

MEMORANDO

2100

Bogotá D.C, viernes, 28 de febrero de 2020



Al responder cite este Nro.
20202100007463

PARA: Luis Alejandro Tovar Arias, Vicepresidente de Gestión Contractual
Juanita María Escobar Carreño, Gestor T1 Grado 9 - Supervisora

DE: Jefe Oficina Jurídica

ASUNTO: Respuesta memorandos Nos. 20195000059693 (VGC) y 20206100002543 (SUPERVISORA)

En atención a los memorandos del asunto, por medio de los cuales solicitan a esta oficina *“concepto jurídico sobre el pago de acreencias que tiene la Agencia de Desarrollo Rural con el proveedor ARIOS COLOMBIA S.A.S”*, y en el asunto de uno de ellos cita *“informe directrices a seguir órdenes de compra con proveedor TVCE”* con el fin de *“buscar estrategias y soluciones de cara a prevenir un daño antijurídico y emprender acciones que estime pertinentes para salvaguardar a la Agencia.”* esta Oficina, previo a absolver la inquietud planteada, procede a realizar las siguientes precisiones:

Se trata de dos memorandos, el primero radicado en esta oficina el día 9 de enero de 2020 y el segundo el 5 de febrero del año en curso, dado que ambos son solicitados en igual sentido y en el segundo se refieren los antecedentes y soportes del primero, es oportuno y consecuente a través del presente escrito abordar lo solicitado.

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS

Sea lo propio señalar que los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Agencia de Desarrollo Rural, en virtud de la función asignada mediante el numeral 8 del artículo 12 del Decreto Ley 2364 de 2015, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, los conceptos jurídicos 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 la normatividad vigente.

Así las cosas, en virtud de los principios de economía y celeridad, establecidos en la Constitución Política y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las inquietudes respecto a los procesos y procedimientos, se deben aclarar agotando el conducto regular, vale decir, acudiendo al funcionario competente o Entidad que deba tomar la decisión en derecho.

En atención a lo anteriormente señalado, esta oficina precisa que, en el desarrollo de un concepto jurídico, no es procedente emitir juicios de valor, atribuir responsabilidades, asignar competencias, resolver situaciones particulares, así como tampoco fijar lineamientos ni directrices que deben emitirse al interior de la Agencia en desarrollo de las funciones propias de cada dependencia, por tanto, en el evento que esta Oficina tomara una decisión en esta vía, en un caso que no le compete, implicaría excederse en sus funciones lo que acarrearía la respectiva responsabilidad disciplinaria.

En consecuencia, las inquietudes planteadas en el memorando del asunto se abordarán en forma general para su análisis jurídico.

I. RESPECTO DE LOS ACUERDOS MARCO DE PRECIOS

Se considera preciso realizar la introducción del presente documento, refiriéndose a los AMP, sin embargo, de la lectura de los antecedentes que, sobre este tema en concreto reposan, se logra observar que no hay inquietudes sobre el alcance, finalidad, participación y responsabilidad en las operaciones realizadas en desarrollo de los mismos.

El párrafo 2 numeral 2 de artículo 2° de la ley 1150 de 2007 dispone: *“Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos”*.

Por su parte, en el artículo 3° del Decreto Ley 4170 de 2011, *por medio del cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública*, se fijan las funciones de COLOMBIA COMPRA EFICIENTE y, específicamente en su Numeral 7° establece como función de referida Entidad la de *“Diseñar, organizar y celebrar los Acuerdos Marco de Precios y demás mecanismos de agregación de demanda (...)”* en consecuencia, es la competente para adelantar los Procesos de Contratación tendiente a la selección de contratistas y futuros proveedores de las entidades estatales en cumplimiento del artículo 2.2.1.2.1.2.7 del Decreto 1082 de 2015 y, de acuerdo con los numerales 13.9 y 13.12 de la cláusula 13 y cláusula 18 del respectivo acuerdo marco de precios No. CCE-455-1-AMP-2016, es

CCE quien debe hacer seguimiento al cumplimiento a las obligaciones y adelantar las acciones que correspondan por un presunto incumplimiento.

De conformidad con lo dispuesto en la Guía para entender los Acuerdos Marco de Precios¹ expedida por COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, con éstos las entidades y proveedores reducirán los costos administrativos del proceso de compra, entre otros.

I. RESPECTO DEL CASO EN CONCRETO

Concluye la solicitud con la previsión que a continuación se cita, a fin de desarrollarlo de conformidad con las estipulaciones legalmente establecidas, así: *“se señalen las directrices a seguir en relación al pago del valor correspondiente a los días efectivamente prestados del servicio integral de aseo de las órdenes de compra suscritas con el proveedor ARIOS COLOMBIA S.A.S” (...)* La Vicepresidencia considera que con el no pago podríamos incurrir en un posible enriquecimiento sin justa causa (...)”

EL PRINCIPIO DE BUENA FE

Previo a abordar lo correspondiente a la teoría del enriquecimiento sin causa, sea lo propio referirnos a la actuación de la ADR en el desarrollo del procedimiento establecido para la selección de proveedores y emisión de las órdenes de compra derivadas del Acuerdo Marco de Compra que nos ocupa.

El Artículo 83 de la Carta Política reza: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”*

Por su parte, la Jurisprudencia Constitucional ha definido el principio de buena fe como *“aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)” (...)*²”.

Así las cosas, se concluye que la buena fe es uno de los principios generales del derecho y gobierna las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos y de la revisión de los soportes presentados se colige que, los servidores y colaboradores de la ADR que intervinieron en el proceso respectivo, actuaron con confianza legítima conforme al respaldo que da el hecho de encontrarse amparados por la Agencia Nacional De Contratación Pública, como Autoridad encargada, entre otros, de la reglamentación, manejo y administración de la plataforma (Tienda Virtual del Estado Colombiano (TVEC)), dando así plena observancia a la “Guía para contratar el Servicio Integral de Aseo y Cafetería II a través del Acuerdo Marco de Precios en la Tienda Virtual del Estado

¹ https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/acuerdos_marco.pdf

² Sentencia C-1194/08

Colombiano”³ en cuyo numeral (xiv) dispone: “Criterio de selección: la Entidad Compradora debe seleccionar al Proveedor que haya cotizado el menor precio por el Servicio Integral de Aseo y Cafetería (...)”

LA TEORÍA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA

CAUSA DE LAS OBLIGACIONES

Al respecto dispone el ARTÍCULO 1524 del Código Civil Colombiano, que:

“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.”

Aunado a lo anterior, el artículo 1525 *Ibidem* estipula que: “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.”

Ahora bien, de la lectura de los antecedentes del caso en concreto, se evidencia una presunta omisión por parte del contratista al deber de información referente a la inhabilidad de la cual fue sujeto, lo que llevó a las partes a suscribir el acta de inicio y, presuntamente, ejecutar las diferentes órdenes de compra, situación que trajo consigo, atendiendo la sugerencia de CCE⁴, la aplicación del inciso 2 del artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

No obstante lo anterior, tratándose de contratos de la administración pública, es necesario dar aplicación al principio de especialidad normativa, que obliga a revisar lo que en relación al tema de análisis prevé el Estatuto General de Contratación Estatal, el cual de manera particular dispone:

‘ARTÍCULO 48. DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha

3

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_tienda_virtual/20100109_guia_compra_as_eoii-ilovepdf-compressed_0.pdf

⁴ Radicado 2201911000009145 del 11 de diciembre de 2019

beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público. ' (Subraya propia)

De acuerdo con lo anterior, se encuentra preciso transcribir las consideraciones del Consejo de Estado Sección Tercera, Radicación No. 25560 de 24 de noviembre de 2004, Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar, en el siguiente sentido:

'En resumen, para la Sala el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece efectivamente una regla distinta a la del Código Civil, consistente en que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Se trata, pues, de una regla diferente a la prevista en la legislación civil en tanto que condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo. La especialidad de la norma de la ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas.

'Así, el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 no conlleva 'derogatoria' alguna de las sanciones que prescribe la legislación civil a contratos celebrados con conocimiento de violar el ordenamiento jurídico. No se infiere de su tenor literal, tampoco de una interpretación sistemática, ni siquiera de sus antecedentes que, como se advirtió, son equívocos'.

La particularidad de la regla prevista en el artículo 48 de la ley 80 de 1993, plantea traer una limitación al probarse que la entidad pública se ha beneficiado; siendo así que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas se hará *“únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiera obtenido”*.

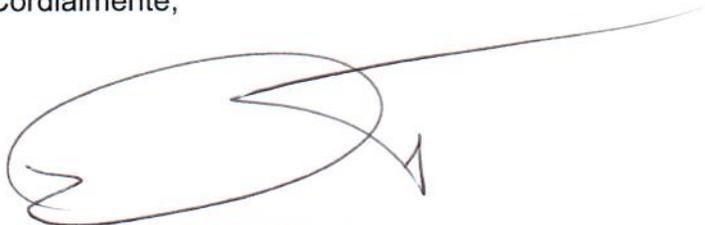
En lo que corresponde a la Contratación de la Administración Pública, el legislador previó una regla diferente a la que se aplica en derecho privado, tendiente a prevalecer el interés general, donde el reconocimiento no pende de ninguna condición probada como lo establece el 1746 del C.C., sino que estrictamente operan las restituciones recíprocas.

Finalmente, es importante destacar que, con la suscripción del acuerdo marco de precios No. CCE-455-1-AMP-2016 para la adquisición del servicio integral de aseo y cafetería, las partes suscribientes asumen derechos, deberes y obligaciones que deben observar y cumplir a lo largo de la relación contractual concluyendo así que, de la conducta y omisión de información por parte del proveedor contratista, se coligen presuntos incumplimientos y eventuales responsabilidades que demandarían el análisis por parte

de los competentes de posibles acciones a la luz de la normatividad legal vigente en relación con los respectivos Entes Judiciales, Disciplinarios y/o fiscales.

El presente concepto se emite en desarrollo de la función prevista en el numeral 8 del artículo 12 del Decreto Ley 2364 de 2015 y con el alcance establecido en el artículo 28 de la ley 1755 de 2015.

Cordialmente,



DIEGO E. TIUZO GARCÍA

Anexos: N/A

Copia: N/A

Elaboró: Jenny Alexandra Veira Tovar, contratista, Oficina Jurídica
Revisó: Diego Edison Tiuzo García, Jefe Oficina Jurídica
Aprobó: Diego Edison Tiuzo García, Jefe Oficina Jurídica

