



Proceso de contratación estatal a partir de la obligatoriedad del SECOP II: estudio de la implementación de la circular 02 de 2019.

Ángela Patricia Martínez Quintero

Abogada egresada de la Universidad Industrial de Santander candidata a especialista en derecho administrativo de la Universidad Libre seccional Socorro. E-mail: Angelap-martinezq@unilibre.edu.co

Karoll Daniela Rodríguez Camacho

Abogada egresada de la Universidad Uniciencias de Bogotá candidata a especialista en derecho administrativo de la Universidad Libre seccional Socorro

Omaira García Maldonado

Abogada egresada de la Universidad Libre; con diploma en Conciliación en Derecho; candidata a especialista en derecho administrativo de la Universidad Libre seccional Socorro.

E-mail: omairagarcia_26@hotmail.es

Resumen

El presente artículo de investigación científica en derecho, esquematiza los resultados realizados con miras a optar el título de especialista. Se plantea el objeto de la investigación: Analizar la implementación de la circular No. 02 de 2019 sobre la aplicación obligatoria del SECOP II a las entidades estatales. Objetivo que se resuelve por medio de la pregunta problema: ¿En qué medida, la obligatoriedad de implementar el SECOP II que trajo la circular 02 de 2019, configura una violación a las garantías de legalidad del proceso de contratación estatal? Cuya metodología es analítica, correlacional, descriptiva, de tipo básica jurídica, y con un enfoque inductiva, que permitió mediante el análisis de la circular No. 1 y 2. emitidas por Colombia Compra Eficiente, esquematizar los aspectos relativos a la legalidad de esta norma dentro del proceso de contratación estatal. Por lo tanto, el principal aporte de la investigación, es establecer en carácter

Abstract

This article of scientific research in law outlines the results carried out with a view to opting for the title of specialist. For which the general objective was set: Analyze the implementation of Circular No. 02 of 2019 on the mandatory application of SECOP II to state entities. Objective that is solved by means of the problem question: To what extent, does the obligation to implement SECOP II that circular 02 of 2019 brought, constitute a violation of the guarantees of legality of the state contracting process? Whose methodology is analytical, correlational, descriptive, of a basic legal type, and with an inductive approach, which will use the analysis of circular No. 1 and 2. issued by Colombia Compra Eficiente, outlining the aspects related to the legality of this standard within of the state contracting process. Therefore, the main contribution of the investigation was to establish the mandatory nature of the SECOP II platform for all public law entities, but that they met a

obligatorio de la plataforma SECOP II a todas las entidades de derecho público, pero que cumplieran una serie de condiciones que no los exceptuaba de la circular, esto en el caso precisó de las entidades público privadas que tenían un rango de aplicar el SECOP I hasta el 31 de diciembre de 2019 y continuar en dicha plataforma hasta la terminación del proceso contractual. A su vez, se indica que, si bien la circular cumple con aspectos constitucionales y legales, está en la práctica no es del todo beneficiosa para algunas situaciones en concreto, como es el caso de los departamentos con compleja situación de conectividad, así como para los municipios y entidades descentralizadas que no fueron tenidas como objeto de la circular No. 1.

Palabras clave: Administración pública, Contratación estatal, Seguridad jurídica, Sistema Electrónico.

series of conditions that did not exempt them from the circular, this in the case specified the private public entities that had a range to apply SECOP I until December 31, 2019 and continue on said platform until the termination of the contractual process. In turn, it is indicated that, although the circular complies with constitutional and legal aspects, it is in practice not entirely beneficial for some specific situations, such as the case of departments with complex connectivity situations, as well as for the municipalities and decentralized entities that were not considered as the object of circular No. 1.

Key Words: Public administration, State contracting, Legal security, Electronic system.

Introducción

La administración pública, así como todas aquellas entidades que realizan funciones propias del derecho público – administrativo, se encuentran inmersas en un marco de obligatoriedad que de forma permanente las liga a un estado de sujeción, entre los particulares y el principio de legalidad al que toda adopción de actos administrativos se debe encontrar (Santofimio, 2017).

Lo anterior es una particularidad propia de la administración del estado, que, en su órbita de ejecución de los intereses generales de la población, la lleven a adquirir una serie de bienes y servicios. Esto representa la necesidad de establecer unas pautas o procedimientos que manteniendo al margen de legalidad al que se encuentra sujeto el estado, pueda adquirir de forma adecuada y transparente los servicios públicos. A partir de esto, surge el llamado proceso contractual por el que se celebra la contratación estatal.

Bajo tal orbita, la actuación administrativa del estado, así como los procedimientos se vuelven en un fin constitutivo pal cumplimiento de todo propósito, de tal manera que el contrato estatal es un mecanismo de índole fundamental por medio del cual se hace efectivo la carga del estado, de cumplir los fines y satisfacer intereses.

A razón de lo anterior en el año 2011 con la salida a la luz del tenor jurídico de la Ley 1437 de 2011 – en adelante como CPACA-. la administración pública evoluciono hacia la modernización y actualización de todos los procesos concernientes a la administración pública, aspecto que llevaría ese mismo año a la expedición del Decreto 4170, creo la Agencia Nacional de Contratación Pública o también llamada Colombia Compra Eficiente, cuya función es la de impulsar políticas públicas y herramientas pertinentes a los procesos de contratación del estado, con el fin mismo de brindarle eficacia, transparencia y optimización a los recursos públicos.

Tal entidad tiene la potestad de emitir circulares externas en materia de contratación estatal, obliga a las entidades administrativas de régimen especial a aplicarlas de forma que estas modifiquen los acuerdos de compras, comercio y en sí mismo los aspectos propios a los ajustes sobre contratación estatal. Sobre esto recae aspectos propios del sistema de contratación estatal tales como el SECOP, es una disposición que conforme a la Ley 1718 de 2015, es de cumplimiento obligatorio por las entidades de régimen especial dentro del territorio colombiano.

El 23 de diciembre de 2019, se emitió la Circular Externa No. 02 modificaba de forma sustancial la Circular Externa No. 1 de 2019, emitida por la Agencia Nacional de Contratación Estatal, adquiere vinculación directa por medio del Decreto 4170 de 2011 quien le otorgo las funciones a dicha agencia para que regulara todo lo concerniente a las plataformas de contratación estatal y las políticas de desarrollo, entre otras funciones. De tal manera que en fin último dicha circular regula a su vez los aspectos propios sobre publicidad y legalidad del proceso de contratación estatal, según Decreto 1082 de 2015 mediante su artículo 2.2.1.1.1.7.1. establece el factor de obligatoriedad sobre publicación oportuna de los procesos en virtud de una adecuada transparencia desde la convocatoria del proyecto.

No obstante, a ello, si bien se entiende el factor de obligatoriedad que tiene la plataforma de SECOP para todos los procesos de contratación estatal. El Consejo de Estado ha establecido una serie de lineamientos jurisprudenciales que establecen el factor de obligatoriedad por parte de las entidades estatales de aplicar o no la circular emitida por Colombia Compra Eficiente, de acá que sobre este aspecto se encuentra objetivamente sustentada una posible vulneración a las garantías de legalidad que tienen las entidades estatales por acatar o no una norma que en principio regula todo lo concerniente al esquema del proceso de contratación estatal.

Por lo tanto, la pregunta problema a saber es: ¿En qué medida, la obligatoriedad de implementar el SECOP II que trajo la circular 02 de 2019, configura una violación a las garantías de legalidad del proceso de contratación estatal?.

Esta se desarrolla por medio del objetivo general de analizar la implementación de la circular No. 02 de 2019 sobre la aplicación obligatoria del SECOP II a las entidades estatales. Que adquiere su importancia en el ámbito de la investigación en el derecho administrativo, recae en el estudio de una norma que, conforme a la pirámide de Kelsen, se encontraría en el escalafón de menor nivel, es decir en el rango de una mera resolución (G. Losano, 1985). Para el caso presente, dentro del nuevo ordenamiento jurídico, en el estado colombiano, existe una norma denominada como circular externa, que tiene como finalidad regular ciertos aspectos propios de la norma y a su vez servir como fuente reglamentaria, que puede o no ser de cumplimiento obligatorio por las entidades estatales que se rige por tal normatividad (Consejo de Estado, 2019).

El tema en cuestión adquiere importancia por medio del cuestionamiento que realiza el alto tribunal de lo contencioso administrativo, en reiteradas decisiones acerca del carácter de obligatoriedad de las circulares externas. Al ser una circular, esta adquiere es el carácter de acto administrativo, entre otras cosas sería paradigmático establecerla como norma de indita aplicación (Consejo de Estado, Sentencia 52055, 2019).

Por otra parte, suscitando el tema de la publicidad en materia de lo contencioso administrativo, esto adquiere aún más relevancia, pues la circular en ultimas estaría dando operatividad a un principio no solo de índole legal, si no a su vez de índole constitucional, aspecto que se pone y establece frente del principio de legalidad, (Morcote G, Et Al, 2015) cuestión que le da una mayor relevancia al estudio del objeto de la investigación. Por lo tanto, los objetivos que esquematizan el presente artículos son i) Identificar los elementos jurídicos del proceso de contratación estatal derivados del SECOP II; ii) Determinar los lineamientos de la circular No. 02 de 2019 sobre implementación del SECOP II; iii) Establecer los aspectos de vulneración a la garantía de legalidad del proceso de contratación estatal derivado de la circular No. 02 de 2019.

Metodología

Tipo de investigación

La investigación, es analítica, correlacional y descriptiva. Es analítico, toda vez que busca analizar una situación en concreto que versa sobre una norma, principio y proceso, así como la influencia que esto trae a la administración publica en lo que a adquisición de bienes y

servicios se refiere. Es descriptiva, en la medida que describe el estado actual de la circular externa 02 de 2019, en el año 2020 sobre los procesos obligatorios de contratación estatal dentro de la plataforma SECOP II. Finalmente es correlacional, en tanto, se manejan dos contrastes o aspectos jurídicos definidos i) la obligatoriedad de implementar una plataforma a la contratación estatal y ii) las garantías del proceso de contratación estatal.

Carácter de investigación

La investigación es de carácter básico jurídico, pues se limita al estudio en abstracto de una situación en concreto de la norma sin que esto represente una eventual aplicación dentro del campo de lo social, por lo tanto, los aportes serán siempre desde la óptica de la doctrina y la academia. Por otra parte, es cualitativo y hermenéutico, toda vez que se analiza las normas en relación al SECOP y de forma interpretativa se busca entablar la relación de vulneración al principio y carácter de legalidad en el que debe estar inmerso la contratación estatal.

Técnicas de investigación

Las técnicas jurídicas de la investigación, se implementaron mediante la búsqueda, recopilación y análisis del material seleccionado, se acudió al documento primario de la circular No. 02 y a los aportes jurídicos dados por la página del SECOP II en materia de implementación obligatoria.

Procedimiento

La estructura metodológica que esquematiza el procedimiento de la investigación, es de carácter inductivo toda vez que se parte de forma específica del Circular No. 02 de 2019 hacia la aplicación en concreto de todo el sistema del SECOP II dentro del proceso de contratación estatal. Para efecto del manejo de la información, se compila esto en tres (3) ejes temáticos que a su vez desarrollan cada uno los objetivos específicos a manera de resultados de la investigación.

Población y muestra

La investigación tiene por objeto el estudio jurídico de los elementos y características de una norma, en este caso la Circular Externa 02 de 2019. Aspecto que le otorga la calidad de estudio abstracto – teórico, siendo esta la razón que el proyecto no cuenta con población y muestra determinada y específica.

Desarrollo de los capítulos

1. Identificar los elementos jurídicos del proceso de contratación estatal derivados del SECOP II

1.1. Proceso de contratación estatal, aspectos derivados al SECOP.

Ahondado en el concepto tradicional de política pública, desde el punto de partida del estado, este resulta una actividad que inviste a la autoridad pública, legítimamente constituida y gubernamental para que por medio del poder que le confiere la ley solucione problemas de índole público. Es sobre esto, que nacen las diferentes formas de realizar tratamientos a las necesidades del sector público y de la ciudadanía (Laheras Paradas. 2002).

El Doctrinante Laheras Paradas (2002) ha indicado que en este sentido nace el énfasis administrativo, sobre la gestión de bienes y recursos, desde las políticas públicas. Esto solo encuentra una forma de darles operatividad, por medio de las adecuadas practicas estatales, la habitual instrumentalización del sector público y el correcto uso del erario público, en ultimas se traduce en la contratación estatal como forma de implementar políticas públicas. En este sentido las disposiciones de contratación estatal, se han encaminado los últimos años a esgrimirse desde la óptica y vertiente de la transparencia, la eficacia y la correcta regulación de los estándares de legalidad para cada una de las etapas del proceso de contratación estatal.

En este sentido las entidades de régimen de contratación estatal –entiéndase entidades administrativas del derecho público- tienen una serie de obligaciones que deben ser cumplidas, que se encuentran establecidas en la respectiva Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. A su vez las entidades de régimen especial, se encuentran inmersas en las mismas condiciones, so pena de las diversas reglas sobre régimen de contratación estatal al que están sometidas.

Tales aspectos de obligatoriedad que posee la administración pública, se concretan en cinco (5) condiciones.

- i) La obligación de publicar las actuaciones contractuales en el SECOP.
- ii) La obligación de publicitar y elaborar el PAA dentro del SECOP.
- iii) Usar la clasificación de bienes y servicios.
- iv) Obligación de reportar lo concerniente al régimen de incompatibilidades e inhabilidades.
- v) de realizar el estudio económico de los oferentes.

En lo que respecta al tema preciso de la investigación, la obligación de publicar todo lo concerniente a la actividad contractual en el SECOP, se entiende según Martínez (2018) si la entidad estatal ejecuta o no recursos de índole público. Para el primer caso la entidad de publicar todos los documentos del proceso contractual al SECOP; para el segundo caso, en

el SECOP solo se deberán publicar los datos de adjudicación y ejecución de los contratos. En este sentido el literal g) del artículo 11 de la ley 1712 de 2014 señala que a su vez debe incluirse los concursos y licitaciones que se realicen.

Lo anterior se realiza en aras a una correcta garantía constitucional del acceso a la información de la administración de recursos públicos. Toda vez que es sobre la nación la que recae la generación de reportes de información sobre un adecuado uso de los dineros del estado para la adquisición de bienes y servicios (CCE, 2017).

No obstante, existen situaciones donde los aspectos propios de la obligación de incorporar los documentos de la contratación estatal al SECOP no están sujetos a tal condición, esto es cuando la información que se encuentra en estos es sometida a reserva por las condiciones que la ley no determine.

1.2. Recorrido jurídico sobre contratación estatal y transparencia.

La OCDE.

Por intermedio de del concepto del 2 de mayo del 2018, establece que el estado colombiano, como estado miembro de la organización, debe promover las relaciones de gobernanza, de transparencia y velar por la evitar corrupción en los contratos estatales.

La ONU contra la Corrupción.

Norma internacional que entra al marco jurídico colombiano por medio de la Ley 970 de 2005, y declarada constitucional por la sentencia C-172, hace mención a la regulación que se debe hacer no solo en materia de contratación estatal sino respecto a toda la regulación propia del sector público y el uso del erario de la nación.

Ley 77 de 1992.

En un inicio se regulo lo concerniente a la contratación estatal indicada en el artículo 355 de la Constitución, pero esta únicamente se limitó a las entidades sin ánimo de lucro.

Ley 80 de 1993.

Un año luego de la primera norma en materia de regulación de contratación estatal, se emite el Estatuto de Contratación, hasta la fecha so pena de las normas que a su vez complementan la forma de contratar del estado como la Ley 2155 de 1993 y la ley 313 de 1994 entre otros, ha sido de utilidad para Colombia, pues que ha permitido un papel preponderante dentro de la administración económica.

Ley 1150 de 2007.

Junto a la ley 80, es la de mayor relevancia en materia de transparencia y eficacia, puesto que esta ley de entrada busca regular estas disposiciones generales, respecto de los recursos públicos, de acá que esta sea la norma que de forma directa se conecta respecto de los conceptos de las circulares externas y el SECOP.

1.2.1. Decreto 1082 de 2015.

El artículo 2.2.1.1.1.7.1. de la norma en mención, indica que toda entidad del estado, se encuentra obligada a realizar las debidas publicaciones que la ley les establece. Para indica que todo documento que se emita dentro del proceso de contratación estatal luego de su expedición a un término máximo de 3 días debe ser incorporado a la plataforma. Para el caso de los documentos sobre operaciones en materia de bolsa de productos, estos no son necesarios de publicar dentro del SECOP.

A su vez el artículo 2.2.1.1.2.1.4. de la norma en comento, indica que además de lo anterior se debe publicar de forma oportuna y eficaz el aviso de convocatoria para el proceso de contratación estatal en el que se adquirirá un bien o servicio para aquellos proyectos de mínima cuantía, así como el proyecto del pliego de condiciones, para todos aquellos interesados. Esto en miras a realizar solicitudes de aclaración y observaciones.

1.3. Sistema Electrónico para la Contratación Estatal.

Llegado a este punto, es plausible justificar las razones que acuñen la obligatoriedad de la norma por implementar el SECOP y tener tanto para la nación, como el proceso en sí mismo una base sólida que le brinde legalidad y transparencia al uso de los recursos públicos. Aspecto que en fin ultimas permite con base en la lógica indicar que no debe existir entidad estatal alguna que no implemente al proceso de contratación las disposiciones d el SECOP.

No obstante, a la anterior afirmación y debido al cambio tecnológico y mejoras en los procesos digitales se inició a partir del año 2015 una serie de cambios al Sistema Electrónico, que llevo al despliegue de una nueva versión denominada SECOP II (Peñuela & Palomino, 2018) que tenía como fin último remplazar en la totalidad la plataforma de SECOP I, esta herramienta entre otros beneficios daba la oportunidad de realizar transacciones de índole contractual, facilitando consigo que tanto las entidades estatales, como los oferentes, contratistas y la nación en general pueda consultar y realizar el debido seguimiento a la planeación, selección, contratación, ejecución y liquidación del contrato.

A razón de lo anterior Colombia Compra Eficiente, ha establecido una serie de fechas que ha ido prorrogando para la transferencia de plataformas, lo que ha llevado a que múltiples

procesos de contratación estatal estén inmersos en una serie de irregularidades de índole legal, al no encontrarse inscritas y operando dentro del SECOP II.

En un primer momento, la entidad estableció como fecha máxima el 31 de diciembre de 2018, como límite para que todas las entidades del estado, se inscribieran dentro del SECOP II, no obstante, a ello y debido a las diferentes situaciones, en el año 2019 se emitió la Circular No. 1, que precisaba, de contera una excepción a la obligatoriedad, que, indicaba que toda entidad pública privada que a la fecha del 1 de enero de 2020 hubiesen sido creados en el SECOP I se debían de mantener en él.

Aspecto que como se verá en el siguiente título entra en discusión respecto de la obligatoriedad de acatar la circular por parte de las entidades estatales.

2. Determinar los lineamientos de la circular No. 02 de 2019 sobre implementación del SECOP II

2.1. Lineamientos de la Circular No. 1 y 2 de 2019.

Como se indicó en el velo introductorio del presente artículo a partir del primero de enero de 2020 las entidades vinculadas con el anexo 1° de la circular externa No. 1 de 2019, deben realizar todo lo concerniente a la contratación estatal dentro del SECOP II, aspecto que abarcara sin excepción alguna a todas las modalidades de selección y contratación determinadas en la Ley 80 de 1993.

En el anexo 1 se encuentran señaladas una serie de entidades obligadas a la implementación del SECOP II, estas son por su nivel jerárquico las siguientes:

Tipo de entidad	Numero
Entidades centralizadas y descentralizadas de la rama ejecutiva.	157
Entidades de la Rama ejecutiva de Bogotá del distrito Capital.	68
Entidades de la Rama Judicial	8
Entidades que Integral El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición.	4
Entidades de la Rama Legislativa	4

Gobernaciones	32
Alcaldías capitales de departamento	31
órganos de control	9
órganos electorales	3
órganos Autónomos	4
Σ	320

Tabla 1. Entidades obligadas a implementar el SECOP II.

Seguido de ello la circular 01 indica que se restablece la obligatoriedad de las entidades que realizaban contratación de forma directa o de régimen especial para el uso del SECOP II, toda vez que en su momento se les suspendió estas modalidades debido al incumplimiento que se tuvo por la nula implementación de dicha plataforma a la fecha del 2018 (Ámbito Jurídico, 2019).

A su vez se establece que las entidades del estado, que realicen el proceso de contratación con entidades de derecho privado sin ánimo de lucro se encuentran regidas por vía del Decreto 92 de 2017, deben regirse por los módulos de régimen especial, que les permite realizar la publicación de los procesos dentro de la plataforma, independientemente si hubiesen realizado procesos contractuales en el SECOP I entre el 1 de enero de 2019 al 1 de agosto de 2019.

A partir de esto, se indica que se suspenderá a toda entidad que con posterioridad al primero de enero de 2020 no se encuentre publicando los procesos contractuales y que se encontraran en la lista de las 320 entidades.

A esto se le sumaron dos excepciones. i) las entidades público privadas podrán seguir usando el SECOP I, para todos los procesos de contratación estatal que con anterioridad al 1 de enero de 2020 se hubiesen celebrado. A criterio propio esto no permite una adecuada implementación del SECOP II, pues limita y obliga que sean únicamente los procesos que se celebren con posterioridad a la fecha en comento. Dejando la verdadera obligatoriedad que deben tener tal empresa respecto de los procesos que en su momento por cuestión de días se hubiesen celebrado en otra plataforma. Dándole un mayor rango de temporalidad al funcionamiento del SECOP I.

La segunda excepción se encuentra ya en la circular No. 2 que definió exceptuar una de las 320 empresas, al definir que la Alianza Fiduciaria S.A. era una empresa de índole estatal, pero en aras a dicha aclaración, indico que no obstante a ello si las empresas estatales, realizaban contratos fiduciarios, estos debían de forma obligatoria establecerse dentro del SECOP II. Si las entidades públicas no realizaban la debida diligencia dentro de la plataforma, las empresas fiduciarias debían realizarlo.

Respecto del rango de temporalidad, sumado al margen ya otorgado por la Circular No. 1, se le sumaba que la obligatoriedad de esto iniciaba de forma oficial el 1 de abril de 2020, otorgándole un margen de aplicación a las entidades para su operatividad, a su vez dadas las situaciones de conmoción interna debido a la pandemia generada por el COVID – 19, iniciada en el estado colombiano para la fecha del marzo de 2020, estos procesos de actualización, han mermado debido a los diferentes normas que ha obligado al cese de una serie de actividades administrativas, propias de la adquisición de bienes y servicios, configurando entre las faltas notables, el uso desmedido de la plataforma SECOP I y SECOP II, por las entidades que sin un adecuado proceso de contratación estatal, incumplían por una parte los presupuestos contractuales y por otra la obligatoriedad que trae consigo la Circular No. 1 y la No. 2.

En este sentido, se presentan claras una serie de excepciones de rango temporal, sobre el momento que deben operar las entidades el SECOP II, permitiendo aun la aplicación del SECOP I, y eximiendo a una entidad, que, conforme a aspectos meramente interpretativos, esto se extiende a un más, respecto de los contratos fiduciarios, encontrando la yuxtaposición a su vez que el SECOP I puede seguir operando para entidades descentralizadas, así como municipios entre otros, toda vez que la obligación a la que hace mención la circular No. 1 no los abarca.

Llegando a este punto suena desconcertante establece de forma clara, que es el verdadero carácter obligatorio del SECOP II, si este establece diferentes márgenes temporales dependiendo las entidades y a otras si quiera les establece un margen para su operatividad.

3. Establecer los aspectos de vulneración a la garantía de legalidad del proceso de contratación estatal derivado de la circular No. 02 de 2019.

3.1. Vulnerabilidad de la garantía de legalidad, por parte de la circular externa.

Bertha Rosero M. (2015) y Rico Puerta Luis (2018) al respecto hablan que, en materia de principios constitucionales, la contratación estatal ubica siete (7) mandatos de optimización, entre estos se encuentra la publicidad y la eficacia, a su vez al hablar de principios legales, estos hacen referencia a la transparencia, economía y responsabilidad. Estos principios que rigen no solo la actividad contractual del estado y de su función pública, sirven como punto de interpretación de la norma, de razonamiento a la actuación del estado y a su vez de las decisiones arbitrarias de los procesos de contratación estatal. Es decir, el fin último del marco de principios es el de brindarle, al estado un esquema de ética pública y de prevalencia de protección de interés público.

Entrando, ahora bien, en el debate de si la circular No. 2 emitida por la Agencia Nacional de Contratación Pública, configura la vulneración a la garantía de la legalidad que debe estar inmerso todo proceso de contratación estatal, esto derivado i) a los aspectos temporales de las circulares y sus diferentes extensiones y ii) debido a la autonomía de voluntad que tiene cada una de las entidades, es procedente analizar la potestad reglamentaria de Colombia Compra eficiente.

En este orden de ideas el Consejo de Estado mediante sentencia 52055 del 2019, estudia de forma clara los aspectos relativos a la obligatoriedad de las circulares y cuando estas no son necesariamente vinculantes de las entidades del estado.

El artículo 150 inciso final de la Carta Política de 1991, estableció de forma expresa que, en materia de contratación estatal, el encargado de reglamentarlo es el legislador. En este sentido contrario a lo establecido por la Sentencia C-949 de 2001 el legislador al momento de emitir el estatuto de contratación estatal, no se encuentra obligado a desarrollar aspectos integrales y meramente casuísticos, si no realizar un contenido de aspectos flexibles que le permiten a las entidades la adquisición de bienes y servicios.

Lo anterior no significa que las entidades tengan la potestad de regular su forma de contratación, si no por lo contrario la regulación de estos aspectos se encamina a entenderse como un acuerdo entre la ley sustancial y la constitución. A razón de esto el artículo 8 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expreso desde sus criterios orgánicos - la materia en que se aplica la norma – y los criterios materiales – la normatividad aplicable- que en aras a generar opiniones, sugerencias y demás aspectos referente a un proyecto, debe ser esto objeto del ejercicio reglamentario del presidente de la república.

En este sentido, por medio del decreto 4170 de 2011, al crear la entidad Colombia compra eficiente, no busca quitarle potestades del legislador, así como tampoco del órgano presidencial, sino servir como herramienta que de forma jerárquica emita reglamentos acerca de los factores a los que el CPACA hace referencia en su artículo 8.

No obstante, el Consejo de Estado en este sentido, si fue clara al indicar que la agencia Colombia compra eficiente solo debe limitarse a emitir este tipo de comunicados que, si son extensivos a las entidades administrativas, pues la obligatoriedad no recae en sí, en las circulares, si no, en las demás normas que obligan al uso del SECOP – para el caso de la circular No. 2- Sin embargo de ello, las entidades estatales no se encuentran obligadas a seguir parámetros sobre estandarización de la contratación estatal según indica el Consejo de estado en la sentencia en mención.

El alto tribunal administrativo, ha precisado los aspectos que no vuelven a una circular de obligatorio cumplimiento:

- Cuando la circular tenga obligue al uso de una cierta modalidad contractual.
- cuando haga referencia a los documentos y los requisitos contractuales.
- Cuando busque estandarizar una modalidad contractual o un aspecto contractual.

Toda vez que, por ende, en este sentido se debe respetar el principio de autonomía de la voluntad de la administración pública, que es abiertamente accesible por los aspectos del artículo 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

Esto quiere representar para el estudio de la circular No. que si bien las 319 entidades están obligadas al uso del SECOP II según lo estipula la norma, el estandarizar para todo un marco de temporalidad no lo sería, en ese sentido, es plausible no solo indicar que Colombia Compra Eficiente, debería estipular de forma temporal un determinado termino para cada una de los tipos de entidades de la administración pública, al igual que hizo con las publico privadas y fiduciarias, en aras a guardar una correcta relación con el precedente jurisprudencial, la jerarquía normativa y la autonomía de las entidades que en fin último se encuentran cobijadas por el principio de la legalidad.

Conclusiones

A manera de colofón del presente artículo y dándole respuesta a la pregunta problema planteada, es dable indicar de inicio que la circular No. 1 y No. 2. no violan ninguna garantía de legalidad, respecto al proceso de contratación estatal, en el que se encuentra inmerso el Sistema Electrónico de Contratación Pública, esto sustentado en los siguientes puntos:

- Existe una base legal, jurídica y constitucional en que se funda la obligatoriedad de la circular que emite Colombia compre eficiente.
- Tal circular si cumple los parámetros normativos y de legalidad, en la medida de la obligatoriedad no es de índole caprichosa, si no de aspectos propios del reglamento de contratación estatal y ley de transparencia.
- Existen situaciones que, si bien dan cabida a no obedecer una circular externa en materia de contratación, el circular objeto de estudio no se encuentra entre este si no de forma parcial y de mera interpretación.
- En esta medida, la hipótesis planteada se resuelve de forma parcial puesto que, si bien existen fundamentos jurídicos que ostenten el carácter obligatorio de la circular, existen una serie de situaciones que quedan en debate:
- El marco de temporalidad y las excepciones de la circular, debido al cambio de los términos iniciales y debido al COVID – 19 y los aconteceres de calamidad pública, es posible que muchas instituciones no hubiesen podido reactivar sus trámites procesales de la forma más adecuada que llevaría a un posible daño fiscal por diversos contratos que no se realizaron de la forma en cómo se debía respecto del SECOP II.

- Existe un segundo escenario en el que se evidencia la necesidad de aumentar el rango de temporalidad para la aplicación total del SECOP II dentro del territorio colombiano, aspecto que posibilita, una nueva forma de implementar esta plataforma, de manera más plausible y mermada para cada una de las diferentes instituciones del estado.
- Existen entidades territoriales de índole departamental que, debido a las circunstancias de conectividad, el proceso de contratación, es si quiera complejo, cuestión que evidencia la necesidad de aplicar el SECOP II, conforme los territorios y no las entidades del estado.
- Querer implementar una terminar como lo es el SECOP II y no abordar en la totalidad todas las entidades a su vez estandariza la perpetuidad de la plataforma SECOP I.

Es dable indicar que la Circular externa No. 1 y 2 de contera no son violatorias del principio y garantía de legalidad, pues estas se encuentran regidas por aspectos derivados de normas constitucionales – artículo 129- normas sustanciales y procesales – artículo 8 numeral 8- del CPACA y de Decretos reglamentarios en materia de contratación estatal, que ya de inicio había establecido que el SECOP era la plataforma obligatoria para todo proceso de contratación estatal. En este sentido, la discusión pasaría a bordar no la legalidad de la circular No. 2 sobre la obligatoriedad del SECOP II a todas las entidades del estado so pena de las diferentes situaciones y abordajes técnicos que tengan estas, sino de resolver estas inconformidades y aspectos meramente técnicos dando un plazo de temporalidad sectorizado al igual que se hizo con algunas entidades ya exceptuadas, que le permitiría ir dando procedencia a los municipios y entidades descentralizadas que no fueron objeto del anexo 1 de la circular No. 1.

Ahora bien, respecto a este último punto, es procedente indicar que por estas situaciones no cabe aspecto alguno de una responsabilidad del estado derivado de la circular, pues esto no genera un daño antijurídico o un nexo de causalidad, si la circular en este sentido no obliga a tomar decisiones de índole contractual, como lo es forma de calcular la capacidad residual de proponente, aspecto que derivaría en un eventual daño si se llegasen a estandarizar en todo el territorio la forma de calcular factores objetivos. Aspecto que se analizó en la sentencia 52055 del 2019, en el Consejo de Estado concluyo que las entidades se encuentran obligadas a acatar las circulares siempre y cuando estas no toquen temas técnicos o de selección contractual.

Recomendaciones

Se recomienda al lector del presente artículo abordar en primera medida la lectura de las circular No. 1 y No. 2. puesto que estas contextualizan de forma precisa los esquemas a los que la entidad Colombia Compre Eficiente quiere abordar.

En segunda medida, se recomienda analizar la lectura de una forma crítica e interpretativa, pues si bien en un inicio puede denotarse una posible fracturación en la garantía de legalidad, esto no es del todo existente, si no de forma parcial no se dejan a la deriva temas propios de la contratación estatal.

Referencias Bibliográficas

Ámbito Jurídico (26 de agosto de 2019) *Uso del Secop II será obligatorio a partir del 2020*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administracion-publica/uso-del-secop-ii-sera-obligatorio-partir-del-2020>

Bahamon Jara. M. L. (2018) Elementos y presupuestos de la contratación estatal. Universidad Católica. Colección JUS Publico. Bogotá D.C.

Congreso de la Republica. (6 de marzo de 2014). Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional [Ley 1712 de 2014] DO: 49.084.

Congreso de la Republica (16 de julio de 2007). [Ley 1150 de 2007] DO: 46691.

Colombia Compra Eficiente (21 de agosto de 2019). Circular Externa No. 1.

Colombia compra eficiente (s.f.) Que es el SECOP II.

Colombia Compra Eficiente (23 de diciembre de 2019). Circular Externa No. 2. Recuperado de: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/circular_externa_no.2_de_2019_-_0.pdf

Colombia Compra Eficiente (2017) Guía de Registro del SECOP II. recuperado de: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20151216_guia_registro_secop_ii.pdf

Colombia Compra Eficiente (2016) Guía para las Entidades Estatales Con régimen Especial de Contratación Estatal. G-EEREC-01. Recuperado de: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_regimen_especial.pdf

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (11 de abril de 2019) Sentencia 52055. [M.P. María Adriana Marín]

Gómez Lee & Velandia Castro (2020) Contratación Segura. investigación compilatoria estudios de Contratación Estatal. 4ª Edición. Bogotá D.C.

G. Losano. (1985) La teoría pura del derecho del logicismo al irracionalismo. Revista Opus Perpetuum. Pág. 55 – 86.

Laheras Parada, E. (2002) Introducción a las Políticas Publicas. Universidad de Chile.

Peñuela C. & Palomino B. (2018) Aportes de la plataforma SECOP II a las líneas de acción de la política pública integral anticorrupción. Universidad Santiago de Cali.

Rico Puerta. L. A. (2017) Teoría general y práctica de la contratación estatal. Editorial Leyer.

Rosero Melo B. (2015) Contratación estatal. Manual Teórico- práctico. Editorial la U. Bogotá D.C.

Salazar Gómez (2018) La garantía de transparencia y publicidad en el SECOP. Universidad Autónoma de Latinoamérica. Tesis de grado.