

MEMORANDO

OAJ-023-2021

1900 – 202100009375

Medellín, 03 de noviembre de 2021

PARA: Doctor JESÚS ALBEIRO MESA ANDRADE
Director Administrativo Gestión del Conocimiento

DE: OFICINA ASESORA DE JURÍDICA

ASUNTO: Respuesta Concepto jurídico OAJ 023 de 2021 sobre la publicación en Secop de Convenios Marco de Cooperación.

Por medio de memorando 1700-202000008642 del 8 de octubre de 2020, se solicita emitir concepto jurídico relacionado con la publicación en el Secop¹ de los Convenios Marco de Cooperación suscritos por la Contraloría General de Medellín con varias instituciones de educación superior. Se pone de presente que dichos convenios no implican erogaciones presupuestales.

I. CONSIDERACIONES

El artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 establece:

ARTÍCULO 2o. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. (...)

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

c) <Inciso 1o. modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011. **Contratos interadministrativos**, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Subraya y negrilla fuera del texto origina-SNFT.

¹ Sistema Electrónico para la Contratación Pública al que se refiere el artículo 3° de la Ley 1150 de 2007.

ARTÍCULO 3o. DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la **actividad precontractual y contractual**, podrán tener lugar por medios electrónicos. (...) Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de **publicidad** del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional. Subraya y negrilla fuera del texto original-SNFT.

Por su parte el Decreto 1082 de 2015 preceptúa:

Artículo 2.2.1.1.7.1. Publicidad en el Secop. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los **Documentos del Proceso y los actos administrativos** del Proceso de **Contratación**, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La **oferta que debe ser publicada** es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. (...). SNFT.

El Decreto 1081 de 2015 Sector Presidencia de la República ordenó:

ARTÍCULO 2.1.1.2.1.7. Publicación de la información contractual. De conformidad con el literal (c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, el sistema de información del Estado en el cual los sujetos obligados que **contratan con cargo a recursos públicos deben cumplir la obligación de publicar** la información de su gestión contractual es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (**SECOP**). SNFT.

Los sujetos obligados que **contratan con cargo a recursos públicos deben publicar** la información de su gestión contractual en el plazo previsto en el artículo 19 del Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione. SNFT.

Los sujetos obligados que contratan con recursos públicos y recursos privados, deben publicar la **información de su gestión contractual con cargo a recursos públicos** en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP).

ARTÍCULO 2.1.1.2.1.10. Publicación del Plan Anual de Adquisiciones. (...)

Los sujetos obligados **que no contratan con cargo a recursos públicos no están obligados a publicar su Plan Anual de Adquisiciones**. SNFT.

Un simple análisis de dicha normativa permite concluir que la regulación en materia de publicidad está orientada a la contratación estatal y siempre que implique transferencia de recursos en el marco de los contratos jurídicos onerosos y conmutativos. Es decir, no incluye los convenios de la administración de simple cooperación y por tanto no hay obligación de publicar en el Secop.

De otra parte, la publicación del Plan Anual de Adquisiciones está en función de la contratación con recursos, es decir, en cuanto se trate de adquisición de bienes y servicios en el mercado, situación que no aplica en los convenios de cooperación.

En este contexto, con el propósito de salvaguardar los principios de responsabilidad, transparencia en las actuaciones contractuales de función pública, en lo relacionado con la contratación estatal, la Ley ordena publicar los documentos de la contratación a fin de que los agentes del mercado conozcan los productos demandados y las transacciones realizadas.

Por el contrario, los convenios de cooperación, sin contraprestación económica, buscan esfuerzos comunes para alcanzar las finalidades de las entidades públicas, no entran en el campo de la publicidad de la contratación, tal consideración se ratifica a continuación.

Colombia Compra Eficiente en la Circular Externa No 1 de 21 de junio de 2013, sobre la publicación de la actividad contractual en el SECOP estableció:

Las entidades que **contratan con cargo a recursos públicos** están **obligadas a publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP**, sin que sea relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza de público o privado o la pertenencia a una u otra rama del poder público. Las instituciones que **ejecutan recursos públicos** sin ser entidades del Estado están obligadas a publicar en el SECOP su actividad contractual que se ejecute con cargo a recursos públicos. SNFT.

Sobre este tema el Departamento Administrativo de la Función Pública expidió la Circular 002 de 2019² de la cual se transcriben estos apartes:

De acuerdo con lo establecido en la normativa vigente, los contratos interadministrativos son aquellos que suscriben las entidades públicas entre sí, que pretenden el **intercambio de prestaciones de servicios con contribución económica** y la satisfacción de necesidades contrapuestas, rigiéndose por el Estatuto General de Contratación Pública. A su vez, los convenios se efectúan para aunar esfuerzos institucionales, con el fin de satisfacer un mismo interés y **no implican necesariamente contraprestaciones mutuas como sucede en los contratos interadministrativos**, de conformidad con la Ley 489 de 1998.

1.2. Para los convenios o contratos interadministrativos **que requieran asignación de recursos**, se deberá verificar previamente su registro y **publicación** en el Plan Anual de Adquisiciones de la Entidad y radicar la respectiva solicitud de expedición del certificado de disponibilidad presupuestal en el Grupo de Gestión Financiera -GGF.SNFT.

1.5. Una vez **firmado el contrato o convenio interadministrativo**, la dependencia que originó la contratación enviara al GGC un original firmado por el contratista, para la asignación de número, fecha y solicitud de registro presupuestal (si aplica). Dentro de los 3 días siguientes al perfeccionamiento, el GGC deberá efectuar su **publicación en la plataforma del SECOP**. SNFT.

² ASUNTO: Lineamientos para la suscripción, perfeccionamiento, supervisión y legalización de convenios y contratos interadministrativos en Función Pública

Colombia Compra Eficiente en concepto N° 137 de 2021 manifestó:

En particular, sobre el deber de publicidad de las entidades con régimen especial, el Consejo de Estado sostuvo:

Por consiguiente, otra conclusión natural de lo que se viene de decir es que la exigibilidad prevista en el literal c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007 y aquella reflejada en la Circular Externa sobre deber de informar no alteran ni trastocan el régimen jurídico contractual, por la potísima razón que **lo único que impone o carga a cuenta de los sujetos obligados es hacer público, publicitar, reportar, informar ciertos asuntos específicos: la completa actividad contractual que hayan ejecutado con cargo a tales recursos públicos**, de donde se desprende que no se estructura ese deber informativo en relación a los negocios que celebren con cargo a recursos de otra índole³. SNFT.

EL Código General Disciplinario estableció como un deber de los servidores públicos:

27. Publicar en las dependencias de la respectiva entidad, en sitio visible, y en la página web, una vez por mes, en lenguaje sencillo y accesible al ciudadano común, una lista de las **licitaciones** declaradas desiertas y de los **contratos adjudicados**, que incluirá el objeto y su valor y el nombre del adjudicatario. SNFT.

Lo anterior significa que no habría falta disciplinaria por incumplimiento de los deberes omitir la publicación de los convenios dado que no es un contrato.

Ahora bien, y en otro orden de ideas, es necesario precisar, que los denominados “convenios marco” no tienen una definición legal en el Estatuto de la Contratación Estatal, sin embargo, se trae a colación concepto de Colombia Compra Eficiente quien funge como entidad orientadora en materia de contratación estatal de las diferentes entidades públicas al tenor de lo establecido en el Decreto Ley 4170 de 2011, al señalar en tal aspecto⁴

“2.2.1 Convenios marco en la contratación estatal:

Los denominados “convenio marco” no tienen una regulación propiamente dicha en la contratación estatal. Son comunes en la práctica administrativa de las entidades públicas cuando estas requieren celebrar acuerdos entre sí, con compromisos recíprocos e intenciones generales, con la finalidad de cumplir los fines estatales, que posteriormente podrán concretarse en convenios o acuerdos específicos y, tienen como característica principal que no generan erogación presupuestal por sí mismos.

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 14 de agosto de 2017. Exp. 58.820. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴ Colombia Compra Eficiente concepto C-478 de 2021.

Aunque no cuentan con una nominación en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, ni en el Decreto 1082 de 2015, su fundamento jurídico se encuentra en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. El artículo 13 determina que los contratos que celebren las entidades a las que se les aplica el estatuto se “regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas en esta ley”. Seguidamente, el artículo 32 define los contratos estatales los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados de la voluntad. Por su parte, el artículo 40, sobre el contenido del contrato, prescribe que en las estipulaciones de los contratos estatales serán aquellas que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en dicha ley correspondan a su esencia y naturaleza. Además, esa norma establece que en dichos contratos se podrán pactar las cláusulas que permitan la autonomía de la voluntad y se requieran para el cumplimiento de los fines estatales y que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público, a los principios y finalidades de dicha ley y a los de buena administración.

De las disposiciones transcritas se desprende que las entidades estatales pueden celebrar los contratos necesarios para la consecución de sus fines, ya sean estos nominados y típicos en la legislación civil y comercial de derecho privado o en el Estatuto General de Contratación Pública o bien pueden acudir a los contratos atípicos –siempre que no contraríen normas de orden público- (...) la Corte Constitucional ha señalado que la configuración en materia de contratación estatal se traduce en un margen de libertad para regular sus contratos (...) bajo este contexto, la celebración de “convenios marco” por parte de las entidades estatales se deriva de la libertad de configuración de las relaciones contractuales permitida por el principio de la autonomía de la voluntad, consagrada en los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Adicionalmente estos convenios existen en el derecho privado bajo la figura de “contrato marco o normativo” disposiciones que, como se expuso, son aplicables al contrato estatal.

[...] teniendo en cuenta lo anterior, podemos destacar los siguientes aspectos de los convenios marco:

- (i) Pueden definirse como acuerdo de voluntades entre las entidades públicas que fijan compromisos generales para el cumplimiento de los fines estatales, que serán concretados en uno o más convenios específicos o derivados en los que se determinen condiciones especiales de ejecución atendiendo a las actividades a desarrollar.
- (ii) No corresponde a una tipología especial de contrato, sino que se trata de un convenio patrón que determina una modalidad específica de estructuración de las condiciones del contrato. En tal sentido, cuando son celebrados entre entidades públicas son verdaderos convenios interadministrativos y, por tanto, el régimen jurídico aplicable es el inherente a estos convenios, pues su denominación como “convenio marco” no le extrae su naturaleza jurídica.
- (iii) Su fundamento jurídico se construye a partir de los artículos 13, 32, y 40 de la Ley 80 de 1993 y en el ordenamiento civil y comercial, en el que se conocen bajo la denominación de “contrato marco o normativo”
- (iv) **Por lo general no generan erogación presupuestal**

- (v) *Son vinculantes para las partes y producen los efectos jurídicos de cualquier convenio interadministrativo. Así mismo, los convenios o contratos específicos o derivados deberán cumplir las normas aplicables en la materia.” (Lo resaltado es nuestro).*

De lo anterior se colige por parte de esta instancia de consulta, que un Convenio Marco puede implicar la destinación de recursos públicos, o que del mismo, se deriven después compromisos o erogaciones presupuestales, caso en el cual sí se deben publicar en el Secop, por parte de la entidad que compromete sus recursos públicos.

II. LA OFICINA ASESORA DE JURÍDICA RESPONDE

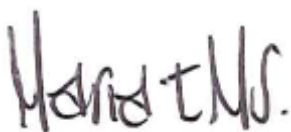
Con base en lo expuesto y atendiendo puntualmente la consulta elevada, esta Oficina Asesora de Jurídica unifica su posición en aras de la certeza jurídica responde a sus interrogantes en los siguientes términos:

Los sujetos que contraten con cargo a recursos públicos deben publicar la información de su gestión contractual según lo dispuesto en los Decretos 1081 y 1082 de 2015, las circulares y doctrina de Colombia Compra Eficiente y la posición del Consejo de Estado.

No es obligatorio publicar en el Secop los Convenios de Cooperación, conforme a las razones legales expuestas, salvo, que como antes se señaló, dichos convenios de cooperación permitan de alguna manera la ejecución de recursos públicos.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido en su título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015

Atentamente,



MARÍA ISABEL MORALES SÁNCHEZ
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Sigifredo Ch.