CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA | OFICINA JURÍDICA

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 29-10-2013 16:18
Al Contestar Cite Este No.: 2013EE0135791 Fol:6 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURIDICA / GERMAN SILVA GARCIA
DESTINO JAVIER ERNEY NUÑEZ VERBEL
ASUNTO CONCEPTO
OBS

80112

Bogotá, D.C.

2013EE0135791

Ingeniero
JAVIER ERNEY NUÑEZ VERBEL
Representante Legal
Constructora Arquisoluciones S.A.S.
Calle 22 N° 17-48 Local 1
Sincelejo, Sucre

ASUNTO: CONTRATACIÓN ESTATAL– IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN Y DE LAS OBSERVACIONES QUE REALIZAN LOS POSIBLES CONTRATISTAS A LOS ESTUDIOS PREVIOS Y PLIEGOS DE CONDICIONES.

Respetado Ingeniero Nuñez:

1.- ANTECEDENTES

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República recibió el 07 de octubre de 2013, el oficio IE0106706 fechado el 25 de septiembre del año en curso, suscrito por el doctor Rafael Céspedes Silgado, Gerente Departamental de Sucre, remisorio del comunicado CAR-CH-009-2013-05, del día 20-09-13, donde Usted expone varios hechos relacionados con la Contratación adelantada con el Municipio de Chalán- Sucre, el 11 de junio/13, mediante invitación pública, modalidad mínima cuantía, cuyo objeto es la consultoría para la formulación de estudios y diseños para la construcción de un parque recreativo en la zona urbana del Municipio de Chalán-Sucre.

Entre los hechos descritos por Usted, opina que no se encuentra la obligación relativa al levantamiento topográfico y estudios de suelo, por tanto, Usted estima que se debe restablecer la ecuación contractual, aduciendo un presunto desequilibrio entre las obligaciones contractualmente pactadas.

Dentro de las obligaciones estipuladas está entre otras: "1) Diseños arquitectónicos del parque principal, en concordancia con los lineamientos de planeación y urbanismo determinados en el esquema de ordenamiento territorial y a las instrucciones dadas por la entidad contratante a través de la Secretaria de Planeación...".

2.- FUENTE FORMAL

Constitución Política, artículos 209, 267, 272 y 334.
Ley 80 de 1993.
Ley 1150 de 2011.
Decreto 734 de 2012. (Derogado por el Decreto 1510 de 2013).

3.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

3.1.- En primera instancia es importante aclarar que "el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Dicho control **se ejercerá en forma posterior y selectiva** conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Ésta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado..." [Negrilla fuera de texto original]. (Artículo 267 Constitucional).

El Constituyente del 91 quiso imprimir a la gestión fiscal un control posterior y selectivo para evitar la figura de la coadministración. Así, la auditoría de los recursos invertidos en la gestión de determinado punto de control parte de un muestreo que se toma de los recursos ya invertidos a los que se les realiza control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales conforme lo dispone la Norma Superior.

En materia de contratación, el artículo 65 de la Ley 80 de 1993 ordena:

> **"Artículo 65°.-** *De la Intervención de las Autoridades que ejercen Control Fiscal.* ***La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos.*** *Igualmente* ***se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos,*** *para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales.*
>
> ***Una vez liquidados o terminados los contratos****, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.*[1]

[1] *Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-623 de 1999.*

El control previo administrativo de la actividad contractual corresponde a las oficinas de Control Interno. Las autoridades de Control Fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden." [Negrilla fuera de texto original].

Así, es claro que en cualquiera de estos tres momentos contractuales puede realizarse control fiscal y, si en desarrollo del control posterior se observa que en los pagos efectuados dentro de la ejecución parcial del contrato aparecen irregularidades fiscales que ameriten el inicio de un proceso de responsabilidad fiscal, el grupo auditor debe realizar su traslado inmediato al competente para el efecto. Pero el anterior procedimiento le corresponde adelantarlo a la Contraloría Departamental de Sucre, teniendo en cuenta que en el Municipio de Chalán no hay Contraloría Municipal. (Art. 272 Constitucional).

3.2.- No obstante lo anterior, nos pronunciaremos de manera general sin entrar a puntualizar caso especifico alguno, sobre la importancia del principio de planeación; de la elaboración de los estudios previos, los pliegos de condiciones, igualmente enunciaremos algunos principios generales del derecho.

3.2.1.- El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio; estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas.[2]

Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre concurrencia. De un lado, se refiere con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato - en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios.[3]

De otro lado, tiene que ver con el principio de libre concurrencia –manifestación de los principios constitucionales de libre competencia e igualdad, ya que

[2] *Sentencia C-300/12.*
[3] *Sentencia C-300/12.*

permite que cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección; si la información fruto de la etapa precontractual es lejana a la realidad del negocio, posibles oferentes se abstendrán de presentar propuestas, en perjuicio de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables.[4]

La planeación, entendida como la organización lógica y coherente de las metas y los recursos para desarrollar un proyecto, es pilar de la contratación estatal.

El Estado, al contratar bienes y servicios para garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales, no solamente invierte los recursos públicos, sino que genera empleo y desarrollo en todos los niveles y sectores de la economía.[5]

De allí la importancia de que esta actividad contractual sea el fruto de la planeación, el control y el seguimiento por parte de los servidores públicos.
La etapa precontractual, es decir, la que antecede cualquier contratación, determina, en buena medida, el éxito o el fracaso de los procesos de selección o de los contratos que se suscriban.[6]

Planear, en materia de contratación estatal, implica no sólo contar con un plan que consolide y priorice las adquisiciones de la entidad, con fundamento en las necesidades técnicamente diagnosticadas, sino que exige la realización de una serie de estudios y análisis orientados a precisar mecanismos económicos, transparentes y adecuados para satisfacer dichas necesidades.[7]

3.2.2.- Importancia de las observaciones y sugerencias que se presentan al proyecto de pliego de condiciones.

La importancia de éstos, por así llamarlos, comentarios, radica en que los pliegos de condiciones definitivos podrán incluir los temas planteados en las observaciones, siempre que se estimen relevantes. Así se está minimizando la posibilidad de que se susciten controversias, bajo la premisa de que los interesados ya han tenido la oportunidad de opinar y de ser oídos en el trámite de elaboración de los pliegos definitivos.[8]

---

[4] *Sentencia C-300/12.*
[5] *Sentencia C-300/12.*
[6] *Procuraduría General de la Nación, Importancia del Principio de Planeación.*
[7] *Procuraduría General de la Nación, Importancia del Principio de Planeación.*
[8] Régimen Contractual en Colombia. Ministerio de Relaciones Exteriores.

Los pliegos de condiciones definitivos son los mismos proyectos de pliegos, pero ajustados conforme las observaciones y complementaciones hechas por los particulares, que la entidad contratante desee adoptar.

3.3.- Entretanto, debemos tener claro el concepto de experto. Un **experto** o **perito** es una persona reconocida como una fuente confiable de un tema, técnica o habilidad cuya capacidad para juzgar o decidir en forma correcta, justa o inteligente le confiere autoridad y estatus por sus pares o por el público en una materia específica. En forma más general, un experto es una persona con un conocimiento amplio o aptitud en un área particular del conocimiento. Los expertos son requeridos para dar consejos sobre su tema de especialización, aunque no siempre coinciden en sus apreciaciones con las opiniones aceptadas sobre ciertos temas específicos de su tema de estudio. Se cree que un experto puede, gracias a su entrenamiento, educación, profesión, trabajos realizados o experiencia, tener un conocimiento sobre un cierto tema que excede el nivel de conocimiento de una persona común, de manera tal que otros puedan confiar en la opinión del individuo en forma oficial y legal.[9]

Es tentador definir al **experto** simplemente como el que conoce sobre un campo delimitado del saber. Pero este enfoque encuentra rápidamente sus límites, en cuanto se reconoce la necesidad de diferenciar el experto del científico o incluso del especialista. El experto se define en efecto menos en sí mismo, que como el vector de una respuesta a una solicitud de conocimiento.[10]

Entonces, dentro de la etapa precontractual es primordial tener en cuenta las observaciones que realiza el "*experto en el tema*" a los estudios previos y pliegos de condiciones, toda vez que es el experto en el negocio.

Por tanto, estimamos que después de conocer los estudios previos y los pliegos de condiciones, y el contratista x no eleva ninguna observación respecto a los mismos, se entiende que los razonó, analizó y aceptó sin ningún contratiempo.

3.4.- Ahora bien, traemos a colación tres (3) principios que deben tenerse en cuenta en este estudio, y son:

PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS-Prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas e incluso inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Que no es otra cosa en

[9] *Internet.- Experto - Wikipedia, la enciclopedia libre. es.wikipedia.org/wiki/Experto*
[10] *Internet.- Experto - Wikipedia, la enciclopedia libre. es.wikipedia.org/wiki/Experto*

este momento que conociendo el posible contratista x que se estructuraron mal los estudios previos y los pliegos de condiciones, no hace ninguna observación, y posteriormente invoca el posible desequilibrio contractual.

PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS-Nadie puede alegar a su favor su propia culpa. En este evento, el posible contratista x no se dio cuenta que estaban erróneamente enfocados los estudios previos y pliegos de condiciones por descuido, afán, apuro, etc., y posteriormente fundamenta su propia culpa o negligencia para argüir un posible desequilibrio contractual.

Y el último principio y definitivo, **PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS**- que no es otra cosa que el deber de los Tribunales de negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido.[11]

4.- CONCLUSIONES

4.1.- Es significativo mencionar que un experto es aquella persona reconocida, como fuente confiable sobre determinado tema, y que a su vez tiene la capacidad para juzgar o decidir de manera acertada, concreta, clara y precisa sobre un determinado asunto. [12]

Además, suele considerársele una persona justa o inteligente que confiere autoridad y estatus a un estudio, un proyecto y una opinión. De manera más acertada, un experto es una persona con un conocimiento amplio sobre determinados temas.

De la misma forma, los expertos son requeridos para dar consejos, ayudas y apoyo sobre un tema en especifico, que esté acorde a la especialización de éste. Cabe destacar, que un experto gracias a la formación, educación, y profesión, realiza trabajos en pro de la colectividad. Además, éstos son de mucha ayuda para aquellos quienes los necesiten. [13]

Por tanto, el posible contratista que desea participar en un proceso precontractual, es la persona que conoce el tema objeto de la probable contratación, y es la persona que tiene la experticia sobre el asunto a contratar.

4.2.- De otra, la entidad pública contratista debe tener una eficaz y efectiva planeación dentro de la contratación que va a adelantar.

---

[11] *Sentencia T-213/08*

[12] *Universidad de los Andes. Expertos.*

[13] *Universidad de los Andes. Expertos.*

4.3.- La entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 y su Decreto reglamentario 734 de 2012[14], introdujeron normas tendientes a hacer más efectivo el principio de planeación dentro de los procesos contractuales de la administración pública; en ese orden de ideas, la etapa previa o de estudios previos, se convierte en materialización de dicho principio y constituye un elemento de vital importancia en la estructuración no solo de los procesos de selección sino del futuro contrato y su correcta ejecución.

En términos de la Corte Constitucional, la planeación estatal es el instrumento mediante el cual se definen las políticas a implementar para el cumplimiento de los fines y cometidos estatales, señalando los elementos indispensables para la ordenada ejecución de las obras y la prestación de los servicios en un período determinado, evitando la improvisación y procurando el aprovechamiento máximo de los recursos disponibles.[15]

Por su parte, el Consejo de Estado[16] considera que los principios de planeación, economía y transparencia que, entre otros, orientan la contratación estatal, tienen como finalidad asegurar que todas las actuaciones adelantadas por la Administración durante la actividad contractual se cumplan con eficiencia y eficacia; que los procedimientos de selección sean ágiles, agotando los trámites estrictamente necesarios; que todo proyecto esté precedido de los estudios técnicos, financieros y jurídicos requeridos para la viabilidad económica y técnica de la obra; que en la ejecución del contrato se optimicen los recursos y se eviten situaciones dilatorias que ocasionen perjuicios a una de las partes contratantes.[17]

De este modo ha señalado[18] que las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección.

---

[14] *Artículo 161. Vigencia. El presente decreto rige a partir del 15 de agosto de 2013.*
Artículo 162. Régimen de transición. El siguiente es el régimen de transición del presente decreto:
1. Régimen de transición de las normas sobre el RUP. ...
2. Aplicación transitoria del Decreto número 734 de 2012. Aquellas Entidades Estatales que, por razones operativas derivadas de la necesidad de ajustar sus procedimientos internos de contratación a la nueva reglamentación, consideren necesaria continuar aplicando las disposicianes del Decreta número 734 de 2012 pueden hacerla para tados sus Procesos de Cantratación durante el periado de transición que se extiende hasta el 31 de diciembre de 2013.

[15] *Guía de la Contratación Estatal, Alcaldía Mayor de Bogotá, Actualización 2012.*

[16] *Fallo apelación sentencia Consejo de Estado Agosto 29 de 2007, magistrada Ponente Mauricio Fajardo Gómez.*

[17] *Guía de la Contratación Estatal, Alcaldía Mayor de Bagotá, Actualización 2012.*

[18] *Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de agosto de 2006.*

Con base en lo anterior vemos entonces que en nuestro caso hipotético existen argumentos defensables para las dos partes, ello es, tanto para la entidad pública como para el particular contratista, de defender su posición particular y concreta.

4.4.- Estimamos viable comentar que dentro de la palabra "*construcción*", estaría implícito el tema de estudios de suelos, igualmente, podríamos pensar que intrínsecamente en el término "*urbanismo*", está incorporado el estudio de suelos o el levantamiento topográfico. Vemos como, frente a una expresión, se pueden presentar varias acepciones.

4.5.- Finalmente, nos permitimos comunicarle que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución[19], ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas "*sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General*"[20], así como las formuladas por las contralorías territoriales "*respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General*"[21] y *las presentadas por la ciudadanía respecto de "las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"*[22].

En este orden, mediante su expedición se busca "*orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal*"[23] y "*asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten*"[24].

---

[19] *Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.*
[20] *Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.*
[21] *Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.*
[22] *Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.*
[23] *Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.*
[24] *Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.*

Ingeniero JAVIER ERNEY NUÑEZ VERBEL

Es relevante tener presente, que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16[25] del Decreto Ley 267/00, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas con la(s) dependencia(s) implicada(s).

Le expresamos que puede conocer y consultar los conceptos que, con relación a este y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando nuestra página Web www.contraloriagen.gov.co, Link - Portal Institucional – Link - Información al Ciudadano, Link - Normatividad- .

Cordial saludo,

GERMÁN SILVA GARCÍA
Director Oficina Jurídica

Proyectó: *Gloria Leonora Andeotti Caro, Profesional Universitario.*
Revisión de forma: *María Stella Romero Nieto.*
NR: *2013IE0106706*

[25] *Art. 43. OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.*