

**V FORO CICIR “EL SISTEMA DE CONTROL INTERNO
FUNDAMENTO DE LA TRANSPARENCIA EN LA
CONTRATACIÓN”**

**TEMA: “ASPECTOS DISCIPLINARIOS DE LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA”**

Universidad tecnológica de Pereira

Noviembre 25 de 2010

MARIA HELENA FLOREZ DE TRUJILLO

Cuando un servidor público se posesiona en un cargo, toma juramento, comprometiéndose a cumplir fielmente la Constitución Política y la Ley en sentido amplio. Desde ese momento se crea una relación entre el como servidor público y el Estado, toda vez que nace un vínculo jurídico, surgido por la atribución de la función pública; de tal manera, que el incumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúa dentro del a ética del servidor público prestado, con sujeción desde luego a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que garantizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública.

El Estatuto de Contratación está estructurado bajo los principios Constitucionales del artículo 209 sobre la función pública, los que por ser de interés general deben ser respetados al momento de iniciar cualquier proceso de contratación.

El ordenador del gasto y responsable de la actividad contractual, tiene la obligación de cumplir y hacer cumplir todos los principios que rigen la contratación administrativa.

El numeral 5º del artículo 26 de la ley 80 de 1993, establece que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante legal de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a otras instancias y que ni aún la figura de la delegación excluye la responsabilidad del

jefe de la entidad, por cuanto la norma ya señalada tiene una tasación legal que no puede desconocerse.

El jefe o representante legal tiene la responsabilidad y el deber de cumplir y hacer cumplir los principios de la contratación estatal y de la función pública como suprema autoridad tiene la obligación de enterarse de todo lo que sucede con respecto a la actividad contractual, dando instrucciones necesarias no solo para el cumplimiento de los fines de la contratación administrativa, sino, para que se dé pleno cumplimiento a los principios constitucionales y legales que rigen la actividad administrativa.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES- CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

- Principio de la Buena Fe.
- Principio de responsabilidad.
- Principio de igualdad.
- Principio de la moralidad.
- Principio de la imparcialidad.
- Principio de la celeridad.
- Principio de la eficiencia.
- Principio de la economía.
- Principio de la planeación contractual.
- Principio de la Dignidad humana.
- Los valores (Preámbulo de la Constitución)
- Fines del Estado (Artículo 2º C.P).

Derechos:

- Derecho de Petición.
- Derecho de defensa
- Derecho de contradicción.

.

Principios ley 80 de 1993

- ❖ Transparencia.
- ❖ Economía.
- ❖ Responsabilidad.

Principios ley 1150 de 2007

- Principio de la motivación de las decisiones contractuales.

Principios Generales del Derecho

- Enriquecimiento sin causa.
- Abuso del derecho.

Derecho disciplinario

- Principio de acción de unidad administrativa

ASPECTOS GENERALES:

- La delegación no excluye de responsabilidad al jefe de la entidad.
- Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias para los fines previstos en la ley.
- Delegación jefe: Deber y cuidado y control.
- Principio de la responsabilidad: Vigilancia de la correcta ejecución del objeto contratado.
- Principio de la unidad de acción administrativa. El delegante conserva a la facultad de reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario y para revocar el acto de delegación (art 211 de C.P.)

- Principio de Economía: Exigencia de los estudios y diseños previos al proceso de selección o firma del contrato.
- Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección deben elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos (Numeral 12 artículo 25 de la Ley 80 de 1993).
- Se debe evitar prejuicios graves. Se da cuando no se observa los principios constitucionales y legales de la contratación administrativa.
- Nunca el representante legal puede aducir que nunca fue consultado o informado por parte de los funcionarios encargados de tomar las decisiones técnicas del proyecto, ni por los funcionarios encargados de elaborar los pliegos de condiciones, ni por la interventoría, ni por el constructor.
- El representante legal tiene el deber de estudiar, analizar, formular y ponderar cada elemento de juicio, para que el interés de la entidad y de la ciudadanía prevalezca.
- El representante legal debe evitar a toda costa la negligencia.
- El representante legal debe demostrar siempre diligencia y el debido cuidado.
- La jerarquía determina la naturaleza de la falta.
- Se constituye en falta disciplinaria, participar en la etapa contractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación administrativa y la función administrativa.
- Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la

elaboración, ejecución y liquidación de los contratos que se celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

CONFIGURACIÓN DEL TIPO DISCIPLINARIO POR REMISIÓN A LAS NORMAS LEGALES

- Remisión a las normas que regulan la actividad administrativa. Ley 489 de 1998.
- Remisión al Estatuto de Contratación y normas complementarias,
- El desarrollo de los principios contractuales de la Ley 80 de 1993.**Transparencia:** Adoptar las medidas necesarias para garantizar la publicidad de las actuaciones y los recursos con que cuente la entidad, los contratistas y la comunidad para tener acceso a la información para presentar sus peticiones.**Economía :**Consagra la impulsión oficiosa de los procesos, el principio de legalidad de los procedimientos, el requisito de disponibilidad presupuestal, el silencio administrativo positivo, la diligencia de los actos previos al proceso contractual, la búsqueda de efectividad de los mismos y la pronta solución de las diferencias que en ellos surjan. **Responsabilidad:** La ley consagra la obligación de los funcionarios públicos de velar por los intereses de la entidad, los contratistas y los administrados, la obligación de observar una conducta diligente, la responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento de las obligaciones, tanto de los servidores públicos como de los contratistas.
- Normas tipo Blanco: Configuración por remisión a la Constitución, las Leyes, los reglamentos y demás normas del ordenamiento, que normalizan dichos principios, permitiendo que en un caso concreto, pueda determinarse tal conducta con un grado de objetividad que garantice los derechos del disciplinado.

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Las autoridades no actuarán con desviación de poder y ejercerán sus competencias para los fines previstos en la ley. Igualmente les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

La constitución dio la posibilidad para que los particulares ejerzan temporalmente funciones públicas, previa reglamentación legal, sin que este ejercicio sea por la vía de los contratos de prestación de servicios tipificados en el artículo 32 numeral tercero de la Ley 80 de 1993(Artículos 110 y 111 Ley 489 de 1998).

No es dable al ordenador del gasto a través de contrato de prestación de servicios, otorgarle funciones públicas en forma permanente a los particulares, toda vez, que como la dice la Constitución política, no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento (Artículo 122 y 189 numeral 14, C.P)

La sentencia C- 094 del 11 de Febrero de 2003- permite determinar los elementos necesarios y estructurales como falta disciplinaria gravísima la indiscriminada celebración de contratos de prestación de servicios, cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e implique subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista.

Lugar a falta disciplinaria gravísima:

- ❖ Celebrar contratos sin formalidades plenas con objeto similar, renovables mensualmente.
- ❖ Que le objeto del contrato sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas.
- ❖ Que esa función requiera dedicación de tiempo completo.
- ❖ Que esa función implique subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista.

“La Corte Constitucional ha sido enfática en expresar que la finalidad de la norma disciplinaria (artículo 48, numeral 29 Ley 734 de 2002) es evitar la suscripción indiscriminada de contratos de

prestación de servicios con el objeto en ella indicando y hacerlo desconociendo su índole de contrato estatal, para encubrir relaciones laborales que, ignorando los procedimientos legítimos a la función pública, generan nóminas paralelas y lesionan los derechos de los trabajadores (SENTENCIA C- 094 DE 2003).

Quiere decir que contratistas desarrollan labores en las mismas condiciones que los funcionarios de planta, que utilizan el mismo espacio físico, los equipos y demás elementos de la entidad.

FALTAS DISCIPLINARIAS

La falta disciplinaria se agota con la infracción del deber funcional.

El derecho disciplinario juzga el cumplimiento correcto del deber funcional, en un ambiente de especiales relaciones de sujeción, sin que sea menester el establecimiento de un resultado de lesión naturalístico, pues, basta y es suficiente que se infrinja el deber exigible y esperable del servidor público, ligado por esa especial relación, para que el ilícito disciplinario, se estime agotado.

Pueden limitarse a describir conductas que afectan el desarrollo de la función pública y que se concreten en el incumplimiento por acción o por omisión de otras normas, es decir son tipos disciplinarios en blanco.

Sin embargo, el precepto que describe la falta debe tener un contenido para garantizar a los disciplinados la protección frente a posibles arbitrariedades y así mismo, asegurar la igualdad de los ciudadanos en cuanto a la aplicación de la ley.

Debe recordarse que una de las obligaciones, del funcionario público, es la capacitación preventiva, que permite el conocimiento de las normas que rigen sus actuaciones y las consecuencias de su inobservancia.

No resulta, entonces, ajeno a la función pública y menos aún a una función tan delicada como la relativa a la contratación estatal, contar con la diligencia del funcionario, quien no podrá excusar el incumplimiento de sus obligaciones por desconocimiento de los principios que rigen su actuación.

Se incurre en falta.

- ✓ Ignorancia supina.
- ✓ Desatención elemental.
- ✓ Violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.
- ✓ La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común le imprime a sus actuaciones (Artículo 43 Ley 734 de 2002).

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN:

Principio rector en materia de contratación estatal, consiste en que el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, debe obligatoriamente ceñirse a la organización, racionalización y coherencia de las decisiones, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos con que todos los nacionales contribuimos al funcionamiento del Estado y al desempeño adecuado de las funciones asignadas a sus organismos estatales.

La planeación de la contratación constituye una de sus más importantes etapas. La gran mayoría de dificultades e inconvenientes en la actividad contractual se presentan por el incumplimiento por parte de las entidades estatales del principio de planeación.

La contratación sin el cumplimiento adecuado de la fase de planeación ha sido, infortunadamente, una práctica reiterada en algunas entidades territoriales. Se considera en ocasiones, que la realización de estudios resulta excesivamente onerosa y que no reporta beneficios políticos en la medida que los estudios no se exteriorizan o concretan en forma inmediata en una ejecución materialmente perceptible por los asociados. En otros casos no se hacen estudios previos por falta de recursos de personal o recursos económicos.

En realidad no existe argumento que pueda defender la contratación sin el cumplimiento de una adecuada fase de

planeación. Lo que en principio podría considerarse como un gasto innecesario, terminaría en un ahorro de tiempo y recursos.

La parálisis de trabajos por suspensiones motivadas en la falta de estudios generará, no solamente un retraso en la satisfacción de las necesidades colectivas, sino el pago de un mayor valor al contratista.

NORMAS PRESUPUESTALES:

EL servidor público está sujeto al cumplimiento de la ley y, en tratándose de la celebración de negocios jurídicos, al estatuto contractual y las normas presupuestales que constituyen en marco de esa función, como quiera que consagra las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todos los contratos, los cuales son de aplicación general y obligatoria observancia por todos los entes y organismos estatales de las distintas ramas del poder público, en sus diferentes niveles.

ORDENADOR DEL GASTO.

No permite la Constitución, la Ley ni los lineamientos orientados por la ética y la moral, que el ordenador del gasto acuda a mecanismos no consagrados por la ley.