

CGR-OJ- 0122 - 2023

Contraloría General de la República :: SGD 24-08-2023 09:06
Al Contestar Cite Este No.: 2023EE0141459 Fol:6 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112- OFICINA JURÍDICA / ISDUAR JAVIER TOBO RODRIGUEZ
DESTINO HELMER FABIAN VITOLA
ASUNTO RESPUESTA 2023ER0121136
OBS

80112 -

2023EE0141459



Bogotá D.C.,

Doctor

[REDACTED]
Director Ejecutivo
Región de Planeación y Gestión del Bajo Cauca
[REDACTED]
Bajo Cauca - Antioquia

Radicado: 2023ER0121136 del 10 de julio de 2023.
Asunto: AUTONOMÍA TERRITORIAL – PRINCIPIO DE PLANEACIÓN.

Respetado doctor [REDACTED]

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República -CGR- recibió la consulta citada en la referencia,¹ la cual procede a responder a continuación:

1. Antecedentes

Mediante oficio radicado 20232040285431 del 10 de julio de 2023 el Departamento Administrativo para la Función Pública trasladó a este ente de control la petición, en la cual el ciudadano solicita:

"(...) 1. ¿Está la Región de Planeación y Gestión del Bajo Cauca obligada a contratar un Revisor Fiscal?

2. ¿Se podría estar constituyendo un presunto detrimento patrimonial al contratar la revisoría fiscal, siendo la entidad un sujeto activo de vigilancia de la Contraloría Departamental de Antioquia y de la Contraloría General de la República?

3. ¿Qué beneficios tiene para la entidad contar con la Revisoría Fiscal? (...) (Sic)"

Esta oficina respecto a los interrogantes 1 y 3 corrió traslado a la Contaduría General de la Nación para que en el marco de sus competencias se pronuncie.

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: "Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción".

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR 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 ejecución² 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"*³, 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"*⁴ y las presentadas por la ciudadanía respecto de *"las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"*⁵.

En este orden, mediante la expedición del concepto 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"*⁶ 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"*⁷.

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de 2000⁸, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la (s) dependencia (s) implicada (s).

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica

Esta Oficina se ha pronunciado sobre el principio de planeación y la responsabilidad fiscal entre otros, en los conceptos radicado 2015EE0082014 del 07 de febrero de 2015 y concepto CGR-OJ-071-2023, los cuales pueden ser consultado en el Sistema de Información Normativa SINOR de la Contraloría General de la República.

4. Consideraciones jurídicas

² Art. 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

³ Art. 43, numeral 4º del Decreto Ley 267 de 2000

⁴ Art. 43, numeral 5º del Decreto Ley 267 de 2000

⁵ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000

⁶ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000

⁷ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000

⁸ 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.

Problema jurídico:

Se tomará como problema jurídico la pregunta planteada por el peticionario y que debe ser absuelta por este órgano de control fiscal de acuerdo con su competencia.

“2. ¿Se podría estar constituyendo un presunto detrimento patrimonial al contratar la revisoría fiscal, siendo la entidad un sujeto activo de vigilancia de la Contraloría Departamental de Antioquia y de la Contraloría General de la República?”

4.1. Esquemas Asociativos Territoriales

La Ley 1454 de 2011 establece en el artículo 10:

“ARTÍCULO 10. ESQUEMAS ASOCIATIVOS TERRITORIALES. Constituirán esquemas asociativos territoriales las regiones administrativas y de planificación, **las regiones de planeación y gestión**, las asociaciones de departamentos, las áreas metropolitanas, las asociaciones de distritos especiales, las provincias administrativas y de planificación, y las asociaciones de municipios.” (Resaltado fuera de texto)

Estos Esquemas Asociativos regulan la suscripción de un acuerdo de voluntades entre entidades territoriales o asociaciones de entidades territoriales (o entre éstas y aquellas), en aplicación de los mecanismos de colaboración, cooperación y a los principios señalados en la Ley 1454 de 2011; para realizar un esfuerzo conjunto en la búsqueda de objetivos comunes, determinados por los miembros que conforman el esquema asociativo, de acuerdo a los fines permitidos por la Ley.

Para el caso concreto, respecto a las regiones de planeación y gestión la Ley estableció:

“ARTÍCULO 19. REGIONES DE PLANEACIÓN Y GESTIÓN. En virtud de lo estipulado en el artículo 285 de la Constitución Política, créanse las Regiones de Planeación y Gestión (RPG). Para los efectos previstos en esta ley, **se consideran regiones de Planeación y Gestión las instancias de asociación de entidades territoriales que permitan promover y aplicar de manera armónica y sostenible los principios de complementariedad, concurrencia y subsidiariedad en el desarrollo y ejecución de las competencias asignadas a las entidades territoriales por la Constitución y la ley.**

Las asociaciones entre entidades territoriales podrán conformar libremente entre sí diversas Regiones de Planeación y Gestión, podrán actuar como bancos de proyectos de inversión estratégicos de impacto regional durante el tiempo de desarrollo y ejecución de los mismos. Solo se podrán asociar las entidades territoriales afines, de acuerdo con los principios expuestos en la presente ley.

Las Regiones de Planeación y Gestión serán los mecanismos encargados de planear y ejecutar la designación de los recursos del Fondo de Desarrollo Regional.”

Esta disposición se complementa con lo dispuesto en el artículo 11:

“Artículo 11. Conformación de asociaciones de entidades territoriales. Las asociaciones de entidades territoriales se conformarán libremente por dos o más entes territoriales para prestar conjuntamente servicios públicos, funciones administrativas propias o asignadas al ente territorial por el nivel nacional, ejecutar obras de interés común o cumplir funciones de planificación, así como para procurar el desarrollo integral de sus territorios.

Parágrafo. Podrán conformarse diversas asociaciones de entidades territoriales como personas jurídicas de derecho público bajo la dirección y coordinación de la junta directiva u órgano de administración que determinen las entidades territoriales interesadas, las cuales velarán por la inclusión y participación de la comunidad en la toma de decisiones que sobre el área se adopten.”

Las RPG tienen como fines los de ejecutar las competencias asignadas a las entidades territoriales por la Constitución y la ley, actuar como bancos de proyectos de inversión estratégicos de impacto regional durante el tiempo de desarrollo y ejecución de los mismos, así como planear y ejecutar la designación de los recursos del Fondo de Desarrollo Regional.⁹

Por su parte, el artículo 30 de la misma Ley 1454 de 2011, modificada por la Ley 1962 de 2019, señala cómo se pueden constituir la Región Administrativa y de Planificación RAP, así:

“ARTÍCULO 30. REGIÓN ADMINISTRATIVA Y DE PLANIFICACIÓN (RAP). <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1962 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> De conformidad con lo previsto en el artículo 306 de la Constitución Política, previa autorización de sus respectivas asambleas, y previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial de Senado, los gobernadores de dos o más departamentos podrán constituir mediante convenio una Región Administrativa y de Planificación (RAP), con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio, con el objeto de promover el desarrollo económico y social, la inversión y la competitividad regional. Con tal fin la Región de Administración y de Planificación (RAP).

(...)”

Es claro que ambas figuras hacen parte de los esquemas asociativos previstos en la Ley del ordenamiento territorial colombiano. Sin embargo, para crear una RAP o una RAP-E se requiere adelantar el trámite a través de la Comisión de Ordenamiento territorial del Senado de la República, entre otros requisitos.

El control fiscal de las RAP de acuerdo con lo establecido en la Ley 1962 de 2019, le corresponde a la Contraloría General de la República:

“ARTÍCULO 12. Control Fiscal. La Contraloría General de la República será la entidad encargada de efectuar la vigilancia de la gestión fiscal de las regiones de

⁹ <https://asociatividad.dnp.gov.co/preguntas-frecuentes/cu%C3%A1l-es-la-naturaleza-jur%C3%ADdica-de-las-regiones-de-planificaci%C3%B3n-y-de-gesti%C3%B3n/>

administración y planificación (RAP) y de las Región Entidad Territorial (RET). En ninguna circunstancia se podrá crear estructura adicional para atender esta labor.”

Ha indicado el Departamento Nacional de Planeación sobre la naturaleza jurídica de las Regiones de Planificación y Gestión:

“De conformidad con lo anterior, con relación a la naturaleza jurídica de los esquemas asociativos, la LOOT en su artículo 10 describe cuáles son los esquemas asociativos, dentro de los cuales se destaca las Regiones de Planificación y Gestión, y en el artículo 17 desarrolla la naturaleza y funcionamiento de esta modalidad, describiéndolas como entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman.

En ese orden de ideas, si bien la LOOT no enunció explícitamente en el primer inciso del artículo 17 las Regiones de Planificación y Gestión, cuando esta disposición hace referencia a la naturaleza jurídica de los esquemas asociativos, y al estar reconocido como tal las RPG, guarda correspondencia y armonía que su naturaleza jurídica sea la misma que se prevé en el referido artículo 17.

De este modo, al tratarse de un esquema asociativo que se conforma por decisión de las autoridades territoriales, cuando ésta se integra por municipios, le resultan aplicables, las disposiciones contenidas en el artículo 150 de la Ley 136 de 1994 que, de manera textual, señala lo siguiente:

Artículo 150. Conformación y funcionamiento. Las asociaciones para su conformación y funcionamiento se sujetarán a las siguientes reglas:

1. Toda asociación de municipios será siempre voluntaria. Se conformará mediante convenio suscrito por sus alcaldes, previa autorización de los respectivos concejos.

2. En el convenio de conformación se aprobarán sus estatutos, los cuales deberán determinar como mínimo: el nombre, domicilio, la dirección de la asociación, entidades que la conforman; objeto, especificando los servicios, obras, funciones que asume, tiempo por el cual se pacta la asociación, órganos de administración, representante legal, procedimiento para reformar los estatutos; modos de resolver las diferencias que ocurran entre los asociados, disolución y liquidación, régimen interno de administración, patrimonio, especificando los aportes de los municipios integrantes y demás bienes que la forman, al igual que las rentas, que les ceden o aportan, total o parcialmente la Nación, los departamentos y otras entidades públicas o privadas; los recursos que cobre por las tarifas de los servicios que preste; las contribuciones que cobre por valorización; los demás bienes que adquiera como persona jurídica; y el producto de los ingresos o aprovechamiento que obtengan por cualquier otro concepto.

1. El convenio con sus estatutos se publicará en un medio de amplia circulación. (Se resalta.)

De manera adicional, si un departamento hace parte de la conformación de una RPG, en el acto de constitución, podrá determinarse, previa autorización de la respectiva asamblea departamental, los aportes al patrimonio del esquema asociativo, para el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo y para la ejecución de obras o proyectos de desarrollo regional, conforme lo señala el artículo 327 del Decreto 1222 de 1986 que, en este aparte, no ha sido objeto de derogatoria.

En el caso que nos ocupa, debe indicarse que la subregión del Bajo Cauca y Nordeste Antioqueño está compuesta por 13 municipios del departamento de Antioquia: Nechí, Caucaasia, el Bagre, Cáceres, Zaragoza, Tarazá, Segovia, Remedios, Amalfi, Anorí, Briceño, Valdivia e Ituango, caso en el cual el control fiscal es de competencia de la Contraloría de Antioquia, sin perjuicio del control fiscal macro de competencia de la Contraloría General de la República en los términos de lo dispuesto en la Ley 42 de 1993 y la Resolución REG-ORG 063-2023 de 2023.

Adicionalmente debe indicarse que en la parte final del precitado inciso 4° del artículo 267 de la Constitución Política se dispone que: "La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley".

Se precisa entonces que de la parte final del inciso 4° del artículo 267 de la Constitución Política y de los incisos 1°, 2° y 3° del artículo 272 ibidem, modificados por el Acto Legislativo 04 de 2019, que la vigilancia y control fiscal de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías territoriales, corresponde a éstas en forma concurrente con la Contraloría General de la República. Disponiéndose que, corresponde a la ley regular las competencias concurrentes entre contralorías y la prevalencia de la Contraloría General de la República.

4.2 Autonomía territorial

Colombia, en los términos del artículo 1° de la Constitución, está organizada como una República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales.

El concepto de autonomía territorial contenido en el artículo 1° de la Carta, desarrollado en el artículo 287, garantiza a dichas entidades (artículo 286 de la Constitución) la facultad de (i) gobernarse por autoridades propias; (ii) ejercer las competencias que les correspondan; (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; (iv) participar en las rentas nacionales.

Este principio fundamental de nuestro ordenamiento constitucional fue definido por la Corte Constitucional en la Sentencia C – 478 de 1992, así:

"La Constitución de 1991 introdujo cambios fundamentales en el régimen territorial. Este pasó de un esquema con centralización política y descentralización administrativa, a un sistema de autonomía para las entidades territoriales sin perder de vista la unidad del Estado. Así lo reconoce el artículo 1° de la Constitución.

La autonomía es la capacidad de manejar los asuntos propios; es decir, aquellos que le conciernen al ente territorial como tal, con una libertad que estará limitada por lo que establezcan la Constitución y la ley. La autonomía es entonces, afirmación de lo local, seccional y regional, pero sin desconocer la existencia de un orden superior. Si no existiera ese límite para el ente se estaría en presencia de otro fenómeno distinto en el cual el interés local, seccional o regional se afirmarían sin tener en cuenta ningún otro poder. Este es el caso de los estados federales. Esta configuración autonómica está consagrada en el artículo 287 de la nueva Constitución" (negrilla fuera de texto).

Es decir, nuestro constituyente en el marco del moderno sistema de descentralización, decidió otorgar ciertas facultades a los entes territoriales dentro de los límites de la República unitaria. Con el fin de dar claridad conceptual, es importante indicar que las entidades territoriales son las señaladas en el artículo 286 del texto superior, a saber:

"ARTICULO 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley."

De la lectura de esta disposición, las entidades territoriales, además de los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, también pueden ser las regiones y las provincias si así lo determina el Congreso de la República a través de la ley.

4. 2 Autonomía territorial en materia contractual

Los artículos 1° y 2° del estatuto de contratación, Ley 80 de 1993, incluyeron a las entidades territoriales como destinatarias de las reglas y principios aplicables a los contratos de las entidades estatales. Sobre el particular la Corte indicó:

"la aplicación del Estatuto de Contratación a las entidades territoriales no significa desconocimiento de su autonomía constitucional, fundamentalmente, porque reconoció expresamente su capacidad contractual, lo que no se limita a la suscripción del contrato, sino, de manera amplia, a **utilizar la potestad contractual, de manera autónoma, pero dentro del margen legal**¹⁰. En materia contractual, al ser el contrato un instrumento de gestión para lograr los fines de interés general y de ejecución financiera, la autonomía de las entidades territoriales, para la gestión de sus propios intereses, materializa dos de las potestades que les reconoce el artículo 287 de la Constitución: la de ejercer las competencias que les correspondan y la de administrar los recursos para el cumplimiento de sus funciones."¹¹ (negrilla fuera de texto).

A renglón seguido amplió la Corte:

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-738/2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-119/2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

“En materia contractual, la autonomía constitucional de las entidades territoriales se opone, en principio, a cualquier forma de control de tutela ejercido por autoridades del nivel central, respecto de la administración descentralizada territorialmente. Lo anterior, teniendo en cuenta que, a diferencia de la denominada descentralización administrativa por servicios, en la que necesariamente las personas jurídicas descentralizadas deben encontrarse ligadas a una autoridad del orden nacional, quien dispone diversas facultades para controlar su actividad [63], la descentralización territorial riñe en principio con estas formas de control administrativo, en razón de la autonomía que la Constitución reconoce a las entidades territoriales. **Así, la jurisprudencia constitucional ha reprochado normas que han sometido la actividad contractual de las entidades territoriales, a controles y autorizaciones previas, por parte de entidades del nivel central** [64], luego de considerar que la tutela contractual contraría la autonomía de las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses.

53. La ausencia de tutela contractual de la administración central, respecto de la administración descentralizada territorialmente, significa que en las entidades territoriales radica una serie de facultades que, de acuerdo con la ley y sometidas a ella, pueden ejercer sin intromisión de parte de las autoridades nacionales [66]: (i) derivado de la facultad constitucional de planear su desarrollo, a través de los planes departamentales y municipales de desarrollo, las entidades territoriales adoptan la decisión política de señalar lo que consideran de interés general en el gobierno local, pero de manera concertada con el Gobierno Nacional, en vista de su armonización respecto del Plan Nacional de Desarrollo (artículos 300, n. 2 y 3, 313, numeral 2, inciso 2 del artículo 339 y 342 de la Constitución). La planeación es el primer paso para el ejercicio de la autonomía contractual, ya que este instrumento macro, se implementa y ejecuta a través de programas que requieren la celebración de contratos. (ii) La elaboración de los presupuestos, en segundo lugar, también hace parte de la autonomía de las entidades territoriales, que se manifiesta en lo contractual, ya que el presupuesto moviliza recursos para la realización de los objetivos de la planeación y predetermina la posibilidad de celebrar contratos, a través de los cuales, se afectarán y ejecutarán dichos recursos. Luego, (iii) las entidades territoriales, en el proceso continuo de planeación, que no se limita al instrumento macro, identifica y prioriza las necesidades concretas que deben satisfacerse, (iv) adopta una decisión que manifiesta su autonomía para gestionar sus propios intereses: decide si dicha necesidad será satisfecha a través de los recursos humanos y materiales que tiene a su disposición o, por el contrario, adopta la decisión de acudir al contrato e identifica de qué tipo contractual se tratará. En la decisión de contratar, de acuerdo con los artículos 300, n. 9 y 313, n. 3 de la Constitución, es posible que se requiera la autorización para contratar, por parte de la respectiva corporación pública administrativa, como, en el nivel nacional, es competencia del Congreso de la República, según el artículo 150, n. 9 de la Constitución. (v) La autonomía contractual también implica la estructuración del proceso para seleccionar al contratista, dentro del margen de configuración permitido por la Ley y por sus decretos reglamentarios y las condiciones de tiempo, modo y lugar. Para ello, entre otras cosas, **precisa las características concretas y específicas del objeto contractual (alcance, tipo de contrato, cantidad, precio, plazo de entrega, forma de pago, etc.), acorde con la necesidad a la que pretende responder y establece el presupuesto y los tiempos en los que se**

desarrollará el procedimiento, de acuerdo con la Ley. (vi) La dirección del procedimiento de selección del contratista compete, igualmente, a la entidad territorial, hasta la celebración del contrato. (vii) Una vez perfeccionado el contrato, se activan competencias de dirección y vigilancia de la ejecución del contrato que va desde la identificación de las condiciones para comenzar la ejecución del contrato y terminan con su liquidación, pasando por el ejercicio de potestades excepcionales durante la ejecución.”¹²

De las normas citadas es claro que las entidades territoriales tienen un amplio margen de actuación dentro de los límites y parámetros determinado por el Estado Social de Derecho. Ahora bien, esa libertad debe respetar, entre otros y en materia contractual el principio de planeación.

4.2.1 Estudios previos – descripción de la necesidad

No obstante la autonomía con la que cuentan las entidades territoriales para contratar, en virtud del principio de planeación contenido entre otras, en los artículos 6,7, 11, 12, 13, 14, 24 y 26 de la Ley 80 de 1993, artículo 8° de la Ley 1150 de 2008 adicionado parcialmente por el artículo 6° de la Ley 1882 de 2018 y lo prescrito artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, es obligatoria la elaboración de los estudios previos como soporte para la preparación del proyecto de pliegos, los pliegos y el contrato mismo. El Decreto 1082 de 2015 dispone:

“ARTÍCULO 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Estos deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación. (...) (Resaltado fuera de texto).

Sobre el particular el Consejo de Estado ha precisado que:

“En materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación, pues resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un proceso contractual. El desconocimiento de este deber legal por parte de las entidades públicas de llevar a cabo los estudios previos, vulnera los principios generales de la contratación, en especial el de planeación y con él los de economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, entre otros.”¹³

Al respecto, esta Oficina en el concepto radicado 2015EE0082014 del 07 de febrero de 2015 indicó:

¹² Corte Constitucional, sentencia C-119/2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo – Sección Segunda, radicación número: 11001-03-25-000-2012-00762-00(2520-12), providencia del 20 de octubre de 2014. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

“Con base en estos postulados se colige que existe un deber legal por parte de la administración de planear de manera adecuada los procesos de contratación que adelante, lo que implica inequívocamente la obligación de determinar ab initio todas las condiciones por las cuales se regirá el contrato correspondiente tales como el objeto, el alcance, las obligaciones asumidas por las partes, el valor y el amparo de los riesgos de la contratación a través de las garantías respectivas, entre otras.”

En línea con ese planteamiento y a través del Concepto CGR-OJ-071-2023 esta oficina respecto a la violación del principio de planeación afirmó:

“Sobre la responsabilidad derivada de la inobservancia de las normas en materia de contratación el Consejo de Estado en providencia del 29 de agosto de 2007, proceso número 850012331000030901, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, precisó que:

“El incumplimiento del deber legal consagrado en las normas legales que rigen o han regido la contratación pública, mediante las cuales se establece para la Administración la obligatoriedad de contar previamente con los planos, proyectos y presupuestos respectivos y, por supuesto, haber obtenido las aprobaciones y licencias para la ejecución de las obras, comprometen la responsabilidad patrimonial de la Administración en los eventos en que por ello se ocasionen daños antijurídicos al contratista e incluso podría generar **responsabilidad de tipo patrimonial, fiscal, disciplinario y aún penal, respecto de los funcionarios que actúan de manera negligente e improvisada en las distintas etapas del contrato.**

Sobre este mismo aspecto, la Sala ya había puntualizado lo siguiente:

“El Estado está obligado a actuar con alto grado de eficiencia y eficacia, para que se protejan los recursos fiscales con sujeción estricta al orden jurídico. De tal manera, **es altamente cuestionable todo acto de negligencia, desidia o falta de planeación u organización estatal en la toma de decisiones públicas, que generen situaciones contrarias a la ley**¹⁴.

El ordenamiento jurídico constitucional y legal imponen a las entidades públicas una serie de parámetros técnicos, presupuestales, jurídicos, de conveniencia y oportunidad que deben acatarse al momento de realizar un contrato estatal. **Su inobservancia en el marco del proceso de responsabilidad fiscal, podría dar lugar a responsabilidad fiscal en los términos de la Ley 610 del 2000 por afectarse el patrimonio público.**” (negrilla fuera de texto).

En ese orden jurídico y en atención a que la descripción de la necesidad es parte esencial del estudio previo, debe la entidad justificar la necesidad que pretende satisfacer a través de la celebración de un contrato estatal. La inobservancia de este elemento conduce inexorablemente a la violación del principio de planeación y, por lo tanto, puede dar lugar al establecimiento de responsabilidad fiscal de acuerdo con lo prescrito en la Ley 610 del 2000 modificada por la Ley 1474 de 2011.

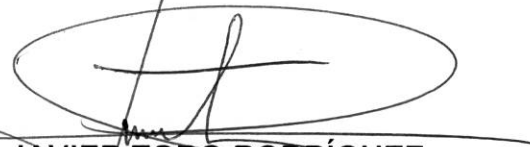
¹⁴ Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 1998, Exp. 10439, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

Es importante anotar que de conformidad con el literal a del artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, **se presume la culpa grave "Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante"**.


5. Conclusiones

5.1 Eventualmente, en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, es posible endilgar responsabilidad fiscal a los servidores públicos o particulares que, en el desarrollo de la etapa de planeación de un contrato estatal, incurrir en errores o falencias que ocasionan un daño a los bienes, intereses patrimoniales o patrimonio del Estado, siempre que concurren los elementos que integran la responsabilidad fiscal.

Cordialmente,



JAVIER TOBO RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Camilo Correa Ortiz 
Revisó: Lucenith Muñoz Arenas
Radicado: 2023ER0121136
TRD. 80112-033 – Conceptos Jurídicos. Conceptos Jurídicos.