

BOLETÍN JURIDICO
SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE

Año 2002 - No. 0007
diciembre de 2002

Bogotá, 31

NUEVAS REGLAS DE CONTRATACIÓN DIRECTA

El Gobierno Nacional, con el fin de combatir la corrupción administrativa en materia de contratación estatal, expidió el Decreto 2170 de 30 de septiembre de 2002, el cual empezará a regir a partir del próximo 01 de enero.

Según lo dispone la norma, se adjudicarán en audiencia pública aquellos casos en los que proceda la contratación directa por que se declara desierta la licitación o concurso, " cuando no se presente o oferta alguna o ninguna oferta se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia o, en general cuando falte voluntada de participación".

Cuando no exista pluralidad de oferentes, se podrá llevar a cabo la contratación directa sin necesidad de procedimiento alguno, lo cual puede ocurrir cuando se presentan los siguientes eventos: sólo hay una persona inscrita en el registro único de proponentes o cuando solo existe una persona que pueda proveer el servicio, por ser de acuerdo con la ley su proveedor exclusivo, ser titular de los derechos de propiedad industrial o de los derechos de autor.

La convocatoria para la contratación directa se publicará en la pagina web de la entidad y el pliego de condiciones, podrá ser consultada a través de este mismo medio.

De igual manera y en aras de garantizar el principio de transparencia, las entidades estatales deberán publicar en su página web los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia de los procesos de licitación o concurso público con, por lo menos, 10 días calendario de antelación al acto que ordena la apertura del proceso de selección. En cuanto a la contratación directa, este término será de cinco días calendario. Una vez en firme los pliegos o términos deben publicarse en la página web.

Cuando la entidad no cuente con la infraestructura tecnológica y de conectividad que asegure la inalterabilidad del documento, deberá publicar un aviso en el que se indique el lugar donde puedan ser consultados, en forma gratuita, los proyectos de pliegos o de términos de referencia.

Con relación a las veedurías ciudadanas, establecidas de conformidad con la ley, podrán desarrollar su actividad durante todo el proceso de contratación, es decir en la etapa pre-contractual, contractual y poscontractual, presentando recomendaciones escritas antes las entidades que ejecutan el contrato y ante los organismos de control del Estado y participando en todas las audiencias que se realicen en el proceso. (Decreto 2170 del 30/09/02)

Contratación electrónica

En los pliegos de condiciones o términos de referencia de los procesos de licitación, concurso público o contratación directa, se definirán los mecanismos de comunicación interactiva entre los participantes y la entidad.

Toda la información contenida en los documentos electrónicos que se produzca durante el proceso de contratación realizado en el apoyo de herramientas tecnológicas hará parte del archivo electrónico de la entidad y constituirá uno de los elementos del expediente del proceso de contratación.

La información, que dentro de los procesos de selección, la ley requiera que conste por escrito, quedará satisfecha con un mensaje de datos, siempre y cuando la entidad cuente con la seguridad necesaria para garantizar la inalterabilidad del documento.

Lo anterior, no es procedente en aquellos casos en que por disposición legal deba efectuarse notificación personal o deba publicarse en diarios de amplia circulación en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción o en el diario oficial o en la gaceta departamental o municipal que haga sus veces.

REVOCATORIA DIRECTA PROCEDE SIN CONSENTIMIENTO DEL ADMINISTRADO.

La Sala Plena del Consejo de Estado, manifestó que los actos administrativos que se expidan con fundamento en medios ilícitos no pueden obligar al Estado, por lo tanto el acto administrativo de carácter particular que se encuentre en esta situación puede ser revocado sin consentimiento del particular.

Para proceder a la revocatoria el acto, la ocurrencia de los medios ilegales debe estar debidamente probados, es decir se requiere que la actuación fraudulenta aparezca ostensiblemente, ya que la revocación por ese motivo no puede ser fruto de una sospecha de la administración.

El Consejo de Estado advirtió que el acto administrativo obtenido por estos medios puede provenir de la misma administración o del administrado o de un tercero, pues la ley no hace diferencia. No obstante, el medio utilizado debe ser eficaz para obtener el resultado.

Finalmente, la Sala Plena resaltó que el administrado además de ejercer su defensa en la vía gubernativa, es decir ante la administración, también puede controvertir la decisión en sede contenciosa, si considera que la actuación de la entidad lo ha lesionado en su derecho. (C.E. S.Plena Sent. 23001-23-31-000-1997-8732-02 del 16/07/02)

TERMINO DE CADUCIDAD ES IRRENUNCIABLE. EN TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD NO PUEDE SER MATERIA DE CONVENCIÓN NI DE RENUNCIA, SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO, LA CADUCIDAD ES UN HECHO JURÍDICO Y, POR LO TANTO, LA

FACULTAD DE ACCIONAR COMIENZA A CONTARSE CON EL INICIO DEL PLAZO FIJADO EN LA LEY. (C.E. Sec. Tercera. Sent. 12040 del 25/07/02)

EMPRESAS UNIPERSONALES DEBEN TENER REVISOR FISCAL

Según la Junta Central de Contadores no resultaría admisible, desde ningún punto de vista, que el hecho de constituirse la persona jurídica en empresa unipersonal, se convierta en una forma de evadir el ejercicio del control fiscalizador que control fiscalizador que va mucho más allá de la emisión del dictamen de los estados financieros, al involucrar el deber de informar oportunamente las irregularidades, cerciorarse que las operaciones se cumplan de acuerdo a la ley y los estatutos, inspeccionar los bienes de la empresa, procurar que se tomen oportunamente las medidas de conservación de bienes, practicar inspecciones etc.

Tanto las sociedades comerciales como las empresas unipersonales son empresas, valga la redundancia, empresas como quiera que las dos se constituyen en actividades económicas organizadas para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios y que dentro de esta actividad tienen una función social asignada por la Constitución Política, pues no se puede desconocer que su ejercicio tiene incidencias en el ámbito social y económico del país, sin que resulte preponderante determinar si se trata de una sociedad comercial o de la empresa unipersonal.

La Junta emitió su parecer luego de recordar que los conceptos que emiten las entidades públicas carece de carácter de normas jurídicas imperativas y por ende cuando existen conceptos diferentes en entidades públicas o dependencias diversas sobre una misma materia no puede indicarse al consultante cual acatar en forma preferente y obligatoria. (J.C.C. Concepto 574 del 15/08/02)

Regulada recepción y entrega de archivos y documentos públicos a cargo de funcionarios

En desarrollo de la ley 594 de 2000, el Archivo General de la Nación dispuso el trámite que deberá seguir todo servidor público al ser vinculado, trasladado o desvinculado de su cargo, para recibir o entregar, según sea el caso, los documentos y archivos de la respectiva entidad pública.

La norma, vigente desde el pasado fin de semana tras su publicación en el Diario Oficial fue expedida en concordancia con el nuevo Código Único Disciplinario, el cual establece como deberes de todo servidor público el de "custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o función conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, impidiendo o evitando la sustracción, destrucción, ocultamiento o utilización indebidos." (AGN: Acuerdos 37 y 38, septiembre 20/02)

Ω

Así cerró el 2002 el Nuevo Código Disciplinario Unico

Con un total de 43 demandas, el Código Disciplinario Unico (Ley 734/02) se convierte en una de las normas más cuestionadas en el 2002. Los cargos más comunes están relacionados con la supuesta afectación que estos apartes ejercen sobre la Carta Política en artículos como el 256, en la medida en que permite que se desplace la competencia del Consejo Superior de la Judicatura y las seccionales de la judicatura para conocer sobre procesos disciplinarios adelantados contra funcionarios judiciales cuyos datos reposan en la Procuraduría General de la Nación.

De sus 224 artículos, según la ley corregida y publicada en el Diario Oficial 44708, han sido cuestionados 49. Igualmente, se ha criticado la posible violación a derechos como el debido proceso, como resultado del supuesto desconocimiento a los principios de favorabilidad y tipicidad, por permitir que la culpa disciplinaria dependa de elementos objetivos relacionados con la libre interpretación de la norma por parte de quien la consulta o interpreta, según criterio expresado por los demandantes.

Así mismo, se afirma que artículos como el 122 de la Constitución Política resultan quebrantados desde el momento en que la ley 734 introduce una inhabilidad intemporal en materia disciplinaria, prevista por el Constituyente exclusivamente como sanción en el ámbito penal aplicable a casos en que los delitos cometidos se relacionen con el erario público.

De las acusaciones no se escapa el derecho a la igualdad, pues a juicio de los actores este resulta vulnerado por establecerse un trato discriminatorio entre los particulares que ejercen funciones públicas y los servidores públicos. Los cuestionamientos, en este sentido, recaen sobre el término propuesto para la prescripción de la acción disciplinaria por cuanto dicha prescripción, según se afirma, es sustancialmente mayor en el caso de los primeros frente a los segundos, sin tener en cuenta que se hace referencia a conductas similares, tipificadas como faltas disciplinarias (artículo 55).

En medio de esta cascada de demandas no podía faltar la violación al postulado relacionado con la buena fe de las personas, el que se cree vulnerado por permitirse, con base en consideraciones subjetivas, “suspender los procedimientos, actos y contratos por ‘circunstancias’ que permitan inferir violaciones al orden jurídico o defraudaciones al patrimonio del Estado”, con lo que de paso se afecta la presunción de inocencia por permitirse que basado en “meras circunstancias” el Procurador o el Personero de Bogotá establezcan una especie de presunción de responsabilidad al inferir que se está violando el ordenamiento jurídico, sin proceso previo, o que se está defraudando el patrimonio público.

Tampoco resultan ajenos a los cargos propuestos normas como el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y a la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

En cuanto a los resultados finales, aunque no han faltado las inexecutableidades, éstas por lo general han sido parciales sin afectar de manera sustancial y grave la norma, permitiendo que continúe con vida. Algunos de los casos más destacados resultan ser los fallos condicionados propuestos frente a la posible doble interpretación de algunos apartes, en los cuales se da a conocer el alcance de dichos apartes y la forma cómo deben ser entendidos.

MODIFICACIONES A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

A través del acto legislativo 08 de 2002 se modificaron los artículos 371 y 372 de la Constitución Política así:

El artículo 371 de la Constitución nacional en los incisos segundo y tercero fue modificado en los siguientes puntos:

Inciso Segundo: En el sentido de agregar como función del Banco de la República la de “mantener el equilibrio de los indicadores macroeconómicos a través del control de la inflación, sin que para esto se afecte la generación de empleo y el sector productivo del país”. Así mismo suprimió el aparte que dice “Todas ellas se ejercerán en coordinación con la política económica del país”.

Inciso Tercero: Se agrego a texto original: “el informe que debe presentar el banco de la República deberá ser la respuesta de un cuestionario elaborado de manera conjunta por las comisiones Económicas de Senado y Cámara de Representantes, quienes lo remitirán con 45 días de antelación a la fecha de presentación de dicho informe anual por parte del Banco”.

El Artículo 372 de la Constitución Nacional en el inciso primero de la siguiente manera:

Inciso Primero: El número de miembros de la Junta Directiva del Banco de la República pasa de siete (7) a cinco (5); quienes podrán ser reelegidos máximo para periodos de dos años. Se agregó al texto original el siguiente aparte: “En caso de no cumplirse las metas propuestas al inicio del período y después de transcurridos los dos primeros años, podrán ser remplazados hasta dos (2) de ellos. Igualmente, el Presidente de la República nombrará al Auditor General del Banco, quien deberá presentar un informe anual al Congreso de la República nombrará al Congreso de la República, sobre la gestión”.

El Acto Legislativo 09 de 2002 modificó el artículo 216 de la Constitución Nacional en el siguiente sentido:

Al segundo inciso se le suprimió la frase “y las instituciones públicas”, igualmente se suprimió el tercer inciso de texto original. Incorporó como tercer inciso el siguiente punto: “Se podrá optar por la prestación del Servicio Militar, o de un Servicio Social Cívico o Ecológico en igualdad de condiciones. Este último en ningún caso podrá ser manejado por la Fuerza Pública”. Como cuarto Inciso: “La ley determinará las condiciones y requisitos que regulen la prestación de los Servicios Militar, y Social Cívico y Ecológico”.

La reforma agregó a este artículo tres párrafos que en su orden son:

Parágrafo 1°. La ley reglamentará el artículo 216 de la C. P., en lo relativo a la gradualidad del desmonte del Servicio Militar Obligatorio, y la consecuente Profesionalización de las Fuerzas Militares.

Parágrafo 2°. El desmante total del Servicio Militar Obligatorio se realizará una vez las Fuerzas Militares posean en sus filas 100.000 soldados profesionales, con la suficiente dotación y apoyo tecnológico.

Parágrafo 3°. El Gobierno Nacional tendrá seis meses para poner a consideración del Congreso de la República lo concerniente a la reglamentación del Servicio Militar, y el Servicio Social Cívico y Ecológico”.

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONSULTA: Las Sociedades Portuarias pueden restringir el acceso a los operadores portuarios debido al aumento en el número de solicitudes de registro e ingreso a sus instalaciones?

CONCEPTO No. 03-935-02 del 3 de octubre de 2002. La actividad portuaria es por definición altamente técnica y especializada, que requiere el cumplimiento de condiciones mínimas para su desarrollo, como lo es contar con personal altamente capacitado y con la maquinaria necesaria para el desarrollo de las tareas propias de la actividad. Esto está íntimamente ligado con la libertad de competencia, entendida como la facultad que tienen los empresarios de utilizar todos los medios legales para obtener determinados fines económicos, y consolidar y fortalecer sus empresas mediante la atracción y conservación de la clientela, pues en la medida que se posean adecuadas condiciones técnicas se tendrá mayor relevancia en el mercado y por ende las tarifas serán competitivas.

En este sentido, es la libre oferta y demanda la que determinará la necesidad y libre acceso de los operadores portuarios a las sociedades, por consiguiente, si está satisfecha la demanda con fundamento en las calidades técnicas de los operadores no es obligatorio que las Sociedades Portuarias permitan el acceso de otros operadores que no cumplen los requisitos técnicos determinados por las leyes de mercadeo. Por esto le corresponde a la Sociedad Portuaria establecer estas condiciones técnicas y determinar la necesidad de permitir el ingreso de nuevos operadores al puerto, con fundamento en lo ya expuesto....

Ω

CONSULTA: Los sindicatos se pueden registrar como operadores portuarios?

CONCEPTO No. 1038-02 del 27 de noviembre de 2002: ... las asociaciones y/o sindicatos no pueden registrarse como operadores portuarios; por cuanto estos de conformidad con la Constitución Política de Colombia, los sindicatos están circunscritos como una organización dedicada a la defensa de los intereses de los trabajadores, quienes se asocian en virtud de un derecho fundamental; y por tener esta asociación sindical esta finalidad primordial, riñe con una actividad eminentemente lucrativa como es la de los operadores portuarios.

Por otra parte, por disposición expresa consagrada en la legislación laboral artículo 355, los sindicatos no pueden tener por objeto la explotación de negocios o actividades con fines lucrativos, caso en el cual se encuentran las asociaciones y/o sindicatos a quienes se les ha registrado y renovado el registro de operadores portuarios.

Por lo anterior se sugiere en lo sucesivo no registrar como operadores portuarios a estas asociaciones sindicales y los ya registrados dárseles un plazo para se constituyan como operadores portuarios de conformidad con la normatividad que rige esta actividad.



CONSULTA:Cuál es el alcance de la póliza de responsabilidad civil contractual y extracontractual que se debe exigir a los operadores portuarios de conformidad con lo establecido en la resolución No. 0478 de 1999?

CONCEPTO No. 03-861-02 del 3 de septiembre de 2002. Acogiendo el criterio de la doctrina y de la legislación moderna, la cual afirma que el seguro de Responsabilidad Civil es a favor de terceros, en este orden de ideas y considerando el incremento de actividades industriales, comerciales y profesionales, con su correlativo aumento de capacidad de generación de daño, hacen que el seguro de Responsabilidad Civil cumpla una función preventiva y reparadora que evita la lesión patrimonial del asegurado causante del hecho dañoso y protege a los damnificados.

El riesgo que es materia de amparo en el seguro de Responsabilidad civil corresponde a la responsabilidad en que pueda incurrir el asegurado, bien sea contractual o extracontractual. Se protege el patrimonio del deudor, es decir, el eventual responsable.

A la luz de la resolución 478 de 1999 se pretende que el seguro cubra no sólo la responsabilidad directa del Operador Portuario sino también aquella que pueda imputarse a la Supertransporte como entidad vigilante y supervisora, al igual que a la Nación por una presunta falla en el servicio, en la medida que la jurisprudencia del consejo de Estado viene evolucionando con la tendencia de ampliar el ámbito de la responsabilidad de la administración pública y de otorgar indemnizaciones cada vez más generosas, considerando que los daños causados por este tipo de prestadores de servicios a terceros con ocasión de la ejecución de su objeto social son susceptibles de generar responsabilidad en cabeza de la entidad vigilante o en su defecto la Nación.

Vista las anteriores explicaciones, queda claro que los Operadores Portuarios deben contar con una póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual en los términos y para los efectos de la resolución 478 de 1999.

En relación con la póliza de Responsabilidad Contractual, esta oficina considera que la Superintendencia de Puertos y Transporte no debe exigirla, ya que al momento del registro de un Operador Portuario, seguramente no tiene contratos celebrados, lo que significa la inexistencia de interés asegurable, en este orden de ideas recomendamos que dicha resolución en este sentido debe ser modificada, y lo correcto sería que los Operadores una vez celebren los distintos contratos, suministren a la Supertransporte copia de las Pólizas de Responsabilidad Civil Contractual que se adquieran, para amparar los daños o perjuicios que eventualmente se puedan causar a las partes involucradas en la relación privada.

Con los anteriores argumentos, se pretende dar una ilustración general que permita a su dependencia, resolver inquietudes presentadas por los distintos Operadores Portuarios, relacionadas con el tema de pólizas de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual.



CONSULTA: Cual es el procedimiento a seguir en las investigaciones administrativas?

CONCEPTO No. 1066 del 9 de diciembre de 2002: ... la competencia para instruir o adelantar las investigaciones e imponer las sanciones le corresponde al señor Superintendente Delegado, de conformidad con la delegación prevista, en el Decreto 101 del 2 de febrero de 2.000; cuya función se encuentra establecida en el Decreto 1016 de junio de 2.000 en el artículo 13 numerales 10 y 15.

Por otra parte La Ley 489 de 1.998, en su artículo 11 establece que funciones no se pueden delegar, consagrando en el numeral 2 la siguiente: “ Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de la delegación”.

De lo anterior se desprende que las funciones contempladas en la Decreto 1016 artículo 13 numerales 10 y 15 no se pueden delegar por expresa prohibición legal. Por lo que se sugiere nuevamente, que en el auto de apertura de investigación, o uno posterior se comisione para la práctica de pruebas; a los profesionales que tienen la función, relacionando cada una de las pruebas a practicar, indicando la fecha, día y hora para su realización, haciéndoles saber igualmente a los presuntos investigados de estas pruebas para que puedan entrar a ejercer su derecho de contradicción y de defensa.

Ahora bien, se recomienda que las pruebas decretadas y practicadas por los funcionarios que no tenían la competencia para decretarlas, se pongan a disposición de los presuntos investigados para que entren a controvertirlas dándoles un término para ello y así, si solicitan controvertir un medio de prueba como por ejemplo declaración puedan entrar a contra interrogar, es decir, que esta prueba vuelve y se decreta y practica, igual sucedería con la prueba de inspección.

En conclusión, no se puede subsanar a través de la figura de la delegación, el decretar pruebas sin tener la facultad para ello, ya que lo delegado no se puede delegar de acuerdo al artículo 11 de la Ley 489 de 1.998.

Ahora bien, respecto al fallo de la Corte Constitucional que cita en su solicitud, sobre la delegación administrativa, es aplicable para el caso de la contratación, ya que como bien se analiza en el mismo, el legislador ha radicado su titularidad en el jefe o representante legal de la entidad, pero esta circunstancia no excluye que por la naturaleza y el nivel del empleo y por el tipo de atribuciones a cargo de este funcionario, pueda él, cuando lo estime procedente para dar cumplimiento a los principios de la función administrativa, vincular a otros funcionarios de la entidad para que participen también en la gestión contractual del Estado.

Esta delegación de la competencia puede ser total o parcial para la celebración de contratos, en donde se podrá delegar el ejercicio de asuntos expresamente autorizados y la delegación que se pretende por parte de la delegada esta prohibida por la ley 489 de 1.998, artículo 11 numeral 2.

Directora
Ilva Restrepo Arias

Coaboradoras
Wanda Caycedo G.
Junny La serna B.