspecto legal, técnico, tecnológico y demás herramientas para crear eficiencia y rapidez.

Competencia por Desempeño: Aptitudes en su personalidad que denoten su calidad de líder y la experticia necesaria para la ejecución de la obra.

Experiencia: Tener práctica en la construcción o ser constructor.

Funcionamiento: Llevar la obra en los mejores términos dentro del menor tiempo posible con el mayor rendimiento de trabajo por utilizar el recurso necesario.

Naturaleza: La parte innata de la persona en el que deja de lado la técnica y se habla solo de la capacidad para realizar lo propuesto o lo planteado con el fin de evitar circunstancias que perjudiquen a los demás, el papel de crear e innovar las cosas para expresar eficiencia y llegar más allá de lo establecido en un contrato basado en los parámetros de la técnica como la función de cumplir.

CONCLUSIONES

Según el trabajo realizado, se pudo evidenciar que a la luz de los fines del Estado las diferentes entidades estatales como la misma normatividad, la jurisprudencia y la doctrina, no dimensionan la importancia del tema que nos ocupa; la supervisión contractual, por tal motivo se hace necesario buscar procesos y parámetros generales para todas las entidades con el fin de regular la supervisión contractual y no dejarlo al libre albedrío de las mismas.

Es indispensable concientizar a los servidores públicos y particulares que intervienen en todas las etapas de la contratación hasta su liquidación sobre las facultades y funciones que tienen, con el fin de que se cumplan los principios y fines del Estado y así mismo desempeñen de forma eficaz y eficiente la labor que se les ha encomendado.

Se hace indiscutible el deber-ser del supervisor o interventor; se evidencia que las acciones de seguimiento se deben llevar a cabo desde el inicio del proyecto, para que de esta forma logre evaluar cada una de las etapas que abarcan el contrato.

En síntesis, una fuerte supervisión de los contratos estatales supone juicios de valor fundamentados en criterios de dirección, inspección, verificación, corrección preestablecidos, que sea llevado a cabo en las condiciones jurídicas, financiera-contables, administrativas y técnicas, con el correspondiente examen y apreciación de las actuaciones de los distintos órganos y sus funciones.

PROPUESTA

Se hace necesario emitir un estatuto, manual o reglamento de supervisión contractual, que tenga como fin esencial orientar con claridad, pertinencia y rigor el desarrollo adecuado de la supervisión; de modo que el encargado de responder por la supervisión en el desarrollo, ejecución y liquidación del contrato actúen dentro del principio de la autonomía, al interés público y a las necesidades de las entidades estatales y fines del estado, para que los servicios sean prestados con la mayor diligencia y oportunidad.

Esta regulación, se debe realizar teniendo en cuenta que la supervisión y la interventoría, obedecen a conceptos diferentes, por lo tanto, se debe establecer por el Legislador la idoneidad, los requisitos que cada uno debe cumplir para desempeñar dichas labores, como también las funciones técnicas, administrativas, jurídicas financieras, contables y por último el régimen sancionatorio debido al incumplimiento de sus funciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Consejo De Defensa Del Estado-CDE- (2010). Buenas Prácticas para el fortalecimiento de la probidad y el combate de la corrupción en el Consejo de Defensa del Estado. Recuperado de <https://www.cde.cl/wps/wcm/c2537fd1-9318-40d5-827e-527617951895/Buenas+Pr%C3%A1cticas+para+el+fortalecimiento+de+la+probidad+y+el+combate+de+la+corrupci%C3%B3n+en+elconsejo+de+Defensa+del+Estado.pdf?MOD=>
- Contraloría General De La Nación. (2014). *Índice de percepción de la Corrupción. Tabla sintética de resultados*. Bogotá D.C.: El autor. Recuperado de www.contraloriagen.gov.co/secretariatransparencia.gov.co.
- De Vivero Arciniegas, Felipe. (2007). *Contratación Estatal: Aspectos controversiales*. Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes.
- De Vivero Arciniegas, Felipe. (2010). *Reforma al régimen de contratación estatal*. Bogotá. Ediciones Uniandes.
- Escobar Gil, Rodrigo. (1999). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá D.C.: Legis
- Herrera Barbosa, Benjamín. (2003). *Contratos Públicos*. Bogotá D.C.: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Laguado Giraldo, Roberto. (2005). Política pública y nuevo marco regulatorio sobre contratación pública electrónica en Colombia. Coventry. Inglaterra: The University of Warwick. Recuperado de www.lablaa.org/blaavirtual/tesis/colfuturo/dissertation.htm.

Morales, Castro, Carlos Javier. (2012). *Sanciones pecuniarias en la Contratación estatal*.

Bogotá D.C. Ediciones Universidad del Rosario.

Ley 80 (28, octubre, 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la

Administración Pública. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia

Diario Oficial No. 41.094, del 28 de octubre de 1993.

Manual de Contratación y supervisión V2 (2015) Unidad para la Atención y Reparación

Integral a las Víctimas.

Manual de Contratación V17 (2016) Presidencia de la Republica.

El Control Fiscal al Contrato Estatal, Primer Artículo.

Bernabé Palacín Sáenz (2016) *Director General de Contratación, Responsabilidad Social y*

Servicios Comunitarios del Ayuntamiento de Logroño. Investigador en formación de

la Universidad de La Rioja. Programa de doctorado en Derecho y Cambio Social.

Klever Andrés Guijarro Rubio (2014) *Trabajo Estructurado De Manera Independiente*

Previo A La Obtención Del Título De Ingeniero Civil

Normatividad

Ley 200 (28, julio, 1995), Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único.

Ley 734 de (5, febrero, 2000) Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

Ley 1150 (16, junio. 2007). Por medio de la cual se introducen medidas para la

eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras

disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

Ley 1474 (12, junio, 2011). 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.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Sentencia C-818 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-504 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Sentencia C-623 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz