CCE-DES-FM-17

**REQUISITOS DE PERFECCIONAMIENTO – Contrato estatal – Solemne**

Los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal son mandatos normativos que determinan cuándo aquel se entiende celebrado. Es decir, se trata de prescripciones que establecen en qué momento existe el contrato. […]

[…]

En efecto, el primer inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito». Como se advierte, el legislador dispuso que para que el contrato estatal exista, no solo debe haber un acuerdo sobra la obligación principal del negocio –es decir, sobre el «objeto»– y sobre la contraprestación, sino que se debe plasmar por escrito. Tal circunstancia le ha permitido a la doctrina concluir que el contrato estatal regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública es «[…] principalmente, solemne, ya que la manifestación de voluntad, si no se expresa bajo la forma *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* exigida por la ley, es inexistente, es decir, se entiende que el contrato jamás ha sido creado para el mundo jurídico».

**REQUISITOS DE EJECUCIÓN** **– Contrato estatal – Legales y convencionales**

Los requisitos de ejecución de los contratos estatales pueden ser «legales» o «convencionales». Los primeros son aquellos que se encuentran previstos en la ley. Los segundos son estipulados por las partes. En otros términos, los requisitos legales de ejecución son elementos de la naturaleza. Los requisitos convencionales de ejecución son elementos accidentales. Teniendo en cuenta que en la consulta se indaga por el acta de inicio y por las garantías, es importante precisar si se trata de requisitos de ejecución legales o convencionales. Para dilucidar lo anterior, conviene hacer referencia al segundo inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007. Esta disposición normativa establece:

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Como puede observarse, los requisitos legales de ejecución son: i) la aprobación de las garantías exigidas en el contrato, ii) la existencia de la apropiación presupuestal correspondiente y iii) la acreditación del cumplimiento de las obligaciones con el Sistema de Seguridad Social Integral.

**ACTA DE INICIO – Requisito de ejecución – Convencional**

Al no ser un requisito legal de ejecución de los contratos estatales –pues no se encuentra consagrado en la ley–, el acta de inicio constituye un requisito de ejecución *convencional*, que se pacta en la minuta del contrato o que el contratista acepta, adhiriéndose al clausulado del pliego de condiciones o documento equivalente.

En el lenguaje de la contratación estatal, el acta de inicio es un documento en el que se fija la fecha en la que comienza el cómputo del plazo del contrato. Por tanto, si bien no la exige la ley ni el reglamento, obedece a una buena práctica contractual, ya que brinda certeza acerca del inicio de la ejecución del contrato. Es por ello que la suscripción del acta de inicio usualmente se pacta en la cláusula del plazo, estableciendo que la fecha de la firma de tal documento será el hito que determinará desde cuándo comenzarán a contabilizarse los días, meses o años que se hayan estipulado como período para el cumplimiento del objeto del contrato. El fundamento legal que habilita a las partes para establecer la suscripción del acta de inicio como un requisito de ejecución convencional se encuentra en el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual indica que «Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales».

**ACTA DE INICIO – Requisito de ejecución – Límites – Requisitos legales**

Ahora bien, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes del contrato deben respetar las normas de orden público. En consecuencia, a pesar de que están facultadas para acordar cláusulas accidentales en el negocio jurídico, estas no pueden ir en contra de los mandatos contenidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En tal sentido, ya que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que los requisitos legales de ejecución de los contratos estatales son la aprobación de las garantías, la apropiación presupuestal y la acreditación del cumplimiento de las obligaciones con el Sistema de Seguridad Social Integral, las partes no pueden establecer que el contrato estatal comenzará su ejecución cuando se firme el acta de inicio pero pretermitiendo las tres exigencias legales.

Dicho de otra manera, el acta de inicio puede ser pactada como requisito para el comienzo del cómputo del plazo, pero la fecha que se defina en ella para iniciar la ejecución del contrato no puede ser anterior al cumplimiento de los requisitos de ejecución establecidos en la ley. Verbigracia, si las garantías no han sido aprobadas por la entidad estatal, aún no se puede suscribir el acta de inicio, pues de lo contrario las partes estarían contrariando normas de orden público, que, como bien se sabe, son indisponibles. O si la fecha de expedición del registro presupuestal es el día de hoy, no puede establecerse como fecha de inicio de ejecución del contrato el día de ayer, porque lo que eso estaría indicando es que el contrato estatal comenzó su ejecución sin la apropiación presupuestal suficiente.

**APROBACIÓN DE GARANTÍAS – Requisito de ejecución – SECOP II ­– Acta de inicio**

[…] no se puede suscribir el acta de inicio antes de la aprobación de las garantías contractuales por parte de la entidad estatal. En efecto, para que el contrato estatal comience a ejecutarse, los riesgos detectados en los estudios previos deben estar adecuadamente amparados por las garantías que la entidad estatal ha considerado óptimas para cubrirlos. Y si la entidad estatal no ha aprobado la garantía, pero, a pesar de ello, la ejecución del contrato inicia, existe la posibilidad de que se concrete algún riesgo y que no haya garantías que puedan cubrirlo, pues no han sido aprobadas. Ello, por supuesto, resultaría sumamente nocivo para las entidades estatales, y sobre todo para el cumplimiento de los fines asociados al contrato estatal.

[…]

En conclusión, si hay garantías solicitadas en el SECOP II que no estén aprobadas por al entidad estatal, la plataforma no permitirá dar inicio a la ejecución del contrato.

Bogotá D.C., **22/01/2021 13:25:10**

**N° Radicado: RS20210122000367**

Señora

**Sandra Milena Ruano Reyes**

Ciudad

**Concepto C ‒ 797 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | REQUISITOS DE PERFECCIONAMIENTO – Contrato estatal – Solemne / REQUISITOS DE EJECUCIÓN – Contrato estatal – Legales y convencionales / ACTA DE INICIO – Requisito de ejecución – Convencional / ACTA DE INICIO – Requisito de ejecución – Límites – Requisitos legales / APROBACIÓN DE GARANTÍAS – Requisito de ejecución – SECOP II – Acta de inicio. |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # P20201216000634 |

Estimada señora Ruano:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 16 de diciembre del 2020.

1. **Problema planteado**

Usted formula las siguientes preguntas:

«1. Si bien la entidad y el proponente, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pueden pactar que la ejecución del contrato inicie desde la suscripción del acta de inicio, ¿Es posible que la fecha de suscripción del acta de inicio sea anterior a la fecha en que se cumplen los requisitos de perfeccionamiento estipulados en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993?

»2. ¿Es posible dar inicio a la ejecución de un contrato con la suscripción del acta de inicio, sin que a la fecha de suscripción de dicho documento se hayan cumplido con la totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 41 de la ley 80 de 1993?

»3. ¿Es posible dar inicio a la ejecución de un contrato con la suscripción del acta de inicio, solo con la expedición de la póliza, cargada en el SECOP II, sin ser aprobada en dicho sistema (según la trazabilidad en el sistema)?

»4. Que (sic) riesgos existen al dar inicio a contratos registrados en el SECOP II con fechas anteriores a la aprobación de pólizas en los registros y flujos previamente establecidos en el sistema».

1. **Consideraciones**

Para responder las preguntas planteadas en su consulta, la Subdirección de Gestión Contractual analizará los siguientes temas: i) los requisitos de ejecución de los contratos estatales regulados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ii) el acta de inicio como requisito de ejecución «convencional» y iii) la aprobación de las garantías, como condición para iniciar la ejecución del contrato estatal.

**2.1. Requisitos de ejecución de los contratos estatales regulados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública**

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública prevé dos tipos de exigencias en relación con los contratos estatales: i) las relacionadas con el perfeccionamiento y ii) las que tienen que ver con la ejecución. Si bien ambas se complementan y marcan el origen de la fase contractual –o de ejecución–, es importante distinguirlas, ya que las consecuencias jurídicas que generan son diferentes.

Los *requisitos de perfeccionamiento* del contrato estatal son mandatos normativos que determinan cuándo se entiende celebrado. Es decir, se trata de prescripciones que establecen en qué momento existe el contrato. Según el artículo 1.501 del Código Civil, todo contrato se caracteriza por tener tres elementos: los de la esencia, los de la naturaleza y los accidentales. Los de la esencia son aquellos que, al cumplirse, marcan la existencia del contrato y le otorgan su identidad o tipología, permitiendo que no se confunda con otro contrato. Los de la naturaleza son aquellos que, no siendo esenciales al contrato, se entienden incorporados por ministerio de la ley, aun ante el silencio de las partes. Y los accidentales son los que las partes agregan en ejercicio de su autonomía de la voluntad, ya que no son ni esenciales, ni de la naturaleza del contrato[[1]](#footnote-2). Los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal ingresan dentro de los elementos de la esencia.

Por otra parte, los contratos –en términos generales– pueden ser: consensuales, reales o solemnes. Son *consensuales* los que se perfeccionan con el consentimiento informal, pues no requieren de formalidades especiales. Son *reales* aquellos que existen solo con la tradición o entrega de una cosa. Por su parte, son *solemnes*, en cambio, aquellos contratos cuyo perfeccionamiento está revestido del cumplimiento de exigencias formales o ritualidades específicas[[2]](#footnote-3). Pues bien, los contratos estatales regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por regla general, son solemnes, ya que solo se entienden celebrados si se cumplen ciertas formalidades. Esta regla general solo tiene una excepción, como se explicará.

En efecto, el primer inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que «Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito». Como se advierte, el legislador dispuso que para que el contrato estatal exista, no solo debe haber un acuerdo sobra la obligación principal del negocio –es decir, sobre el «objeto»– y sobre la contraprestación, sino que se debe plasmar por escrito. Tal circunstancia le ha permitido a la doctrina concluir que el contrato estatal regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública es «[…] principalmente, *solemne,* ya que la manifestación de voluntad, si no se expresa bajo la forma *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* exigida por la ley, es inexistente, es decir, se entiende que el contrato jamás ha sido creado para el mundo jurídico»[[3]](#footnote-4).

La excepción a esta regla se encuentra en el cuarto inciso del mismo artículo, según el cual, «En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo [42](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#42) de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante, deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante». En otras palabras, por regla general, los contratos estatales deben constar por escrito, salvo que se presente una situación de urgencia manifiesta en la que no haya tiempo de cumplir con esta formalidad.

Analizados con anterioridad los requisitos para el perfeccionamiento del contrato estatal, es necesario diferenciarlos, por tanto, de los *requisitos de ejecución*, e indicar cuáles son las exigencias de esta segunda clase establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Si el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento permite que el contrato exista, la observancia de los requisitos de ejecución posibilita el inicio de la fase de realización de las actividades pactadas en el contrato, es decir, el cumplimiento del objeto del negocio jurídico. A partir de esta distinción, es posible encontrar contratos estatales –perfeccionados–, que hayan cumplido con los requisitos de ejecución y contratos estatales respecto de los cuales aún falte satisfacer uno o varios requisitos de ejecución.

Los requisitos de ejecución de los contratos estatales pueden ser «legales» o «convencionales». Los primeros son aquellos que se encuentran previstos en la ley. Los segundos son estipulados por las partes. En otros términos, los requisitos legales de ejecución son elementos de la naturaleza, mientras que los requisitos convencionales de ejecución son elementos accidentales. Teniendo en cuenta que en la consulta se indaga por el acta de inicio y por las garantías, es importante precisar si se trata de requisitos de ejecución legales o convencionales. Para dilucidar lo anterior, conviene hacer referencia al segundo inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007. Esta disposición normativa establece:

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Como puede observarse, los requisitos legales de ejecución son: i) la aprobación de las garantías exigidas en el contrato, ii) la existencia de la apropiación presupuestal correspondiente y iii) la acreditación del cumplimiento de las obligaciones con el Sistema de Seguridad Social Integral.

Lo que tienen en común tales requisitos es que deben cumplirse para que inicie el contrato, sin que por ello puedan considerarse elementos de la esencia –de perfeccionamiento– del negocio jurídico, ni de validez del mismo. En otras palabras, un contrato estatal existe, así no se haya aprobado las garantías, o expedido el registro presupuestal, o a pesar de que el contratista no esté al día en el cumplimiento de sus obligaciones con el Sistema de Seguridad Social Integral, pero no puede comenzar a ejecutarse. Si aún así el contrato estatal inicia, se incurre en un incumplimiento de obligaciones normativas –que son elementos de la naturaleza del contrato–, lo cual puede generar responsabilidades subjetivas en los servidores públicos, pero no por ello el contrato estatal deja de existir o queda viciado de nulidad.

A esta conclusión llegó la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del 12 de agosto de 2014, luego de distinguir los requisitos de perfeccionamiento respecto de los requisitos de ejecución de los contratos estatales. En tal oportunidad el órgano judicial se preguntó, dentro de las consideraciones, si la ausencia de registro presupuestal tenía como efecto que un contrato de prestación de servicios profesionales se considerara inexistente o viciado de nulidad absoluta. La respuesta del alto tribunal es que no se genera inexistencia ni vicio de nulidad absoluta, sino una eventual responsabilidad en los servidores públicos que incumplieron tal requisito presupuestal[[4]](#footnote-5).

**2.2. El acta de inicio como requisitos de ejecución «convencional»**

Al no ser un requisito legal de ejecución de los contratos estatales –pues no se encuentra consagrado en la ley–, el acta de inicio constituye un requisito de ejecución *convencional*, que se pacta en la minuta del contrato o que el contratista acepta, adhiriéndose al clausulado del pliego de condiciones o documento equivalente.

En el lenguaje de la contratación estatal, el acta de inicio es un documento en el que se fija la fecha en la que comienza el cómputo del plazo del contrato. Por tanto, si bien no la exige la ley ni el reglamento, obedece a una buena práctica contractual, ya que brinda certeza acerca del inicio de la ejecución del contrato. Es por ello que la suscripción del acta de inicio usualmente se pacta en la cláusula del plazo, estableciendo que la fecha de la firma de tal documento será el hito que determinará desde cuándo comenzarán a contabilizarse los días, meses o años que se hayan estipulado como período para el cumplimiento del objeto del contrato. El fundamento legal que habilita a las partes para establecer la suscripción del acta de inicio como un requisito de ejecución convencional se encuentra en el segundo inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual indica que «Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales».

Ahora bien, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes del contrato deben respetar las normas de orden público. En consecuencia, a pesar de que están facultadas para acordar cláusulas accidentales en el negocio jurídico, estas no pueden ir en contra de los mandatos contenidos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En tal sentido, teniendo en cuenta que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 establece que los requisitos legales de ejecución de los contratos estatales son la aprobación de las garantías, la apropiación presupuestal y la acreditación del cumplimiento de las obligaciones con el Sistema de Seguridad Social Integral, las partes no pueden establecer que el contrato estatal comenzará su ejecución cuando se firme el acta de inicio pero pretermitiendo las tres exigencias legales.

Dicho de otra manera, el acta de inicio puede ser pactada como requisito para el comienzo del cómputo del plazo, pero la fecha que se defina en ella para iniciar la ejecución del contrato no puede ser anterior al cumplimiento de los requisitos de ejecución establecidos en la ley. Verbigracia, si las garantías no han sido aprobadas por la entidad estatal, aún no se puede suscribir el acta de inicio, pues de lo contrario las partes estarían contrariando normas de orden público, que, como bien se sabe, son indisponibles. O si la fecha de expedición del registro presupuestal es el día de hoy, no puede establecerse como fecha de inicio de ejecución del contrato el día de ayer, porque lo que eso estaría indicando es que el contrato estatal comenzó su ejecución sin la apropiación presupuestal suficiente.

Además, el artículo 6 de la Constitución dispone que «Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes» y que «Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones». Por tanto, no se puede suscribir el acta de inicio, estableciendo como fecha de inicio del contrato un día en el que aún no se hayan cumplido los requisitos de ejecución establecidos en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, porque ello implica una infracción de la ley.

**2.3. La aprobación de las garantías, como condición para iniciar la ejecución del contrato estatal**

Según se indicó, otro requisito de ejecución de orden legal, establecido en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, es la aprobación de las garantías. En otras palabras, como lo ha explicado la doctrina, este «requisito de ejecución del contrato estatal no se cumple con la simple expedición de la garantía única por parte del contratista, sino que la formalidad se configura en el momento en que la garantía ha sido aprobada por parte de la entidad pública contratante»[[5]](#footnote-6). Así también lo ha considerado de tiempo atrás la Sección Tercera del Consejo de Estado, señalando que el inicio de la ejecución del contrato estatal se encuentra supeditado a la aprobación de las garantías exigidas[[6]](#footnote-7).

Las garantías en la contratación estatal son obligaciones adquiridas por terceros –compañías aseguradoras o financieras–, ante eventos nocivos para la entidad pública, que puedan acaecer durante las fases pre-contractual, contractual o post-contractual, según el análisis de riesgos efectuado dentro de los estudios previos. En la fase pre-contractual, la garantía que, por regla general, debe exigirse es la de seriedad de la oferta. Para las dos fases posteriores, el ordenamiento prevé la garantía única de cumplimiento y la garantía de responsabilidad civil extracontractual, cuya procedencia, así como la inclusión de sus amparos depende de las circunstancias previstas en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007[[7]](#footnote-8) y en la Subsección 3 del Decreto 1082 de 2015. Tales disposiciones normativas establecen los contratos en los que resultan obligatorias tales garantías, la suficiencia de sus amparos y la manera de hacerlas efectivas. Las partes, por autonomía de la voluntad, y según las características del contrato, podrían exigir garantías adicionales.

Por lo tanto, para que el contrato pueda iniciar su ejecución, el servidor público competente al interior de la entidad estatal debe haber impartido la aprobación de la garantía. Esta manifestación de voluntad debe estar precedida de un completo análisis de las condiciones de expedición de la garantía, según el mecanismo de cobertura del riesgo de que se trate –póliza de seguro, contrato de fiducia mercantil o garantía bancaria–. De manera que, para emitir el acto de aprobación de la garantía el funcionario encargado de ello debe cerciorarse de que la descripción de los amparos, el valor, la vigencia y los demás datos del documento, cumplen las exigencias normativas y contractuales.

Es por eso que no se puede suscribir el acta de inicio antes de la aprobación de las garantías contractuales por parte de la entidad estatal. En efecto, para que el contrato estatal comience a ejecutarse, los riesgos detectados en los estudios previos deben estar adecuadamente amparados por las garantías que la entidad estatal ha considerado óptimas para cubrirlos. Y si la entidad estatal no ha aprobado la garantía, pero, a pesar de ello, la ejecución del contrato inicia, existe la posibilidad de que se concrete algún riesgo y que no haya garantías que puedan cubrirlo, pues no han sido aprobadas. Ello, por supuesto, resultaría sumamente nocivo para las entidades estatales, y sobre todo para el cumplimiento de los fines asociados al contrato estatal.

Finalmente, consultada la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, se pudo constatar que el procedimiento para iniciar la ejecución de un contrato estatal en el SECOP II es el siguiente: una vez el contrato electrónico es aprobado por el usuario proveedor y después por el usuario responsable por parte de la entidad estatal, y este queda en estado «firmado» y público para su consulta, el SECOP II habilita una nueva funcionalidad desde la cuenta de la entidad estatal para «iniciar ejecución».

Continuando el procedimiento en el sistema, para iniciar la ejecución del contrato se requiere:

i) si existen garantías de cumplimiento del contrato, deben estar en estado «Aprobado» (en la segunda sección de «Condiciones»).

ii) Registrar la información del Compromiso Presupuestal (en la sexta sección de «Información presupuestal»).

iii) Definir en los campos obligatorios la fecha de inicio y fecha fin del contrato (en la primera sección de «Información general»).

La Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico aclara que los pasos indicados anteriormente son requisito para suscribir el acta de inicio. Es decir que si la entidad estatal no cumple tales requisitos, técnicamente no podrá iniciar con la ejecución del contrato. Así mismo, los formularios «7. Ejecución del Contrato», «8. Modificaciones» y «9. Incumplimientos» quedarán bloqueados hasta el inicio de ejecución del contrato.

En conclusión, si hay garantías solicitadas en el SECOP II que no estén aprobadas por la entidad estatal, la plataforma no permitirá dar inicio a la ejecución del contrato.

**3. Respuestas**

«1. Si bien la entidad y el proponente, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pueden pactar que la ejecución del contrato inicie desde la suscripción del acta de inicio, ¿Es posible que la fecha de suscripción del acta de inicio sea anterior a la fecha en que se cumplen los requisitos de perfeccionamiento estipulados en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993?»

No es posible, pues las partes del contrato deben respetar las normas de orden público establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En consecuencia, la fecha establecida en el acta de inicio para que el contrato comience su ejecución no puede ser anterior al cumplimiento de los tres requisitos de ejecución establecidos en el artículo 41 de la ley 80 de 1993, a saber: i) la aprobación de las garantías, ii) la obtención de la apropiación presupuestal suficiente y iii) la acreditación del cumplimiento de las obligaciones con el Sistema de Seguridad Social Integral.

»2. ¿Es posible dar inicio a la ejecución de un contrato con la suscripción del acta de inicio, sin que a la fecha de suscripción de dicho documento se hayan cumplido con la totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 41 de la ley 80 de 1993?»

Por ser una pregunta similar, se reitera la respuesta anterior.

»3. ¿Es posible dar inicio a la ejecución de un contrato con la suscripción del acta de inicio, solo con la expedición de la póliza, cargada en el SECOP II, sin ser aprobada en dicho sistema (según la trazabilidad en el sistema)?»

No es posible, debido a que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 exige no solo la expedición de la garantía, sino su *aprobación* por parte de la entidad estatal, es decir, la expedición de una manifestación de voluntad en la que el servidor público competente indique si la garantía fue adecuadamente constituida, de acuerdo con los requisitos normativos y contractuales. En otras palabras, si los elementos de la garantía –los amparos, la vigencia, el valor y los demás datos del mecanismo de cobertura del riesgo– no son válidos, la garantía no puede aprobarse y por lo tanto no puede iniciar aún la ejecución del contrato. Además, si hay garantías solicitadas en el SECOP II que no estén aprobadas por la entidad estatal, la plataforma no permitirá dar inicio a la ejecución del contrato.

»4. Que (sic) riesgos existen al dar inicio a contratos registrados en el SECOP II con fechas anteriores a la aprobación de pólizas en los registros y flujos previamente establecidos en el sistema».

Si la entidad estatal no ha aprobado la garantía en el SECOP II, pero, a pesar de ello, la ejecución del contrato inicia, existe la posibilidad de que se concrete algún riesgo identificado en los estudios previos y que no haya garantías que puedan cubrirlo, pues no han sido aprobadas. Ello, por supuesto, resultaría sumamente nocivo para las entidades estatales, y sobre todo para el cumplimiento de los fines asociados al contrato estatal. Además, dar inicio a la ejecución de un contrato estatal sin que se hayan aprobado las garantías expone a los servidores públicos a investigaciones y a eventuales sanciones disciplinarias o condenas fiscales.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual |

1. En efecto, este enunciado normativo establece: «Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales». [↑](#footnote-ref-2)
2. En efecto, el artículo 1.500 del Código Civil expresa: «El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento». [↑](#footnote-ref-3)
3. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. pp. 28-29. [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 12 de agosto de 2014. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Expediente: 28.565. [↑](#footnote-ref-5)
5. Expósito, Op.cit., p. 79. [↑](#footnote-ref-6)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de julio de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente: 27.816. [↑](#footnote-ref-7)
7. Este artículo dispone: «Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

   »Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

   »El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

   »El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

   »Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

   »PARÁGRAFO TRANSITORIO. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes». [↑](#footnote-ref-8)