MEMORANDO

450

Bogotá, D.C.,

PARA: **HORACIO GUERRERO GARCÍA**
Alcalde Local de Ciudad Bolívar (E)

DE: Director de Contratación

ASUNTO: Respuesta al radicado No. 20216900000063 "*Solicitud de Concepto jurídico sobre Suscripción de contratos plataforma SECOP II vs minutas solemnes físicas*".

Respetado señor Alcalde Local (E),

En respuesta a la solicitud del asunto, procede esta Dirección a pronunciarse en los siguientes términos:

1. MARCO JURÍDICO PREVIO.

Conforme con lo dispuesto en los literal M del artículo 25 del Decreto Distrital 411 de 2016, cuyo tenor indica:

"Artículo 25 Dirección de Contratación. Corresponde Dirección de Contratación (sic) el ejercicio de las siguientes funciones:

m. Atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia"

Revisado el contenido de la anterior disposición, es claro que, a partir de la vigencia del citado Decreto, surge la obligación de la Dirección de Contratación, como dependencia adscrita a la Subsecretaría de Gestión Institucional de la Secretaría Distrital de Gobierno, de emitir concepto sobre los diferentes asuntos contractuales no sólo de la Secretaría, sino también de la gestión contractual de Fondos de Desarrollo Local. Sin embargo, si bien, dicha competencia funcional posibilita el seguimiento y control de las actuaciones circunscritas a la gestión contractual de la Secretaría y los citados Fondos, la misma no debe sobrepasar los límites funcionales, las competencias y por ende las responsabilidades propias de los Alcaldes Locales como ordenadores de gasto de los recursos asignados a los Fondos de Desarrollo Local, a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 40 del Decreto 1421 de 1993, artículo 1 del Decreto 460 de 1993 y lo consagrado en el Decreto 768 de 2019.

En tal sentido, la Dirección de Contratación de la Secretaría Distrital de Gobierno no es competente para pronunciarse sobre la actividad contractual particular de los Fondos de Desarrollo Local, que a través de los Alcaldes Locales como autoridades delegatarias ordenan el gasto y asumen las responsabilidades propias de las decisiones que toman para la correcta ejecución de su gestión contractual.

2. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS.

Reviste de especial relevancia, recalcar la disposición contenida en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece: *"Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución"*

En tal sentido, la doctrina administrativa en Colombia frente a los conceptos ha enseñado que estos *"no obligan a la administración (…) No son actos administrativos, en la medida que no adoptan decisiones, ni están llamados a producir efectos jurídicos*" (Jaime Orlando Santofimio TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Tomo II pag 196 y ss). Por su parte en la obra EL ACTO ADMINISTRATIVO Tomo I pag. 228 y ss, el profesor Gustavo Penagos, profundizó así "*los conceptos que emitan las autoridades (…) ni comprometen la responsabilidad de la entidad ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, simplemente, por tratarse de meros conceptos, que no contienes decisiones, sino pareceres o criterios de la respectiva entidad"*. El mismo autor indica que en virtud del parágrafo del artículo 57 del Decreto 2117 de 1992, solamente se pueden considerar obligatorios los conceptos emitidos por la DIAN, mediante su Subdirección Jurídica, y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria.

Por otro lado, existe importante jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, a saber *"De la formulación de consultas escritas o verbales las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y en relación con las respuestas, establecen que ellas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. Mediante los conceptos se absuelven consultas tanto de funcionarios como de particulares formuladas en procura de conocer, desde el punto de vista jurídico, criterios y opiniones acerca del problema consultado..." (Sección Primera, Auto mayo 6 de 1994, M.P. Yesid Rojas Serrano).*

En igual sentido mediante sentencia de la Sección Segunda del 06 de febrero de 1997 radicado 7736, se sostuvo que los conceptos jurídicos *"no contienen una decisión capaz de crear, modificar, ni extinguir situación jurídica de ninguna índole, ya sea de carácter general o particular"*. Y otra jurisprudencia de la misma Alta Corporación fue enfática en señalar que *"Fácilmente se advierte que la simple opinión de un funcionario en un caso particular, no tiene virtualidad alguna de obligatoriedad"*[1]

En este orden de ideas, es preciso concluir que por expresa disposición normativa e imperativo jurisprudencial, a la Dirección de Contratación le ha sido asignada la función de atender las peticiones, requerimientos y emitir los conceptos relacionados con asuntos de su competencia, los cuales no obligan tal como se ha argumentado con suficiencia.

3. **CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.**

En primera instancia, cabe iniciar citando la consulta del FDL de Ciudad Bolívar, en los siguientes términos:

" (…) Me permito solicitar su colaboración, en el sentido de emitir concepto jurídico respecto del caso particular que en adelante se expone, con el fin de despejar duda y de esta manera actuar bajo la responsabilidad correspondiente por parte de la Administración Local a mi cargo:

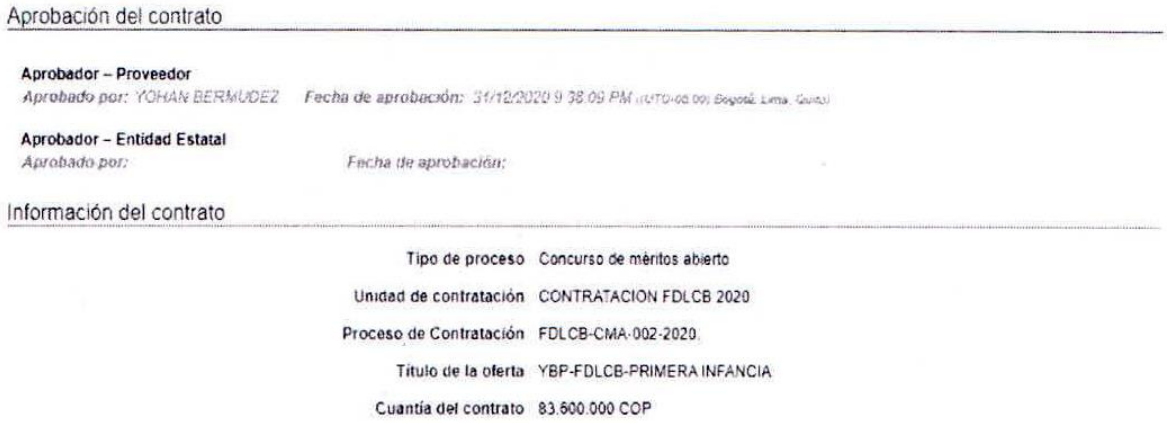
ANTECEDENTES:

El Fondo de Desarrollo Local de Ciudad Bolívar, a través de la plataforma electrónica SECOP II procedió con la publicación del proceso de concurso de méritos abierto No. FDLCB-CMA-002-2020 con el fin de: "REALIZAR LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, LEGAL, JURÍDICA, SOCIAL AMBIENTAL Y SST AL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA QUE TIENE POR OBJETO: "EJECUTAR A MONTO AGOTABLE POR EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS SIN FORMULA DE REAJUSTE, LAS OBRAS DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y/O CORRECTIVO DE LOS

1 Consejo de Estado. Sección Cuarta, Auto Diciembre 13 de 1976.

EQUIPAMENTOS PARA LA ATENCIÓN DE LA PRIMERA INFANCIA ADMINISTRADOS POR LA SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL UBICADOS EN LA LOCALIDAD DE CIUDAD BOLÍVAR."

El citado proceso fue adjudicado por la plataforma electrónica SECOP II, el día 31 de diciembre de 2020 a las 3:40 pm, procediendose entonces, a la elaboración del contrato tanto en la citada plataforma, como de manera física para luego realizar el correspondiente registro presupuestal aunado a que nos encontrabamos en cierre de vigencia fiscal 2020.
Dado que el proveedor adjudicatario procedió con la firma del documento físico, se solicitó el registro presupuestal del contrato resultante, sin embargo, se surtió el trámite de envío para aprobación del proveedor del contrato por plataforma, el cual fuera aceptado por el ismo, el 31 de diciembre de 2020 a las 9:38 pm, como se videncia de la imagen adjunta:



Aprobación del contrato

Aprobador – Proveedor
Aprobado por: YOHAN BERMUDEZ *Fecha de aprobación: 31/12/2020 9:38:09 PM (GMT-05:00) Bogotá, Lima, Quito)*

Aprobador – Entidad Estatal
Aprobado por: *Fecha de aprobación:*

Información del contrato

Tipo de proceso	Concurso de méritos abierto
Unidad de contratación	CONTRATACION FDLCB 2020
Proceso de Contratación	FDLCB-CMA-002-2020
Título de la oferta	YBP-FDLCB-PRIMERA INFANCIA
Cuantía del contrato	83.600.000 COP

De lo anterior, es preciso señalar que si bien es cierto el contrato físico fue registrado, también lo es, que, por parte del ordenador del gasto, el mismo no fue aprobado en plataforma electrónica SECOP II, es decir, a la fecha no existe contrato electrónico, pero si contrato físico.
Ahora, en virtud de la guía para la gestión contractual en el SECOP II, se establece que, una vez confirmado el contrato en la plataforma, el mismo debe ser enviado al proveedor para su aprobación, tal como se realióo, sin embargo, a pesar de haber sido aprobado por el proveedor, el ordenador de gasto de turno no lo aprobó, razón por la cual no ha sido publicado.

MARCO NORMATIVO:

Es necesario precisar que el contrato resultante del proceso, fue registrado el día 31 de diciembre con la minuta contractual física, en virtud de lo dispuesto en la normatividad legal vigente al respecto, dispuesta en el Código Civil Colombiano, la Ley 80 de 1993 y la diversa jurisprudencia que atañe los requisitos de perfeccionamiento de los contratos, asi:

- ✓ *Código Civil Colombiano:*

"ARTICULO 1500. CONTRATO REAL, SOLEMNE Y CONSENSUAL. El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento". (Subrayo fuera de texto).

"ARTICULO 1501. COSAS ESENCIALES, ACC1DENTA1.ES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRA TOS. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en el, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una

clausula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. (Subrayo fuera de texto).*

- ✓ *Ley 80 de 1993:*

"ARTICULO 39. DE LA FORMA DEL CONTRATO ESTATAL Los contratos que celebren las entidades estatales constaran por escrito y no requerirán ser elevados a escritura publica, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las nomas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad (Subrayo fuera de texto).

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales".

"ARTICULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito". (Subrayo fuera de texto).

- ✓ *Jurisprudencia relacionada:*

Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sentencia TAD-CUN-SIII-2335-2005.

"(…) PERFECCIONAMIENTO DE UN CONTRATO ESTATAL: La Ley 80 de 1993 en su artículo 41 precisó: (...), (…) con lo cual se entiende que los requisitos que ahora se requieren para perfeccionar el contrato, pasaron a ser requisitos para su ejecución, lo cual significa que desde el momento en que las partes firman el contrato, este existe como tal en el mundo del Derecho (...)" (negrilla propia del texto).

Consejo de Estado - Sentencia Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp. 11.895. Mp. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

"Cuando el negocio jurídico es solemne, la solemnidad exigida, amen de perfeccionarlo o hacerlo surgir a la vida jurídica, cumple la función de demostrar su existencia, si esta solemnidad consiste en un escrito o documento, con la característica de ser la única prueba admisible para ello por así disponerlo la ley. (Subrayo y negrilla propia del texto).

Por lo anterior, cuando se pretenda que se declare el incumplimiento contractual, la prosperidad de estas pretensiones supone, entre otras demostraciones, que se acredite la celebración de! contrato con el documento que se pide como solemnidad constitutiva pues acreditando su existencia se podrán determinar los derechos y obligaciones a favor y a cargo de cada una de las partes para luego proceder, ahí si, a verificar si hubo tal incumplimiento.

El Contrato estatal es un negocio jurídico solemne porque así lo dispone la ley y por tanto, se entiende perfeccionado "cuando se logre acuerdo sobre e! objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito"

"Sera inexistente el negocio jurídico cuando se hay a celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en ra-en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales". Art. 898 CCo.

La figura de la inexistencia jurídica de los actos o contratos es de recibo en la contratación estatal. "El contrato al que le falta un elemento o requisito esencial se le resta cualquier eficacia jurídica, porque es inexistente y por ende, ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, tal y como se puede colegir de los artículos 1501 del Código Civil, 897y 898 del Código de Comercio"

Consejo de Estado - Sentencia Sección III. 17/04/2013. Exp. 42532.

'El Consejo de Estado recuerda que de conformidad con los artículos 39y 41 de la Ley 80 de 1993, el perfeccionamiento de los contratos estatales se encuentra sometido a la observancia de tres requisitos:

a. Acuerdo sobre el objeto.
b. Acuerdo sobre la prestación.
c. Que los acuerdos anteriores estén por escrito. En relación con este requisito, el Consejo de Estado aclara que la expresión "se eleve a escrito" no significa que dicho escrito corresponda a un solo y único documento, lo cual indica que la exigencia puede satisfacerse plenamente cuando el acuerdo obra en 2 o mas documentos escritos que las partes hubieren intercambiado entre si (Cruce de correspondencia) e incluso a través de varios correos electrónicos, chat, mensaje de texto en cualquier modalidad, fax etc. Y obviamente la combinación entre ellas.

(...)

En conclusión, la formalidad establecida en los artículos 39y 41 de la Ley 80 de 1993 se satisface cuando de los diferentes escritos que las partes suscriban se desprenda de manera expresa e inequívoca su acuerdo acerca del objeto del contrato y de sus contraprestaciones.

La sola aceptación de la oferta NO implica el acuerdo del objeto del contrato y del precio, en cada caso debe examinarse el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal".

SOLICITUD DE CONCEPTO:

Teniendo en cuenta que el contrato resultante del proceso de selección FDLCB-CMA-002-2020 se tiene en físico y se perfeccionó por las partes cuando lo suscribieron, pero que el mismo no fue cargado a la plataforma electrónica SECOP II como lo establece la guía de uso de la plataforma, se pregunta:

¿Es posible realizar a la fecha, la aprobación del contrato virtual en la plataforma electrónica SECOP II sabiendo que ya existe registro presupuestal de fecha 31 de diciembre de 2020 y teniendo en cuenta que, de no hacerse así, la plataforma a futuro no permitiría cargar pagos e informes de ejecución?

¿Teniendo minuta física de contrato firmada por las partes, se suple el yerro de falta de aprobación por parte del ordenador de gasto en la plataforma y se puede entender que el contrato ya existe jurídicamente?

¿Qué consecuencias jurídicas, administrativas o disciplinarias acarrea la no aprobación del contrato en la plataforma por parte del ordenador del gasto, aun sabiendo que existe contrato escrito en físico?

¿El FDLCB como puede culminar el proceso de elaboración del contrato en la plataforma electrónica SECOP II, para avanzar en los acápites contractuales, como la ejecución del contrato, las modificaciones o los posibles incumplimientos, dado que sin aprobación por parte del ordenador del gasto y sin inicio de ejecución por la citada plataforma, esos acápites se encuentran bloqueados?

4. **RESPUESTA A LA CONSULTA REALIZADA BAJO EL CASO CONCRETO Y PROBLEMA PLANTEADO.**

Una vez descritos los supuestos de hecho esbozados por el consultante y transcritos en su totalidad los fundamentos normativos que el mismo aporta en su escrito, dispone este despacho a darle respuesta a cada una de las preguntas realizadas de manera ordenada y consecutiva para permitir una lectura concreta y definida.

¿Es posible realizar a la fecha, la aprobación del contrato virtual en la plataforma electrónica SECOP II sabiendo que ya existe registro presupuestal de fecha 31 de diciembre de 2020 y teniendo en cuenta que, de no hacerse así, la plataforma a futuro no permitiría cargar pagos e informes de ejecución?

Como primera medida es necesario traer a este escrito la funcionalidad de la plataforma SECOP II, en los términos de Colombia Compra Eficiente, como ente rector de la política de contratación pública:

"*El SECOP II es la nueva versión del SECOP (Sistema Electrónico de Contratación Pública) para pasar de la simple publicidad a una plataforma transaccional que permite a Compradores y Proveedores realizar el Proceso de Contratación en línea. Desde su cuenta, las Entidades Estatales (Compradores) pueden crear y adjudicar Procesos de Contratación, registrar y hacer seguimiento a la ejecución contractual. Los Proveedores también pueden tener su propia cuenta, encontrar oportunidades de negocio, hacer seguimiento a los Procesos y enviar observaciones y Ofertas.*

(…)

El uso del SECOP II permite ganar en eficiencia y transparencia, reducir los costos de transacción, optimizar así los recursos públicos y generar mayor valor por dinero en el sistema de compra pública. El SECOP II también fortalece la capacidad institucional para contratar, definiendo la responsabilidad y funciones de cada servidor público que participa en el proceso de contratación, así como el flujo de aprobaciones del mismo."[2]

Es así como, bajo la óptica de la transaccionalidad de dicha plataforma y su función principal de publicidad de la contratación que lleve a cabo el Estado a traves de sus entidades, todo contrato fruto de los procesos de selección adelantados por la entidad estatal que sea del caso, deberan ser objeto de publicación y seguimiento a traves de la mencionada plataforma.

En virtud del respeto al Principio de Publicidad que pretende el uso de la plataforma, es menester de este despacho recomendar al FDLCB, realizar los trámites necesarios para corregir la omisión de aprobación del contrato mediante la plataforma mencionada y las demas actividades subsiguientes, no sin antes advertir que esta omisión puede acarrear las respectivas investigaciones y posibles sanciones al FDLCB que determinen los entes de control, una vez el caso sea objeto de su análisis.

¿Teniendo minuta física de contrato firmada por las partes, se suple el yerro de falta de aprobación por parte del ordenador de gasto en la plataforma y se puede entender que el contrato ya existe jurídicamente?

Colombia Compra Eficiente a través de sus políticas y directrices, emitidas a partir de sus guías, manuales y conceptos ha sido clara y enfática en el uso de la plataforma en los siguientes términos: "*La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación. En ese sentido, el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 ha definido que los Documentos del Proceso son: los estudios y*

[2] Ver Concepto Colombia Compra Eficiente de fecha 8-082017, https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/secop-ii.

documentos previos; el aviso de convocatoria; los pliegos de condiciones o la invitación; las Adendas; la oferta; el informe de evaluación; el contrato; (subrayado fuera de texto original)

A juicio de la Dirección de Contratación el contrato cumplió con los requisitos de perfeccionamiento y por ende existe en el mundo jurídico, sin embargo, este despacho informa en el presente concepto que no le corresponde determinar si la *"(…) minuta física de contrato firmada por las partes (…)* permite suplir *"(…) el yerro de falta de aprobación por parte del ordenador de gasto en la plataforma (…)"* pues dentro de su competencia no se encuentra determinar sustituciones o enmiendas frente a requisitos de la plataforma transaccional.

¿Qué consecuencias jurídicas, administrativas o disciplinarias acarrea la no aprobación del contrato en la plataforma por parte del ordenador del gasto, aun sabiendo que existe contrato escrito en físico?

Reiterando la posición de este despacho frente a sus competencias y al alcance de sus conceptos, es menester poner de presente que son los organismos de control los llamados a determinar las consecuencias de las actuaciones de las diferentes entidades derivadas de su actuar contractual; por lo anterior, esta Dirección no se puede pronunciar frente a las consecuencias derivadas por la omisión de la entidad estatal.

¿El FDLCB como puede culminar el proceso de elaboración del contrato en la plataforma electrónica SECOP II, para avanzar en los acápites contractuales, como la ejecución del contrato, las modificaciones o los posibles incumplimientos, dado que sin aprobación por parte del ordenador del gasto y sin inicio de ejecución por la citada plataforma, esos acápites se encuentran bloqueados?

El FDLCB puede realizar los trámites necesarios para obtener la aprobación del contrato mediante la plataforma mencionada, conforme a lo dictaminado por la "Guia para hacer la gestión contractual en el SECOP II" de Colombia Compra Eficiente y una vez publicado el respectivo contrato, deberá proceder a realizar los ajustes respectivos en la plataforma frente al inicio y terminación del contrato publicado, para con ello realizar el respectivo seguimiento contractual en la ejecución.

En los términos anteriores se emite el presente concepto, tomando como base la información que fue remitida electrónicamente a la Dirección de Contratación, y para la toma de decisiones exclusivamente de la órbita de las competencias del Fondo de Desarrollo Local, y es su responsabilidad acoger el contenido del presente concepto de forma total, parcial o negativamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esperamos de esta forma haber dado respuesta a la solicitud no sin antes señalarle que, cualquier otra inquietud sobre el particular con gusto estaremos dispuestos a atenderla.

Cordialmente,

DANIEL RENE CAMACHO SANCHEZ
Director de Contratación

Revisó: Daniel Camacho - Director de Contratación
Elaboró: Viviana Gómez– Abogada Contratista Dirección de Contratación. VG