

MEMORANDO

1900 – 202100001383

OAJ-006-2021

Medellín, 15 de febrero de 2021

PARA: IVAN DARIO ZULUAGA PIMIENTA
Profesional Universitario

DE: OFICINA ASESORA DE JURÍDICA

ASUNTO: Respuesta a solicitud de concepto jurídico sobre la obligación de utilizar la plataforma electrónica Secop II y, la incidencia disciplinaria o administrativa en que podrían incurrir los servidores de la Contraloría General de Medellín por atender instrucciones que irían en contravía de los procedimientos administrativos actuales.

Procede la Oficina Asesora de Jurídica a responder la solicitud descrita en el asunto de la referencia, en los siguientes términos:

I. SITUACIÓN FÁCTICA.

Esta instancia de consulta con el objeto de dilucidar su importante inquietud transcribirá en su integridad, los interrogantes que soportan la misma, sin que con ello caiga en una innecesaria tautología:

“PRIMERO: ¿La Contraloría General de Medellín está obligada a utilizar la Plataforma Electrónica de Contratación denominada Secop II?

SEGUNDO: Las asociaciones de trabajadores de la Contraloría General de Medellín han señalado que no se tienen ajustados los procedimientos administrativos internos a esta nueva plataforma, tales como manuales, procesos de sistemas de calidad y las tablas de Retención Documental. ¿Los funcionarios de la Contraloría General de Medellín que han recibido la instrucción de utilizar la plataforma Secop II estarán incurriendo en un hecho reprochable, desde

el punto de vista disciplinario o administrativo, por atender esa instrucción que iría en contravía de los procesos administrativos actuales?

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Esta dependencia emite conceptos en términos generales, no resuelve en ellos casos puntuales sino que los aborda de manera general y abstracta. Constituyen estas orientaciones, opiniones o puntos de vista de carácter general, que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de situaciones particulares. Así mismo, deben entenderse brindados en el alcance del artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011(sustituido por la Ley 1755 de 2015).

Por tanto, en razón de su solicitud, se expide el correspondiente concepto de rigor, en los estrictos términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011(sustituido por la Ley 1755 de 2015), que establece: “Alcance de los conceptos: Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuesta a peticiones realizadas en el ejercicio a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

Así, se ha sostenido de manera pacífica por la jurisprudencia, y de manera reciente por el Consejo de Estado al señalar:

*“(…) Ahora el Artículo 25 CCA (hoy regulado en términos similares por el Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a su cargo. Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que pueda afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir efecto jurídico general y abstracto. **De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a su cargo no comprometen su responsabilidad, ni serán de obligatorio cumplimiento**” (Consejo de Estado, sentencia del 30 de agosto de 2016, Radicado 11001-03-27-000-2011-003-00(18636)). (Lo resaltado es del Despacho).*

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El presente pronunciamiento deberá de manera necesaria comprender las siguientes premisas a dilucidar: **(i)** La facultad de Colombia Compra Eficiente de expedir Circulares y de contera su correspondiente obligatoriedad **(ii)** las plataformas Secop I y Secop II cumplen funciones diferentes en el rol de la contratación pública.

(i) La facultad de Colombia Compra Eficiente de expedir Circulares y de contera su correspondiente obligatoriedad:

Mediante el Decreto Ley 4170 de 2011 *“Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente- se determinan sus objetivos y estructura”* se instituyó Colombia Compra Eficiente como una Unidad Administrativa Especial, descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera adscrita al Departamento Nacional de Planeación; otorgándole específicas funciones y desde luego, como un órgano que traza directrices y orientaciones en materia de contratación estatal para todas las entidades del Estado, que se rigen en su actividad contractual por el Estatuto Contractual y sus decretos reglamentarios.

En su artículo 3°, al establecerse sus funciones, se consagró, entre otras:

“Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones:

1. Proponer al Gobierno Nacional las políticas públicas, planes, programas y normas en materia de compras y contratación pública buscando la efectividad entre la oferta y la demanda en el mercado y criterios de racionalización normativa, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

*2. Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, **instrumentos y herramientas** que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas.*

(...)” (Lo resaltado es del Despacho).

Es decir, que por prescripción normativa, dicha entidad tiene la facultad de establecer directrices, instrumentos y herramientas que faciliten la contratación pública dentro de un contexto de publicidad que garantice la pluralidad de oferentes y la transparencia, pues la actividad contractual, si bien busca el interés general, se cimienta sobre una premisa toral y es que en la adquisición de bienes y servicios, los recursos tienen la connotación de ser públicos.

Para el cumplimiento de esas funciones ha expedido para el caso puntual de consulta las siguientes circulares:

- **Circular Externa 01 de 2019**, se estableció la obligatoriedad del uso del Secop II para la vigencia fiscal del 2020.

En dicho acto administrativo, se prescribió que a partir del 1° de enero de 2020, todas las entidades relacionadas en el anexo de la Circular en cita, deberán gestionarse, **exclusivamente** en el Secop II todos los procesos de contratación que se iniciaran a partir del 1° de enero de 2020, en todas las modalidades de selección consagradas en el Estatuto General de la Contratación Pública (licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos contratación directa, contratación de mínima cuantía).

En el anexo que hace parte inescindible de la Circular en comento, se enlistó las entidades centralizadas y descentralizadas de la rama ejecutiva del orden nacional, entidades de la rama ejecutiva del Distrito Capital de Bogotá, entidades de la rama judicial, entidades que integran el sistema integral de verdad, justicia y reparación, entidades de la rama legislativa, gobernaciones (sólo incluye el sector central, excluyendo las entidades descentralizadas de este nivel) alcaldías capitales de departamento (incluye sólo el sector central, excluyendo las entidades descentralizadas de este nivel, órganos de control *no incluye a la Contraloría General de Medellín*) que de acuerdo a la Circular están obligadas a realizar sus procesos contractuales a través del Secop II.

Obviamente la precitada Circular, estableció dos alternativas de capacitación para los sujetos destinatarios de tal circular en dos alternativas: a) Capacitación Virtual B) capacitación presencial.

Por otra parte, para programar la capacitación personal de las entidades, se debía establecer por parte de la respectiva entidad, la persona responsable para la logística de la capacitación, que al efecto brindaría Colombia Compra Eficiente.

- **Circular externa 02 de 2019:** En esta Circular, se amplió el plazo para que algunas entidades territoriales incluidas en el anexo 1 de la Circular 01 de 2019 y con el objeto de que éstas se preparen adecuadamente para adoptar el Secop II, permitiendo que sus procesos contractuales fueran obligatorios en esta plataforma a partir del 1° de abril de 2020.

Lo anterior en virtud de que a partir del 1° de enero de 2020, iniciaban nuevas administraciones, en las alcaldías de capital de departamento y los departamentos del país. Tal plazo sólo comprendió a estas entidades, pues las demás enlistadas en el anexo 1 de la Circular 01 de 2019, mantendrían tal obligatoriedad en los términos establecidos en ésta.

- **Circular externa 03 de 2020:** En esta Circular, se modificó de manera parcial la obligatoriedad del uso del Secop II en el 2020, en virtud de que Colombia Compra Eficiente venía ejecutando capacitaciones presenciales que le ofreció a las gobernaciones y a las alcaldías de ciudades capitales, con el propósito de enseñarles

a operar con facilidad el Secop II. No obstante, en razón de la pandemia del Covid 19, fue necesaria aplazar tal capacitación en algunos departamentos y alcaldías capitales, por lo que se les permitió a las entidades que no fueron capacitadas seguir utilizando el Secop I, debiendo acordar con Colombia Compra Eficiente en un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la expedición de la Circular, la formación de sus funcionarios para que puedan gestionar en el Secop II los procesos contractuales a partir del 1° de junio de 2020, pues de acuerdo a esta Circular la “ *Formación y preparación de todas las entidades y sus funcionarios es necesaria para el buen uso del Secop II*”.

- **Circular externa 01 de 2021.** Esta circular, expedida el 10 de febrero de 2021, estableció para el caso de consulta, de acuerdo al anexo 1 de la misma, que los procesos de selección que adelante este órgano de control a partir del 1 de enero de 2021, sería obligatorio el uso de la plataforma del Secop II para todas las modalidades de selección consagradas en el Estatuto General de la Contratación Pública, exceptuándose las asociaciones públicos privadas-APP, los contratos donde existan más de dos partes y los concursos de arquitectura, los cuales se deberán gestionar en la plataforma Secop I.

En la circular de marras, se estableció que todos los procesos creados en el Secop I antes del 1° de enero de 2021, que es la fecha de uso obligatorio del Secop II para éste órgano de control, podrán seguir utilizando el **Secop I**. Es de anotar por otra parte, que la precitada Circular ofrece como oferta institucional de capacitación por parte de Colombia Compra Eficiente dos modalidades de capacitación: a) **Capacitación Virtual** en el minisito de capacitación del Secop II ubicado en el siguiente enlace: [https:// www. colombiacompra.gov.co/Secop-ii](https://www.colombiacompra.gov.co/Secop-ii) y b) **Capacitación teórica práctica**. Para acceder a estas capacitaciones la Contraloría General de Medellín deberá enviar al correo secopii@colombiacompra.gov.co los datos de contacto de nombres y apellidos, cargo, correo electrónico y teléfono del funcionario quien será el responsable de coordinar las condiciones necesarias para desarrollar la capacitación con los profesionales que designe Colombia Compra Eficiente.

Circulares traídas a colación que son el ejercicio de facultades que en tal aspecto le otorgó el Decreto Ley 4170 de 2011 a Colombia Compra Eficiente y que por consiguiente, son actos administrativos de forzoso cumplimiento para los diferentes destinatarios de las mismas, toda vez que producen efectos jurídicos.

Aserción de esta instancia de consulta que se cimienta, en lo que en tal aspecto ha indicado la jurisprudencia contenciosa, quien funge como el juez natural de las actuaciones administrativas de las entidades estatales, al señalar: ¹

¹ Consejo de Estado, Sentencia del 4 de marzo de 2020, Radicado 11001-03-24-000-2018-00376-00

“[...] las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues, si se limitan a reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial [...]”² (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Siguiendo esta posición, se ha distinguido que sí son actos susceptibles de control cuando su contenido así lo permite. Al efecto, se destaca:

“[...] Las instrucciones o circulares administrativas son actos jurídicos de la Administración en sentido lato, susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, DEPENDIENDO BÁSICAMENTE DE SU CONTENIDO. En efecto, esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades, que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, no serán susceptibles de demanda [...]”(Negrillas y subrayas fuera del texto).

Ahora bien, como actos administrativos gozan de presunción de legalidad y obligatoriedad hasta tanto no sean suspendidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a través del Correspondiente medio de control y cuerda procesal pertinente.

En efecto, el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, ordena:

“Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.”

² Entre las sentencias que reiteran esta posición se pueden consultar las siguientes: 1. Sección Cuarta, sentencia de 26 de septiembre de 2018, exp. 11001-03-27-000-2016-00027-00 (22465) C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, 2. Sección Segunda, sentencia de 20 de marzo de 2013, exp. 08001-23-31-000-2010-00135-01(1575-12) C.P. Gerardo Arenas Monsalve, 3. Sección Cuarta, sentencia de 13 de marzo de 1998, exp. 8487; 4. Sección Primera, sentencia de 19 de marzo de 2009, exp. 00285, C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta; 5. Sección Primera Sentencia de 3 de febrero de 2000, exp 5236. C.P. Manuel Santiago Urueta; 6. Sección Primera. Sentencia de 14 de octubre de 1999, exp. 5064. C. P. Manuel Urueta Ayola 7. Providencias de 10 de febrero de 2000, exp. 5410 y de 1 de febrero de 2001, exp. 6375, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

Sobre tal tópico se ha pronunciado la doctrina, cuando entre otras ha precisado sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos. *“La presunción de legalidad del acto administrativo es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se les presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción”* (Dromi, José Roberto, Manual de Derecho Administrativo. Tomo I, págs.136 y 137).

La Corte Constitucional por su parte, ha disciplinado en este aspecto:

“(...) la existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual” (C-069 de 1995).

La Procuraduría General de la Nación, también se ha pronunciado en disímiles oportunidades, para lo cual se trae a colación lo señalado por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, en la que precisó en providencia de febrero 13 de 2007, Radicado 68542:

“(...) de esta manera, la presunción de legalidad de los actos administrativos consiste en partir del hecho de que todo acto administrativo ha sido expedido de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, es decir, de acuerdo con las reglas para su creación, tanto desde el punto de vista material, o sea, en relación su contenido, como desde el punto de vista formal, esto es, en lo concerniente a sus elementos, la competencia, requisitos, trámites, oportunidad y demás aspectos sustantivos y adjetivos para la expedición de cada acto administrativo.

Sobre el particular en sentencia del Consejo de Estado sección Segunda, radicado 6264 de 17 de Febrero de 1994 se señaló: como lo dicen la ley, la doctrina y la jurisprudencia, uno de los atributos del acto administrativo, entendido como emisión de la voluntad de un organismo o entidad pública con el propósito de que produzcan efectos jurídicos, es la denominada presunción de legalidad, que también recibe los nombres de “presunción de validez”, “presunción de justicia” y “presunción de legitimidad”. Se trata de una prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esta clase, que significa que, al desarrollarse y proyectarse la actividad de la administración, ello responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarcan (...).”

El Consejo de Estado ha indicado entre otras, sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos al indicar, mutatis mutandis:

“1. Principio de legalidad y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Ya en anteriores oportunidades ésta Sala había tenido la oportunidad de señalar que conforme a lo previsto en los artículos 2º, 209 y 365 del texto constitucional, la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados y a la promoción de la prevalencia de los intereses generales y, de otro, a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Este objeto de la actividad de la Administración comprende múltiples facetas pero en todo caso, sin importar cuál de ellas se trate, su actuación supone la existencia de un acto administrativo, pues éste es el instrumento mediante el cual la Administración expresa su designio y cumple sus propósitos, actividad aquella que se rige no sólo por los principios constitucionales que la guían sino también por los llamados supra principios del Estado de derecho como lo son el de legalidad, el de prevalencia del interés general, el de prevalencia y respeto a los derechos fundamentales y el de control a la actividad pública, entre otros.

“El principio de legalidad determina y limita el ejercicio del poder público, brinda a los administrados estabilidad y seguridad jurídica y, en relación con la función administrativa, debe entenderse como “la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial,” de tal manera que “la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento” y que todos sus pronunciamientos “deben buscar el bienestar, el interés público y el bien general de los asociados.”[xii]

En consecuencia, si de acuerdo con el principio de legalidad la actividad de la Administración debe someterse plenamente a las normas de superior jerarquía, se infiere que, mientras no se demuestre lo contrario, una vez se tornen ejecutorios los actos que la comprenden, toda ella se ha realizado de conformidad con el ordenamiento y por ende queda cobijada con una presunción de legalidad.

Con otras palabras, “se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario. Es decir, en sentido opuesto, por profundos que sean los vicios en que pueda incurrir un acto administrativo, tendrá validez y fuerza ejecutoria hasta tanto la autoridad competente no se hubiere pronunciado al respecto.”[xiii]

Esta presunción de legalidad encuentra cabal desarrollo en los artículos 64 y 66 del Código Contencioso Administrativo que al hacer referencia al carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, disponen respectivamente que “salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar los actos necesarios para su cumplimiento...” y que “salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo...”[xiv]

Así las cosas, se entiende que todo acto administrativo una vez ejecutoriado produce a plenitud su efectos y se impone su obligatorio cumplimiento por parte de todos los destinatarios hasta tanto la administración no declare lo contrario, por lo cual quien pretenda su nulidad no sólo tiene la obligación de expresar claramente los cargos en los cuales funda la ilegalidad que alega sino que también tiene la carga de demostrar los hechos en que se sustenta esa ilegalidad, pues de no hacerlo así, de un lado, el juez no podrá acometer oficiosamente el estudio de la ilicitud del acto y, de otro lado, se mantendrá incólume la presunción de legalidad que lo ampara.

De ésta forma, si no se impugna la legalidad de un determinado acto administrativo que se encuentra en firme y produciendo a plenitud sus efectos, no puede el juez contencioso administrativo entrar a estudiar oficiosamente si el contenido de éste o la decisión allí adoptada se encuentra ajustada a derecho o no” (Sentencia del 8 de noviembre de 2016, Radicado 41001-23-31-000-2011-00302-02(57125).

De una correcta lectura de las Circulares precitadas y emitidas por la entidad estatal competente para el efecto, se concluye que en el momento (de acuerdo a la Circular 01 de 2021), la Contraloría General de Medellín, **está obligada a realizar sus diferentes procesos contractuales en la plataforma electrónica del Secop II.**

Para esta instancia de consulta y no ostante lo expuesto anteriormente, en el sentido de que como bien se elucido de manera precedente, tales Circulares como actos administrativos expedidos por el órgano estatal habilitado para tal efecto, por el Decreto Ley 4170 de 2011 **son obligatorias**, encuentra una dificultad enorme de aplicación de la Circular 01 de 2021 (*que de acuerdo a la misma es obligatoria a partir del 1° de enero de 2021 para la Contraloría General de Medellín*), pues al dejar la opción de poder seguir utilizando la plataforma **Secop I** para los procesos contractuales creados antes del 1° de enero de 2021 desconoce un principio bascular del gasto público como es el de la **anualidad**, dejando como única opción de aplicación para los procesos iniciados antes de ésta calenda (1° de enero de 2021) lo establecido en el artículo 8° de la Ley 819 de 2003 y que en la práctica contractual no se realiza en la Contraloría General de Medellín.

Aserción del Despacho que se cimienta en lo siguiente³:

En Colombia para el régimen presupuestal (programación y ejecución) rige el principio de anualidad fiscal.

Conforme a la Constitución Política se impone un período o vigencia anual del presupuesto, tanto al momento de prever la obligación del Gobierno de formular anualmente el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiações para su presentación al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura (artículo 346), como al regular la repetición del presupuesto del año anterior cuando no hubiera sido presentado dentro del plazo de diez días señalado (artículo 348),

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta del Servicio Civil Radicado 110003060002016-0000- 00

y también al ordenar que el proyecto de ley de apropiaciones contenga la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva (artículo 347).

Esta periodicidad se introdujo en la legislación orgánica de presupuesto que incluyó entre los principios rectores del presupuesto general de la Nación el de anualidad, conforme al cual el período fiscal corresponde al año calendario⁸⁴.

En consecuencia, después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción, de suerte que no podrán adquirirse compromisos con cargo a estas en los períodos fiscales posteriores (artículo 14 del Decreto 111 de 1996 que reproduce el artículo 10 de la Ley 38 de 1989 85).

Sobre el principio de anualidad de los presupuestos la Corte Constitucional sostuvo:

"En efecto, conforme a la Constitución y a ley orgánica, en Colombia rige el principio de anualidad (CP art. 346), por lo cual una partida debe ser ejecutada o comprometida en el año fiscal respectivo, pues si ello no ocurre, la partida o los saldos de apropiación no afectados por compromisos inevitablemente expiran o caducan, de suerte que no podrán adquirirse compromisos con cargo a ella en los períodos fiscales posteriores (...)

Esto muestra que las apropiaciones presupuestales no son órdenes de gasto sino que constituyen, como bien lo señala la propia legislación orgánica presupuestal, "autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva" (Art. 89 del decreto 111 de 1996 o Estatuto Orgánico del Presupuesto que compila los artículos 72 de la Ley 38 de 1989, 38 de la Ley 179 de 1994 y 8º de la Ley 225 de 1995). La ley anual de presupuesto, al apropiar una determinada partida, está entonces estableciendo el monto máximo de gasto estatal para una determinada finalidad y en un período específico 86.

En síntesis, la consecuencia jurídica del principio de anualidad es que las partidas o apropiaciones contenidas en el presupuesto solo pueden ser utilizadas como autorización máxima de gasto dentro de la vigencia anual respectiva, vencida la cual expiran.

Es decir, que antes del 1º de enero de 2021, no se puede afectar el presupuesto para la vigencia fiscal siguiente (2021) sin la autorización de vigencias futuras ordinarias o excepcionales (Leyes 819 de 2003 y 1483 de 2011), por lo que en la práctica no existen procesos contractuales en la Contraloría General de Medellín que en esta calenda se puedan seguir con la plataforma **Secop I**.

La única opción que deja la habilitación de seguir utilizando la plataforma Secop I para los procesos iniciados antes del 1º de enero de 2021, es el establecido en el artículo 8º de la Ley 819 de 2003, cuando ordena:

“Reglamentación a la programación presupuestal. La preparación y elaboración del presupuesto general de la Nación y el de las Entidades Territoriales, deberá sujetarse a los correspondientes Marcos Fiscales de Mediano Plazo de manera que las apropiaciones presupuestales aprobadas por el Congreso de la República, las Asambleas y los Concejos, puedan ejecutarse en su totalidad durante la vigencia fiscal correspondiente.

*En los eventos en que se encuentre en trámite una licitación, concurso de méritos o cualquier otro proceso de selección del contratista con todos los requerimientos legales, incluida la disponibilidad presupuestal, **y su perfeccionamiento se efectúe en la vigencia fiscal siguiente**, se atenderá con el presupuesto de esta última vigencia, previo el cumplimiento de los ajustes presupuestales correspondientes” (Lo resaltado es nuestro).*

Ahora bien, en cuanto a los procesos que ya se han iniciado (posteriores al 1° de enero a la fecha) la Circular en comento no especificó ni **autorizó la utilización de la plataforma del Secop I**, sin embargo, se considera por esta instancia que se deben seguir rituando por esta plataforma hasta su culminación, pues los términos en los procesos contractuales son preclusivos, y porque los pliegos de condiciones e invitación pública respectiva, son obligatorios.

Así lo ha aseverado la jurisprudencia contenciosa al indicar: *“El efecto vinculante del pliego de condiciones ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Sala en repetidas oportunidades, en este sentido, en sentencia de 3 de mayo de 1999, expediente 12344, sostuvo:*

“...Y que debe observarse la carga de claridad y precisión en la facción de los pliegos de condiciones lo exige la naturaleza jurídica de los mismos que, sabido se tiene, despliegan un efecto vinculante y normativo para los participantes dentro del proceso de selección, como que las exigencias y requisitos en ellos contenidas, constituyen los criterios con arreglo a los cuales habrán de valorarse las correspondientes ofertas, sin que sea permitido a la entidad licitante, modificar inconsulta y arbitrariamente las exigencias en ellos dispuestas, so pena de viciar con dicho proceder el procedimiento de selección.

“(...)”

“En últimas, se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación “(Consejo de Estado, sentencia del 24 de julio de 2013, radicado 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642).

Criterio jurisprudencial, que no es reciente, pues anteriormente se había precisado “...y como ya lo ha dicho la Sala, los pliegos de condiciones o términos de referencia son, de un lado, la ley del futuro contrato que quedará por lo tanto enmarcado por las estipulaciones que se anuncien desde el mismo proceso licitatorio y deberá interpretarse y ejecutarse con apego a las mismas; y de otro lado, esos pliegos son también la ley que rige el mismo procedimiento de selección, puesto que contienen las reglas a las cuales deben sujetarse durante el trámite de la licitación o concurso tanto los proponentes como la misma entidad interesada en contratar” (Consejo de Estado,

Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2005, expediente 12025 MP Ramiro Saavedra Becerra.”

De manera posterior se sostuvo, por el máximo órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa.: “[E]n tal virtud, en los pliegos de condiciones se consignan un conjunto de reglas para definir el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el contenido y alcances del contrato, sus contenidos son de obligatorio cumplimiento tanto para la Administración como para los oferentes (licitantes y futuros contratistas), dentro del marco de la licitación, entendida ésta como un procedimiento de formación del contrato mediante la cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.” (Consejo de Estado, sentencia del 8 de junio de 2006, expediente 15005 MP María Elena Giraldo).

Lo anterior se cimienta además, en que en estos procesos, se debió haber establecido en los pliegos de condiciones, estudios previos e invitación pública el sitio tecnológico en donde se presentarían observaciones y la herramienta en donde se daría respuesta a las mismas, en aras del principio de publicidad que es consustancial a la actividad contractual del Estado, y de manera adicional, que los diferentes proveedores no estarían obligados a estar inscriptos en el **Secop II**, para interactuar en la plataforma del **Secop I**, como actualmente se viene desarrollando.

Desconocer esas condiciones establecidas previamente por éste órgano de control, en esos procesos contractuales, traería enormes dificultades para los diferentes oferentes que en la actualidad vienen gestionando los diferentes procesos que a la fecha se vienen realizando por el área respectiva de la Contraloría General de Medellín y de contera, desconocería la necesidad que en la actualidad tiene ésta Agencia Fiscal al celebrar sus contratos estatales como es el cumplimiento de los fines estatales, al tenor de lo establecido en el artículo 3° cuando prescribe.

“De los Fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.”

Los nuevos procesos contractuales, que se inicien con posterioridad al 10 de febrero de 2021, deberán de manera indubitable adelantarse a través de la Plataforma Secop II en acatamiento a la Circular 01 de 2021.

(ii) Las plataformas Secop I y Secop II cumplen funciones diferentes en el rol de la contratación pública.

El Secop I como bien lo ha precisado Colombia Compra eficiente⁴ es una plataforma meramente informativa, es decir el proceso de contratación tiene lugar fuera de ella, en cambio el **Secop II** es una plataforma transaccional por medio de la cual se surte en **su totalidad el proceso contractual**.

En el **Secop II** Entidades Estatales y Proveedores están registrados en esta plataforma y participan del proceso contractual a través de ésta.

La plataforma **Secop II** permite a las entidades estatales adelantar los procesos de contratación en línea y a los diferentes proveedores interactuar en los mismos mediante el envío de observaciones, presentación de ofertas, subsanabilidad de las propuestas cuando lo subsanable no otorgue puntaje en los criterios de evaluación, la firma de los contratos, liquidación de los diferentes contratos pasibles de liquidación, aprobación de pólizas, entre otros.

Por esta razón y dado su carácter transaccional y no informativo como es **el Secop I** es que Colombia Compra Eficiente como entidad estatal que implementó las diferentes plataformas ha considerado de vital importancia para la correcta implementación de esta plataforma transaccional, la capacitación a las diferentes entidades estatales, como bien lo indicó en la Circular 03 de 2020 al precisar que era esencial la *“Formación y preparación de todas las entidades y sus funcionarios para el buen uso del Secop II”*.

En la Circular 01 de 2021, Colombia Compra Eficiente brinda la oportunidad de capacitación por parte de ésta, para el uso de **Secop II**, por tanto, a través del área responsable en materia de contratación de la Contraloría General de Medellín se deberá iniciar lo más pronto posible la capacitación que en tal aspecto se ofrece.

En razón de lo anterior y bajo la premisa establecida en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (sustituido por la Ley 1755 de 2015) esta instancia de consulta responde:

¿La Contraloría General de Medellín está obligada a utilizar la Plataforma Electrónica de Contratación denominada Secop II?

En la actualidad, de acuerdo a la Circular 01 de 2021 proferida por el órgano estatal que legalmente está habilitado para implementar la herramienta electrónica de contratación estatal denominada Secop II; la Contraloría General de Medellín **está obligada a realizar sus procesos contractuales a través de esta herramienta transaccional de la contratación pública**.

⁴ Colombia Compra Eficiente Conceptos C 711 Y C 738 de 2020

¿Las asociaciones de trabajadores de la Contraloría General de Medellín han señalado que no se tienen ajustados los procedimientos administrativos internos a esta nueva plataforma, tales como manuales, procesos de sistemas de calidad y las tablas de Retención Documental. ¿Los funcionarios de la Contraloría General de Medellín que han recibido la instrucción de utilizar la plataforma Secop II estarán incurriendo en un hecho reprochable, desde el punto de vista disciplinario o administrativo, por atender esa instrucción que iría en contravía de los procesos administrativos actuales?

Esta instancia de consulta no conoce acto administrativo que establezca una instrucción de **manera expresa** en éste órgano de control y cuyos destinatarios sean los **servidores públicos** que cumplen roles en las diferentes actuaciones contractuales, sin embargo, con el advenimiento de la Circular 01 de 2021 expedida por Colombia Compra Eficiente, no se vislumbra conductas pasibles de sanción disciplinaria al tenor de lo establecido en la Ley 734 de 2002 (*derogada por la Ley 1952 de 2019*), empero, vigente hasta el 1° de julio de 2021 de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley 1955 de 2019.

Ahora bien, si se han desarrollado procesos contractuales a través de la herramienta transaccional Secop II, siguiendo “*instrucciones*”, se considera que no se birlaría el estatuto disciplinario establecido en la actual vigente Ley 734 de 2012 (*y máxime con la expedición de la reciente Circular 01 de 2021*), toda vez que se ha respetado el principio de publicidad en la contratación pública y por la potísima razón de que no habría una **ilicitud sustancial** en la conducta desplegada.

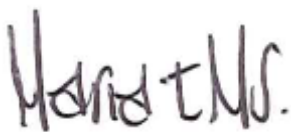
Aserto nuestro que tiene asidero en lo disciplinado por la jurisprudencia contenciosa al indicar:⁵

(...) De las definiciones señaladas se puede extraer que la referencia a sustancial en relación con la ilicitud, significa que la infracción del deber sustancial debe tener cierta relevancia, importancia o esencial frente a los fines del Estado, la satisfacción del bien general y los principios de la función pública.

⁵ Consejo de Estado, Sentencia del 31 de octubre 2018, Radicado 11001032500020120042500(1637-12).

*En términos generales, esto quiere decir, que la actuación u omisión del servidor público violatoria de sus deberes, es decir, contraria a derecho (ilicitud), **debe desembocar en una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado y por tanto del servicio público** (sustancialidad) y en esa medida puede decirse, pese a que la ley no lo mencionó de este modo, que cuando estas dos características confluyen se está en presencia de una «antijuridicidad sustancial», requisito indispensable para que pueda afirmarse que se configuró una conducta disciplinaria susceptible de ser sancionada” ((Sentencia del 31 de octubre 2018, Radicado 11001032500020120042500 (1637-12)).*

Atentamente,



MARÍA ISABEL MORALES SÁNCHEZ
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Elkin M.