

MEMORANDO

OAJ-012-2024

1900 – 20248009954

Medellín, 01/11/2024

PARA: Doctor JOSÉ NICOLAS ARENAS HENAO
Contralor Auxiliar

DE: OFICINA ASESORA JURIDICA

ASUNTO: Respuesta Solicitud Concepto Publicaciones de Alianzas Estratégicas y Convenios Nacionales e Internacionales

Mediante escrito Radicado 20248008956 del 26 de septiembre de la presente anualidad, en calidad de Contralor Auxiliar de Apoyo Técnico, remite a esta Oficina Asesora de Jurídica, escrito en que plantea un interrogante, con respecto a cómo proceder en cuanto a la publicación de las Alianzas Estratégicas y Convenios Nacionales e Internacionales.

Planteando a esta Oficina Asesora, la siguiente cuestión:

¿De acuerdo con la normativa vigente reciente que se pueda aplicar al caso, se establece en la versión 5, específicamente en el 2.5 Publicar la Alianza Estratégica o Convenio de Cooperación firmados, es necesario saber si la Contraloría Auxiliar de Apoyo Técnico debe realizar la publicación de Convenios vigentes o actualmente firmados y establecer cómo y dónde se debe realizar la publicación?

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES – ALCANCE DEL CONCEPTO Y COMPETENCIA DE LA OFICINA ASESORA DE JURÍDICA DE LA CONTRALORÍA DISTRITAL DE MEDELLÍN.

Sea lo primero señalar que los conceptos emitidos por la Oficina Asesora de Jurídica de la Contraloría Distrital de Medellín, son orientaciones de carácter general y abstracto que no comprenden la solución directa de problemas específicos o asuntos concretos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal o asuntos que comprometan actuaciones de las dependencias que hacen parte de la estructura de la entidad.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Para resolver la consulta se abordarán los temas que a continuación se señalan: **2.1)** Régimen jurídico de los contratos o convenios interadministrativos, **2.2)** Diferencias entre contrato o convenio interadministrativo de acuerdo a lo establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **2.3)** Régimen jurídico y aspectos jurisprudenciales sobre la naturaleza de los convenios de Cooperación suscritos con Entidades Estales y Organismos Internacionales. **2.4)** Figuras jurídicas atípicas en el período precontractual como: cartas de intención, memorandos de entendimiento, acuerdos de confidencialidad y acuerdos de debida diligencia, como fuentes de obligaciones. **2.5)** Publicidad de los convenios, contratos y Precontratos de Negociación en el SECOP. **2.6)** Conclusiones.

2.1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS O CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS.

La tipología de Convenio Interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, aunque no lo definió ni desarrolló; el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales¹.

De acuerdo con lo anterior, el Contrato o el Convenio Interadministrativo, es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público, con la finalidad de cumplir en el marco de sus objetivos misionales y sus

¹ Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

competencias con los fines del Estado. Es decir, los Contratos o Convenios Interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Esta figura contractual se ciñe igualmente, a los principios establecidos en el artículo 209 Constitucional, el cual prevé con relación a la función administrativa y las autoridades administrativas, el deber de coordinación de sus actuaciones, a saber:

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

Si bien, la Ley 80 de 1993 trae algunas referencias al Contrato Interadministrativo, la Ley 1150 de 2007 hace un desarrollo más a fondo de esta figura en el literal c del numeral 4 del artículo 2, el cual fue modificado por el artículo 92 del Estatuto Anticorrupción Ley 1474 de 2011, así:

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

c) Modificado por el art. 92, Ley 1474 de 2011, siendo el nuevo texto el siguiente: 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 (...).”

Por su parte, la doctrina ha señalado en relación con los Contratos o Convenios Interadministrativos lo siguiente:

“(...) Los convenios interadministrativos tienen por fin garantizar el eficiente y eficaz ejercicio de las funciones públicas y especialmente administrativas, así como, específicamente, el logro adecuado de los fines atribuidos a las entidades estatales que los celebran, a través de la coordinación, la cooperación o la colaboración entre sus distintas dependencias.

Las entidades celebran convenios porque tienen la capacidad jurídico-administrativa de intervenir junto con otra institución en procura de la obtención de unos fines concordantes con el marco de competencia que les atribuye el ordenamiento jurídico.

En este sentido, la entidad pública celebra el convenio cuando tiene algo que aportar desde su ámbito funcional, ya porque se obliga a ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común a los sujetos contratantes (cooperación), bien porque dirige sus funciones a apoyar a la otra entidad que está llamada a obtener primariamente el objeto propuesto que también le interesa (colaboración) o porque simplemente cada una de las instituciones que intervienen van a realizar separadamente sus funciones, pero en cuanto estas son concordantes debe llevarse a cabo una tarea de coordinación entre ellas, con el fin de garantizar logros que interesan a ambas partes (coordinación).

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y que conste por escrito. Entonces, si ambas partes son entidades estatales, pueden celebrar convenios interadministrativos porque las disposiciones que regulan esta tipología hacen referencia a la calidad de los sujetos que intervienen en la contratación, que deben ser entidades estatales o de derecho público (...).²

Adicionalmente, la Corte Constitucional expresó en la Sentencia C-671 de 2015 que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es, que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública». Así las cosas, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurren personas de derecho público.

En igual sentido, el Consejo de Estado ha indicado, frente al Convenio Interadministrativo y sus características, que:

[...] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes:

(i) Constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una

² Los Convenios de la Administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Dr. Augusto Ramón Chávez Marín. Edit. Universidad del Rosario.

finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales³

Partiendo de las normas y jurisprudencia antes mencionadas, es claro que los Contratos o Convenios Interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y, por la modalidad de selección que la Ley permite aplicar para su celebración, pues comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección.

2.2. DIFERENCIAS ENTRE CONTRATO O CONVENIO INTERADMINISTRATIVO

Una vez descrito el régimen jurídico de los Contratos o Convenios Interadministrativos, para mayor comprensión, es necesario indicar las diferencias entre ellos y sus aspectos comunes.

Desde la doctrina se ha señalado que la principal diferencia entre Contrato o Convenio Administrativo es que en el primero se pactan prestaciones recíprocas, esto es que cada uno de los firmantes contrae obligaciones a favor del otro: el contratista se obliga a la ejecución del objeto contractual, en las condiciones pactadas y el contratante a su vez y de forma consecuente, se compromete con el pago del valor acordado por el bien o servicio contratado, de lo cual se puede concluir que, en el Contrato Interadministrativo el precio es un elemento diferenciador y por lo tanto se constituye en un elemento de la esencia, ya que de faltar, el contrato interadministrativo degeneraría en un convenio interadministrativo.

Por su parte, en el Convenio Interadministrativo ninguna de las partes presta un servicio o ejecuta un objeto para la otra, puesto que lo que motiva a las partes es un propósito común, para el cual las dos aportan, bien sea en dinero o en especie.

Dicho en otras palabras, no podrá ser, ni denominarse válidamente “Convenio Interadministrativo”, aquella relación en la que se encuentre pactado un precio, a cambio de determinados bienes o servicios.

Ahora bien, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴ distingue estas figuras de la siguiente forma:

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 06 de mayo de 2009. Radicado UI.25495 M.P. Javier Zapata Ortiz.

“La Ley 489 de 1998, artículo 95, consagró la posibilidad que tienen las entidades públicas de asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos.

El convenio interadministrativo es un negocio jurídico bilateral, celebrado entre dos entidades públicas que dentro de unas típicas relaciones de colaboración pretenden alcanzar un interés general, a diferencia de lo que ocurre en el contrato interadministrativo donde cada una de las partes tiene diversidad de intereses y el contratista se encuentra en el mercado, de la misma manera que lo hacen los particulares. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Así las cosas, la característica de interadministrativo de un convenio o contrato, surge de la calidad de las partes, es decir que **ambas deben ser de naturaleza pública y es esa la razón por la cual el ordenamiento jurídico colombiano les ha otorgado un tratamiento excepcional, en virtud del cual excluye estas relaciones jurídico negóciales de la licitación pública y permite acudir a la contratación directa.** (Negrillas y subrayas fuera de texto)

En síntesis, a través del convenio interadministrativo, se busca colaborar entre entidades públicas para la consecución del interés general, mientras que a través del contrato interadministrativo cada parte actúa de acuerdo a sus intereses, que por parte de la entidad contratante puede ser la consecución de sus fines, y que por parte de la ejecutora o contratista será el desarrollo de su actividad comercial o de conformidad con su objeto. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

En el mismo sentido, en concepto de la Procuraduría General de la Nación⁵ se planteó la diferenciación entre Convenio y Contrato así:

“Entre un contrato y un convenio existen diferencias, como por ejemplo:

i) En el contrato existe contraposición de intereses, mientras que en el convenio encontramos objetos comunes; ii) En el contrato existen prestaciones recíprocas, pues cada una de las partes asume una obligación a favor de la otra que para una será la prestación de un servicio, la transferencia de un bien, etc. y para la otra será el pago de una remuneración lo que además implica que existe un precio como elemento esencial del contrato; en el convenio no existen prestaciones recíprocas pues ninguna de las partes le brinda un servicio a la otra, ya que lo que existe en el fondo es la distribución de actividades entre las partes interesadas con el fin de desarrollar un objetivo común, pudiendo incluso existir aportes en dinero de una parte y aportes de trabajo por la otra parte; iii) En el contrato estatal, el Estado garantiza las utilidades al contratista; en el convenio no existe ese tipo de garantía estatal puesto

⁵ Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado. Concepto 13-94 del 4 de junio de 2013. Radicado 500012331000199910249 01 (45397).

que ninguna de las partes está recibiendo una remuneración por la labor desarrollada; iv) Es de la esencia del contrato estatal la equivalencia entre las prestaciones recíprocas, tanto que se establece como principio general de interpretación del contrato que se tengan en cuenta “la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (artículo 28 de la ley 80 de 1993). En los convenios no se presenta este carácter conmutativo ni se exige que exista equivalencia entre las obligaciones asumidas por las partes pues, se insiste, no existen prestaciones recíprocas y v) En el contrato estatal se aplica la institución de la conservación del equilibrio contractual que obliga a la entidad estatal a restablecerla en caso de que se rompa por razones no imputables al contratista, generándose en consecuencia la posibilidad de pagar indemnizaciones o compensaciones a favor del contratista por la ruptura del equilibrio económico del contrato por causas no imputables a éste. En el convenio no existe esa posibilidad puesto que ninguna de las partes le presta un servicio a la otra ni mucho menos existe una remuneración por el servicio prestado, lo que excluye la posibilidad de la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato.”

Así las cosas, se tipifican como convenios y contratos interadministrativos, al ser celebrados entre dos o más entidades públicas. **Es decir, si una de las partes no tiene esa condición, esa naturaleza, no se puede suscribir o fundamentar la contratación a través de este tipo de convenios o contratos.** Por ejemplo, si el convenio lo van a celebrar dos entidades públicas y una entidad es privada sin ánimo de lucro, dejaría de ser interadministrativo.

Adicional a la naturaleza jurídica de las partes; dependiendo del objeto, de la finalidad, de las obligaciones, se puede estar frente a un convenio interadministrativo o un contrato interadministrativo, los cuales tienen implicaciones diferentes en su celebración, ejecución, responsabilidad y liquidación.

En este orden de ideas, la finalidad de un convenio interadministrativo debe ser de colaboración, la de cooperar en el cumplimiento de funciones o de prestar conjuntamente un servicio, o de unión de esfuerzos para cumplir unas funciones o actividades que les son afines. Contrario a la finalidad de un contrato interadministrativo, que es celebrar un acuerdo para que una entidad pública le preste un servicio a otra, con el propósito de recibir una contraprestación.

El contrato interadministrativo se rige exclusivamente por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Reglamentario 1082 de 2015, y en su caso el Convenio Interadministrativo se rige por el artículo 95 de la Ley 489 de 1998.

2.3. RÉGIMEN JURÍDICO SOBRE LOS CONVENIOS SUSCRITOS CON ENTIDADES INTERNACIONALES.

Sea lo primero señalar que, un convenio es un acuerdo de voluntades suscrito entre entidades públicas o privadas, el cual puede ser suscrito entre entidades de un mismo país o de otros países, en este último evento es una herramienta de política exterior que permite profundizar las relaciones internacionales, además, es un instrumento estratégico que contribuye con los procesos de desarrollo propios y de otros países del mundo, es un mecanismo de articulación de la cooperación pública y privada para intercambiar conocimientos y capacidades entre países.

El inciso segundo del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 respecto a los contratos celebrados en el exterior, permite que su ejecución se realice de conformidad con las normas del país donde se hayan suscrito. Por último, el inciso tercero permite que los contratos que se celebren en Colombia, pero deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, se sometan a la Ley extranjera⁶.

Es más, el régimen jurídico de **los Convenios de Cooperación Internacional cofinanciados con recursos públicos** se puede contemplar a grandes rasgos en 1) el Estatuto General de Contratación Pública compuesto por la Ley 80 (1993), la Ley 1150 (2007), y sus decretos reglamentarios principalmente el Decreto 1082 (2015), o 2) los reglamentos que gobiernan a los Organismos de Cooperación Internacional, dependiendo de las situaciones fácticas y siendo excluyente la aplicación de una con la otra.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, por regla general, el régimen aplicable a los Convenios de Cooperación celebrados con Organismos Internacionales se determina atendiendo al porcentaje de aportes nacionales e internacionales que se inviertan en el mismo:

-Si los aportes nacionales son iguales o inferiores al 50%, podrán someterse a los reglamentos de tales Organismos Internacionales.

-Si los aportes nacionales son superiores al 50% se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993.

En línea con lo anterior, el artículo 2.2.1.2.4.4.1., del Decreto 1082 de 2015 reglamentó el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, en el que se señaló lo siguiente:

“Artículo 2.2.1.2.4.4.1. Régimen aplicable a los contratos o convenios de cooperación Internacional. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los

⁶ Concepto Colombia Compra Eficiente C-948 de 2022

organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, pueden someterse a los reglamentos de tales entidades incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a estas operaciones en los acuerdos celebrados, o sus reglamentos, según el caso. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con recursos de origen nacional se someterán al presente título (...)

Sin embargo, en el evento de que se modifiquen los aportes con los cuales fueron celebrados los contratos o convenios o no se ejecuten como se pactó inicialmente, las entidades públicas deben modificar los contratos o convenios para efectos de que estos estén sujetos a las normas del sistema de compras y contratación pública.⁷

2.4 FIGURAS JURÍDICAS EN EL PERÍODO PRECONTRACTUAL COMO: CARTAS DE INTENCIÓN, MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO, ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD Y ACUERDOS DE DEBIDA DILIGENCIA, COMO FUENTES DE OBLIGACIONES.

Para definir estas figuras debemos referirnos a la teoría del acto o negocio jurídico como fuente de obligaciones, entendida como la manifestación de voluntad encaminada directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos.⁸ Así las cosas, dentro de la etapa precontractual del proceso de contratación se examina en este periodo según el cual las partes buscan conocerse para poder identificar cuáles serían las eventuales condiciones, objetivas y subjetivas, que rodearían la celebración del contrato que llegare a perfeccionarse⁹.

Es decir, en esta fase precontractual, según la doctrina, se realizan unos **tratos preliminares** mediante los cuales, las partes efectúan unos acercamientos iniciales e intercambian la información necesaria con el fin de evaluar y decidir sobre el contenido del negocio, pudiéndose más adelante celebrar o no el contrato.

Podemos ubicar en estos **tratos preliminares** algunas figuras jurídicas, como:

- **Las cartas de intención:** *Entendida como cualquier documento precontractual mediante el cual una o todas las partes interesadas buscan*

⁷ Boletín 2 Ministerio de Educación Subdirección de Contratación Otros convenios de las entidades públicas
⁸ Guillermo Ospina Fernández, Régimen general de las obligaciones, Octava Edición, Bogotá: Temis, 2008, 37

⁹ Jorge Oviedo Albán, "Tratos preliminares y responsabilidad precontractual", Revista Universitas, n.º 115 (2008): 88.

organizar la negociación y la celebración del contrato¹⁰, y se señala que en la práctica implican “acuerdo en la intención de negociar para acordar¹¹”.

La carta de intención se distingue de la promesa de contratar¹², en cuya virtud las partes se obligan a celebrar el contrato prometido al advenimiento de un plazo o al cumplimiento de una condición, lo que no ocurre en aquella. Otra distinción anotada por la doctrina radica en que la promesa está limitada a contratos solemnes o reales en el sistema jurídico colombiano, mientras que las cartas de intención pueden referirse prácticamente a cualquier contrato.

- **Memorandos de entendimiento:** *Es un documento precontractual que contiene el acuerdo preliminar logrado por las partes, sobre uno o más aspectos determinados del proceso de negociación o del contrato futuro que las partes consideran la posibilidad de celebrar, pudiendo extenderse también a otros asuntos aledaños tales como —pero sin limitarse a— las bases del negocio en consideración; el estado de las conversaciones; los puntos pendientes de discusión o acuerdo, u otras actividades pendientes por las partes con miras al logro de acuerdos definitivos.*
- **Acuerdos de confidencialidad:** *Es el pacto en virtud del cual una o todas las partes negociadoras se obligan a mantener secreto o reserva respecto de cierta información confidencial recibida en relación con el contrato que se tiene interés de celebrar¹³, o que es necesario dar a conocer para el desarrollo de un contrato —por ejemplo, de asesoría.*
- **Acuerdos de debida diligencia:** *Es el pacto mediante el cual las partes tratantes regulan la manera como se adelantará la verificación y evaluación de ciertos aspectos de particular importancia para la toma de la decisión de contratar o no contratar, a partir del suministro y análisis de información relevante al respecto.¹⁴*

¹⁰ Marcel Fontaine, y De Ly, Filip. Drafting International Contracts. An Analysis of Contract Clauses, New York: Transnational Publishers Inc., 2006, 2

¹¹ Eduardo L. Gregorini Clusellas. Derecho de los contratos, Buenos Aires: Hammurabi, 2009, 331.

¹² Ley 153 de 1887, artículo 89: La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1. Que la promesa conste por escrito. 2. Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 (sic) del Código Civil. 3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato. 4. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. “Los términos de un contrato prometido, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado. Queda derogado el artículo 1611 del Código Civil.

¹³ Jorge Cubides Camacho, “Los actos preparatorios del contrato: promesa, opción, preferencia y otros”, en *Derecho de las Obligaciones – con propuestas de modernización, segunda edición, t. I* (Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2015), 471.

¹⁴ Cubides, “Los actos preparatorios”, 472.

Según este análisis, podríamos concluir que en Colombia las cartas de intención, memorandos de entendimiento, los acuerdos de confidencialidad y los acuerdos de debida diligencia, pueden enmarcarse bajo la categoría doctrinal de los **precontratos de negociación, negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales, autónomos, atípicos, que en general tienen como propósito regular la etapa de los tratos preliminares, fijando las circunstancias de tiempo, modo y lugar para discutir la posible celebración de un contrato, y preparando los puntos de este, de modo tal que los tratantes se obligan a negociar dentro de las reglas convenidas, sin que estén obligados a concluir el contrato definitivo.**¹⁵ SNFT.

2.5) PUBLICIDAD DE LOS CONVENIOS, CONTRATOS Y PRECONTRATOS DE NEGOCIACION EN EL SECOP.

La Ley 1150 de 2007 respecto a las **medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993**, ordenó:

ARTÍCULO 3. 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. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. 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.*

Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

*Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, **el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop**, el cual: SNFT.*

a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 20 de la presente ley según lo defina el reglamento;

b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;

c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;

(...)

¹⁵ Rengifo, "La formación del contrato", 320-321.

Por su parte, el Decreto 1082 de 2015 preceptúa:

Artículo 2.2.1.1.1.7.1. 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. SNFT.

En este orden de ideas, se puede concluir sin lugar a dudas que, la regulación en materia de publicidad está a cargo del Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP, siendo este el medio de información oficial de toda la contratación realizada con cargo a recursos públicos; por lo tanto, se convierte el SECOP en la única plataforma informática de ingreso de información y de generación de reportes para las Entidades Estatales, los entes de control y la ciudadanía en general, la cual garantiza que se cumplan los principios de publicidad y transparencia en la gestión contractual.

Ahora bien, Colombia Compra Eficiente, mediante la Circular Externa Unica del 27 de diciembre de 2023, estableció quienes deben publicar la actividad contractual en el SECOP, así;

1. *Las Entidades Estatales que de acuerdo con la definición del Decreto Reglamentario 1082 de 2015.*
2. *A partir del 18 de julio de 2022, las Entidades Estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deberán publicar en el SECOP II, todos los documentos relacionados con su actividad contractual, de conformidad con lo señalado en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022.*
3. *Y por último, los particulares deberán publicar la información oficial de la contratación realizada con cargo a recursos públicos. Estos deberán realizar la publicación a través del módulo “Régimen Especial”.*

Así las cosas y de conformidad con la Circular Externa antes mencionada, las Entidades que actualmente tengan uso obligatorio del SECOP II deberán adelantar los contratos o convenios interadministrativos en esta plataforma. A su vez, las Entidades con las que pretendan iniciar la relación contractual deben estar registradas y tener una cuenta activa en SECOP II.

Además, dicha Circular Externa señaló que, las Entidades que se encuentran con obligatoriedad en el uso del SECOP II pueden celebrar un convenio o contrato interadministrativo con otra Entidad Estatal, bien sea que se encuentre obligada o no a utilizar la plataforma. Es necesario que la Entidad que ejecutará las principales obligaciones derivadas del convenio, esto es, aquella que tiene el rol asimilable al

de contratista, se encuentre registrada en SECOP II y solicite la activación del perfil proveedor, es decir, que tenga un perfil mixto (comprador y proveedor).

Concluyendo que, la Entidad Estatal responsable de realizar la publicación del convenio o contrato interadministrativo en el SECOP II será la entidad estatal contratante. Si no es fácilmente determinable quién es la entidad contratante, la publicación la debe hacer la Entidad Estatal que adelantó el Proceso de Contratación.

Ahora bien, en cuanto a los contratos o convenios de los que trata el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, sin importar el régimen jurídico aplicable, estableció la mencionada Circular Externa que se debe reportar la información al SECOP. En este caso, si de acuerdo con **la contratación con Organismos Internacionales**, se rige por una normativa diferente a la colombiana, la publicación deberá realizarse mediante el módulo “Régimen Especial”, el cual permitirá adaptar el Proceso de Contratación a lo exigido en los reglamentos del organismo internacional. Los restantes módulos corresponden a las modalidades de selección que contempla la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

Advirtiendo dicha Circular Externa que, las Entidades Estatales 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 privada o la pertenencia a una u otra rama del poder público. **Esta obligación deberá cumplirse, inclusive, si la ejecución del contrato no implica erogación presupuestal.** SNFT.

Así las cosas, en cuanto a las figuras jurídicas ya referidas como las cartas de intención, memorandos de entendimiento, acuerdos de confidencialidad y acuerdos de debida diligencia, que **tienen como propósito regular la etapa de los tratos preliminares**, según la cual, las partes buscan conocerse para poder identificar cuáles serían las eventuales condiciones, objetivas y subjetivas que rodearían el posible perfeccionamiento del contrato, periodo de acercamientos iniciales e intercambio de información y circunstancias de tiempo, modo y lugar, entre otros, que si bien obligan a las partes a negociar dentro de las reglas convenidas, no obligan a concluir el contrato definitivo, pues sólo implican unos acuerdos de intención con miras al logro de acuerdos definitivos, que pueden o no materializarse. Estos tratados han sido objeto de estudio dentro de la doctrina y la jurisprudencia, en el marco del derecho privado (Civil y Comercial), más no dentro de la contratación pública.

Lo expuesto hasta ahora, permite señalar que, no es exigible su publicación en el SECOP, no obstante a la luz de los principios de publicidad y transparencia, debe publicarse en el sitio Web de la Entidad.

Es así como el principio de publicidad se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, que señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento entre otros, en el “principio de publicidad”. Este principio impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actos, contratos y decisiones, para que se divulguen y eventualmente se controlen las actuaciones.

Por su parte, la Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones, identifica como principios que orientan el derecho de acceso a la información pública, el de máxima publicidad, transparencia en la información y buena fe. El principio de máxima publicidad establece que “toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal”. El principio de transparencia en la información alude al deber de los sujetos de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles, y a través de los medios y procedimientos que establezca la Ley.

2.6) CONCLUSIONES

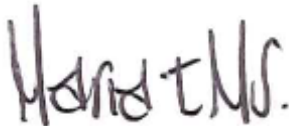
Realizada la exposición precedente, finalmente frente al caso puntual de ***saber si la Contraloría Auxiliar de Apoyo Técnico debe realizar la publicación de Convenios vigentes o actualmente firmados y establecer cómo y dónde se debe realizar la publicación***, se concluye que si el convenio y/o contrato interadministrativo celebrado reúne los requisitos de la normatividad y la jurisprudencia antes señalada, se deben publicar en el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP, bajo el procedimiento establecido en esta plataforma electrónica; **obligación que deberá cumplirse, inclusive, si la ejecución del convenio no implica erogación presupuestal, de conformidad con la Circular Externa Única del 27 de diciembre de 2023.**

De conformidad con el Procedimiento Alianzas Estratégicas y Convenios, en su numeral 2.5 que estipula “Publicar la Alianza Estratégica o Convenio de Cooperación firmado”, si se refieren a los convenios de cooperación analizados, se deberán publicar como ya se expuso en el SECOP, caso contrario si lo denominado Alianza Estratégica o Convenio se perfeccionan a través de un memorando de entendimiento o carta de intención, no es exigible su publicación en la plataforma

electrónica SECOP, más sin embargo, como lo estipuló el procedimiento deberá publicarse en el sitio Web de la entidad.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador. En este sentido, la Oficina Asesora de Jurídica no compromete su responsabilidad respecto a las determinaciones o decisiones que adopten los funcionarios y directivos en el marco del ejercicio de sus funciones y competencias establecidas por la Entidad.

Atentamente,



MARÍA ISABEL MORALES SÁNCHEZ
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Revisó: María Isabel Morales Sánchez - Jefe Oficina Asesora de Jurídica

Proyectó: Juan B – Profesional Especializado (E)