

FAVOR DEVOLVER
COPIA FIRMADA

Jadica



Radicado No: 20181100008381

Fecha: 04-04-2018

Bogotá,
110

Señor

JUAN PABLO GONZÁLEZ CORTÉS

Avenida Carrera 15 núm. 124 – 91 Edificio Súper Centro – Oficina 605
Bogotá D.C.

Referencia: Radicado núm. 2018233001044-2 SIA - ATC 2018000192
Concepto sobre Informe Técnico del Artículo 117 de la Ley 1474 de 2011

Cordial saludo:

En atención a su solicitud del concepto referido en el asunto, sobre las siguientes inquietudes planteadas:

“¿Cuál es el alcance del Informe Técnico gratuito del cual habla el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011, y que deben rendir las entidades particulares sobre temas relacionados con su naturaleza u objeto?”

¿Cuál es el límite de lo que se puede llegar a exigir a la entidad particular mediante el informe técnico gratuito, para que no resulte un perjuicio y una carga desproporcional o excesiva para la entidad particular y que consecuentemente no se genere un “daño especial” frente a esta?

¿Se puede exigir en el marco del informe técnico del que habla el artículo 117 referido, actividades que impliquen pruebas de laboratorio, mediciones, y otras acciones que exijan disponibilidad y eso de maquinaria, equipos y/o laboratorios?

¿Se podría llegar a pedir por vía del informe técnico gratuito del cual habla el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011 actividades como: - Verificación de diseños, verificación de cumplimiento de normas técnicas en dichos diseños. - Verificación de cumplimiento de normas técnicas en la ejecución de una obra. - Determinación de funcionalidad y resistencia de una obra. - Causas de no funcionalidad o fallas estructurales de una obra?

¿Se asemeja el informe técnico gratuito a la prueba por informe prevista en el artículo 275 del Código General del Proceso?”

Lucía Riveros
16-1-1
10-04-2018
09 ABR 2018

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, es necesario manifestar que dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, de conformidad con el artículo 274 de la Constitución Política y el Decreto 272 de 2000, donde se establece la organización y funcionamiento de la Entidad, y específicamente el numeral 2 de artículo 13, donde se reglamentan las funciones de la Oficina Jurídica, instituyendo:

“Oficina Jurídica. Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad”.

Es necesario manifestar que este ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que se ejerce un control posterior y selectivo de la gestión fiscal. Por lo anterior no se emiten conceptos de situaciones particulares o concretas que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia.

No obstante, y con el propósito de brindar una ilustración que contribuya a dar una clarificación sobre el tema, pasa esta Oficina Jurídica a formular algunas consideraciones de manera general y abstracta teniendo en cuenta las inquietudes formuladas por la consultante.

Para entrar a resolver la solicitud del concepto sobre la primera inquietud planteada, respecto al alcance del informe técnico gratuito del cual habla el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011, y que deben rendir las entidades particulares sobre temas relacionados con su naturaleza u objeto, es necesario manifestar que en la etapa de indagación preliminar, así como en la etapa de investigación para determinar tanto el daño como la responsabilidad de los implicados deberá probarse a través de los medios legales para ello y con el lleno de los requisitos y reglas atinentes a cada uno, es por esto que la Ley 610 de 2000 en sus artículos 22 a 32, contempla unos principios que deberán tenerse en consideración al momento del decreto y práctica de las pruebas.

En tal sentido no debe perderse de vista que el objeto de la prueba debe tener relación con lo investigado, y es allí donde debe hacerse un examen cuidadoso de aquellos medios probatorios que se decretan. En consecuencia el operador



jurídico deberá determinar la idoneidad legal que tiene la prueba para demostrar determinado hecho (conducencia), así como la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso (pertinencia) y en consecuencia, si dichas pruebas resultan eficaces para la toma de decisión en el proceso (utilidad).

La Corte Constitucional en su sentencia T-1395 de 2000, sobre la solicitud y decreto de pruebas dijo, "*La autoridad titular de la competencia no necesariamente está obligada a decretar y a practicar todas las pruebas solicitadas, sino las que sean pertinentes y conducentes para garantizar el derecho de defensa y el logro de la finalidad perseguida con la actuación administrativa. Por lo tanto, podrá negar la práctica de pruebas, cuando ellas carezcan de la aptitud o de la utilidad necesarias para que puedan servir de soporte a la adopción de la correspondiente decisión. La decisión de la autoridad en el sentido de no acceder al decreto de una prueba dentro de la actuación administrativa, debe producirse con anterioridad a la adopción de la decisión; dado que ésta sólo debe pronunciarse cuando se haya oído al interesado y obren dentro del proceso las pruebas necesarias para tomar una resolución ajustada al derecho y a la equidad*".

Sin embargo hay que tener en cuenta que una vez las pruebas han sido decretadas es obligación del funcionario competente hacer todo lo posible para que se agote la práctica de las mismas so pena de vulnerar el derecho de defensa del implicado.

El artículo 27 de la Ley 610 de 2000 es claro en afirmar que "*El funcionario competente podrá comisionar para la práctica de pruebas a otro funcionario idóneo*", por lo que está permitido que se comisione a otro funcionario para la práctica de las pruebas ordenadas dentro del trámite procesal, bajo la condición de que sea idóneo, esto con el fin de que no se coloque en riesgo la práctica material y el aporte al proceso de la prueba de que se trate.

En los procesos de responsabilidad fiscal se podrán decretar los medios de prueba especialmente los estipulados en el artículo 31 de la Ley 610 de 2000 y en el artículo 117 de la Ley 1474 de 2011, siendo estos: las visitas especiales y los informes técnicos.

El artículo 117 de la Ley 1474 de 2011 nos indica:



"Los órganos de vigilancia y control fiscal podrán comisionar a sus funcionarios para que rindan informes técnicos que se relacionen con su profesión o especialización. Así mismo, podrán requerir a entidades públicas o particulares, para que en forma gratuita rindan informes técnicos o especializados que se relacionen con su naturaleza y objeto. Estas pruebas estarán destinadas a demostrar o ilustrar hechos que interesen al proceso".

Así las cosas, el alcance y el objeto del informe técnico no es otro que servir como medio de prueba cuyo fin último será que una entidad pública o particular a partir de sus conocimientos especializados rinda un concepto técnico, científico o artístico sobre asuntos que interesen al proceso y que se necesite.

Dando respuesta a su segundo planteamiento, respecto al límite de lo que se puede llegar a exigir a la entidad particular mediante el informe técnico gratuito, es bien sabido que dicho límite no fue contemplado por el legislador en sentido estricto, sin embargo de la lectura e interpretación semántica el límite está contemplado en el marco de la tecnicidad y especialidad que se relacionan con la naturaleza y objeto de quien se le solicita.

Así, el informe técnico sólo puede ser elaborado por un funcionario de una entidad pública o por una persona jurídica particular que tenga por objeto materias relacionadas con los hechos que se necesitan despejar con el informe en el proceso. Por ejemplo, podrá pedirse un informe técnico al Cuerpo Técnico de Investigación Judicial CTI, al Colegio de Contadores de Colombia o a una universidad pública o privada, en sus respectivas materias, en ese sentido, no podrá emitir un concepto técnico respecto a la calidad de materiales empleados para la construcción de una vía, una empresa o sociedad cuyo objeto social versen sobre temas artísticos.

En lo que tiene que ver con *"...el resultado de un perjuicio y una carga desproporcional o excesiva para la entidad particular y que consecuentemente no se genere un "daño especial" frente a esta"*, en virtud del informe técnico gratuito que aquella deba rendir, es necesario hacer algunas precisiones al respecto.

El Consejo de Estado ha construido una extensa línea jurisprudencial respecto del daño especial, *en la cual el título de imputación tiene fundamento en la equidad y en la solidaridad como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que*

debe soportar el administrado.¹ (...) El daño especial ha sido entendido como un título de imputación de aplicación excepcional, que parte de la imposibilidad de resarcir un daño claramente antijurídico con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad. En este sentido, resulta valiosa la referencia que nos aporta la jurisprudencia de esta corporación al decir: "Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan solo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre su encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad".²

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia C-767 de 2014 definió el principio de solidaridad como "un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo". La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental".³

Por otro lado, respecto al principio de igualdad, la misma Corporación señaló que "Del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes."⁴

Conforme a estas definiciones jurisprudenciales y en concordancia con el criterio de daño especial, es impreciso afirmar que el acto legítimo de un órgano de vigilancia y control fiscal como autoridad constitucional establecido para ello,

¹ Consejo de Estado. Sentencia 16696/1991-0681 de mayo 3 de 2007.

² *Ibid.*

³ Corte Constitucional. Sentencia C-767 de 2014.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2012.



cause un perjuicio y altere las cargas públicas de los administrados al solicitar mediante un informe técnico gratuito una información especialísima cuya respuesta pueda proporcionar alguien que por sus cualidades profesionales esté en la capacidad de hacerlo.

Es por ello que el principio de solidaridad busca, entre otras, que los asociados coadyuven aunando esfuerzos y capacidades al apoyo de otros asociados o del interés colectivo, en virtud del deber impuesto a toda persona, sea natural o jurídica, por el solo hecho de pertenecer a ella.

En cuanto al principio de igualdad, es claro a la luz de la jurisprudencia que la igualdad supone un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, así, cuando una autoridad realice una solicitud para que un particular emita concepto técnico gratuito, se le está dando cumplimiento a dicho principio constitucional, entiéndase que las circunstancias en que se encuentra aquel particular, son iguales a las de otro que también puede efectuarlo. A manera de ejemplo, si en el territorio nacional existieran 3 empresas que pudieran rendir concepto técnico sobre la calidad del concreto utilizado para la construcción de un puente, sobre éstos recae el principio de igualdad por encontrarse en circunstancias profesionales idénticas para realizarlo.

Por último, frente a este cuestionamiento, considera el Consejo de Estado que el daño especial, *como régimen de responsabilidad ha sido elaborado a partir de la concepción de igualdad de las cargas públicas que pesan sobre los administrados; esto implica considerar i) que las cargas ordinarias o normales que se aplican sobre todos los ciudadanos o sectores específicos de ellos deben ser asumidas como un sacrificio o carga ordinaria frente al Estado, pero ii) los sacrificios particulares a que se vea abocado un ciudadano a consecuencia de un acción lícita del Estado corresponde a una situación anormal que amerita ser compensada; así las cosas, aquí se prescinde por completo de la noción de actividad riesgosa⁵. En ese sentido, no puede considerarse una situación anormal un deber tácitamente establecido en el ordenamiento jurídico sobre los asociados con el fin de determinar el daño y responsabilidad de quien ha quebrantado los principios constitucionales y legales, por ende tampoco podría ser susceptible de compensación.*

⁵ Consejo de Estado. Sentencia 52001-23-31-000-2001-00960-01 (33976) de 16 de febrero de 2017.



En atención a su tercer y cuarto interrogante, de si se puede exigir en el marco del informe técnico del que habla el artículo 117 referido, actividades que impliquen pruebas de laboratorio, mediciones, y otras acciones que exijan disponibilidad y uso de maquinaria, equipos y/o laboratorios, y a las otras actividades allí relacionadas, en líneas anteriores se manifestó que para determinar el daño y la responsabilidad a que haya lugar, la autoridad competente podrá solicitar aquello que apunte a satisfacer el objetivo de la prueba, es decir, la idoneidad legal que tiene la prueba para demostrar determinado hecho (conducencia), así como la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso (pertinencia) y en consecuencia, si dichas pruebas resultan eficaces para la toma de decisión en el proceso (utilidad).

En cuanto al contenido del informe técnico, es aplicable lo estipulado en el artículo 226 del Código General del Proceso para el dictamen pericial, así entonces, el experto deberá manifestar bajo juramento que se entiende prestado por su firma, que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional.

El informe deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten su idoneidad y su experiencia, debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones y las repuestas a los cuestionamientos hechos por el funcionario que lo ordenó.

En aplicación del artículo 235 del Código General del Proceso, para la elaboración de un informe técnico y una prueba pericial, el experto desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de los implicados. Si al momento de presentarse el informe por el experto, el funcionario competente ve que no reúne los requisitos mínimos, deberá rechazarlo por providencia motivada y ordenar que se rinda en debida forma.

El contenido del dictamen se ha establecido en la ley, y para el caso de los procesos de responsabilidad fiscal dependerá de si es aportado por las partes o si es decretado de oficio por el funcionario competente.



Se debe tener en cuenta que cuando el funcionario competente lo decreta de oficio, determinará el cuestionario que el perito debe absolver y fijará término para que rinda el dictamen.

A su vez, y por ser nuestra primera fuente jurídica de remisión normativa según el artículo 66 de la ley 610 de 2000, un dictamen aportado por uno de los presuntos responsables deberá contener lo relacionado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 219:

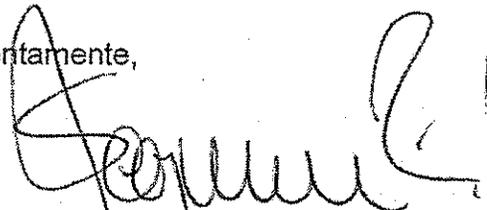
"Artículo 219. Presentación de dictámenes por las partes. Las partes, en la oportunidad establecida en este Código, podrán aportar dictámenes emitidos por instituciones o profesionales especializados e idóneos."

Por último, su interrogante respecto a la semejanza del informe técnico gratuito a la prueba por informe prevista en el artículo 275 del Código General del Proceso, guarda semejanza por las razones expuestas anteriormente.

Es necesario informarle que los conceptos que emite esta Oficina Jurídica, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aclarando que el presente análisis se limita a precisiones de carácter general y abstracta, sin que se entre a evaluar ningún caso en concreto, ni la relación de hechos allí consignada.

Confiado en que se despejen las inquietudes planteadas, me suscribo de usted.

Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRIGUEZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Felipe Andrés Sánchez Cotes - Profesional Oficina Jurídica