**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Contratos – Artículo 355 – Constitución Política – Convenios de asociación – Diferencias**

El Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

**ESTUDIOS DEL SECTOR – Manifestación – Principio de planeación**

[…] la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. Hacer un análisis desde la perspectiva legal implica la revisión de la regulación vigente para el mercado dentro del que se encuentra el objeto del contrato. La perspectiva comercial hace referencia a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, si tienen condiciones especiales que sean relevantes a la hora de determinar los requisitos habilitantes, entre otros. Desde una perspectiva financiera, el análisis conlleva una revisión de las características financieras que se presentan dentro del mercado del bien o servicio, como por ejemplo, el índice de endeudamiento que tienen las empresas o personas naturales que ofrecen dicho bien o servicio. Con la perspectiva organizacional se pretende que la entidad estatal entienda cómo están organizados internamente los posibles oferentes y de qué manera realizan sus negocios y operaciones.

[…] El análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del proceso de contratación, las condiciones del bien o servicio, y las ventajas que representa para la Administración contratar el bien o servicio con el contratista. En este último punto, el análisis del sector permite sustentar la decisión de realizar un proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía.

**DECRETO 092 DE 2017 – Alcance – Artículo 6 – Artículo 7 – Artículo 8**

Por lo pronto, se descarta razonablemente de que los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017 tengan en mismo ámbito de aplicación –*remisión parcial stricto sensu*–, ya que esta última disposición no produciría ningún efecto útil, es decir, habría bastado la remisión a las «inhabilidades e incompatibilidades» y a los «principios» sin necesidad de remisiones adicionales a otras normas de contratación. Lo anterior, se fundamenta en la directriz hermenéutica según la cual el sentido en el que una disposición produce efectos prima sobre aquel en que no produzca efecto alguno.

Ahora bien, cuando el decreto menciona las «[…] normas generales aplicables a la contratación pública […]», bien podrían referirse a las disposiciones comunes del Estatuto General –*remisión parcial latu sensu*– o la totalidad de la Ley 80 de 1993 –*remisión integral*–. En esta medida, determinar el alcance de la remisión del artículo 8 del Decreto 092 requiere considerar que no hay lugar a distinguir entre normas de carácter general o especial dentro del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, ya que de la competencia dispuesta en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política se desprende que todas estas disposiciones regulan con el mismo grado de generalidad la actividad contractual del Estado.

Por ello, considerando que la Ley 80 de 1993 tiene el mismo grado de generalidad, esta Subdirección concluye que el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 dispone una *remisión integral* al Estatuto de Contratación. Dicha remisión alcanza tanto el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como los principios aplicables a la contratación estatal. Por tanto, los artículos 6, 7 y 8 del reglamento autónomo deben interpretarse en bloque, es decir, aplicando la Ley 80 de 1993 a todo supuesto que no esté expresamente regulado en el Decreto 092 de 2017.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Obligatoriedad – Estudios del sector**

Como no es posible prescindir de los estudios del sector, debe precisarse si las entidades tienen discrecionalidad para definir cómo se realizan o, por el contrario, si se trata de un elemento reglado en las normas generales aplicables a la contratación pública, que se aplica a los *convenios de asociación* ante el vacío legal.

[…]

En consecuencia, se concluye que la Administración no es libre para definir cómo se realizan los estudios del sector, pues se trata de un aspecto reglado que –frente al vacío en la materia– se integra al artículo 5 del Decreto 092 de 2017 por medio de la remisión al Estatuto General y sus decretos reglamentarios. Para esta Subdirección la exigibilidad de los mismos es independiente de que se realice en el marco de un proceso competitivo o no. En gracia de discusión, admitir que no es obligatoria en los procesos no competitivos, implica recortar el alcance de un principio que tiene plena aplicación en los contratos estatales. En esta medida, el entendimiento del artículo 7 del Decreto 092 de 2017 se armoniza con el contenido del artículo 8 *ibidem*, pues fundamentando el análisis del sector en el principio de planeación, es necesario acudir a las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Bogotá D.C., **29/04/2020 Hora 21:4:45s**

**N° Radicado: 2202013000003261**

Señora

**FRIDCY ALEXANDRA FAURA FAURA**

Ciudad

**Concepto C ─ 223 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATOS DEL ART. 355 C.P Y CONVENIOS DE ASOCIACIÓN ― Diferencias / ESTUDIOS DEL SECTOR ― Manifestación del principio de planeación / DECRETO 092 DE 2017 ― Alcance de los artículos 6, 7 y 8 / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN ― Obligatoriedad de los estudios del sector |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202013000001811 |

Estimada señora Fridcy Alexandra,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ―Colombia Compra Eficiente― responde su consulta del 10 de marzo de 2020, 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.

**1.** **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente pregunta: ¿en los convenios de asociación del Decreto 092 de 2017, es necesario realizar estudios del sector tanto para los procesos competitivos como para los no competitivos?

**2.** **Consideraciones**

Para desarrollar los problemas planteados, se analizarán los siguientes temas: i) diferencia entre los contratos del artículo 355 de la Constitución Política y los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, ii) estudios del sector en el Estatuto General de Contratación, iii) alcance de las remisiones previstas en los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017 y iv) estudios del sector en los *convenios de asociación*.

En los conceptos del 30 de agosto y el 20 de diciembre de 2019 ─radicados Nos. 2201913000006394 y 2201913000009467─, y recientemente en los conceptos C-081 y C-094 de marzo de 2020 ─radicados Nos. 4202012000000585 y 4202013000000755─, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –en adelante, ESAL–, razón por la cual se reiteran dichas consideraciones.

**2.1. Diferencias entre** **los** **contratos del artículo 355 de la Constitución Política y los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998**

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[1]](#footnote-2). Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad[[2]](#footnote-3).

El Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Los *contratos del artículo 355 de la Constitución Política* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre ésta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar este dirigida al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o ejecuta obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación. Solo cuando se reúnan estas condiciones es procedente celebrar contratos del artículo 355 de la Constitución Política; de lo contrario, se aplicarán las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De otro lado, los *convenios de asociación* «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley»[[3]](#footnote-4). En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. El convenio de asociación no es conmutativo, y por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes[[4]](#footnote-5).

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio[[5]](#footnote-6). Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir. Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, las ESAL, aporte al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben «asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse».

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, mediante el Auto del 6 de agosto de 2019, la Sección Tercera del Consejo de Estado suspendió provisionalmente el inciso 2 del artículo 1, los literales a y c del artículo 2, el inciso 5 del artículo 2, el inciso 2 del artículo 3 y el inciso final del artículo 4 del Decreto 092 de 2017. Por tanto, dentro de las normas vigentes, corresponde analizar la necesidad de los estudios del sector y sus fundamentos normativos.

**2.2. Estudios del sector en el Estatuto General de Contratación**

La planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, la cual exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, con el fin de determinar la necesidad que pretende satisfacer y cuál es la mejor manera de hacerlo, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y cuáles son sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc., que conlleven a una diligente escogencia de la mejor oferta para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales.

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contiene disposiciones que demandan de las entidades estatales el deber de realizar planeación en la etapa precontractual, para que los procesos de contratación satisfagan las necesidades de la Administración, cumplan sus fines, logren la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y permitan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución. En relación con el valor del futuro contrato y su correlativo respaldo presupuestal, se tienen, por ejemplo, las siguientes reglas derivadas de la aplicación del principio de economía previsto en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993:

7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

[…]

12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda.

Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño.

13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados […].

De las normas citadas se resalta que, en virtud del principio de economía, para iniciar un proceso de contratación se requieren unos estudios previos que permitan estructurar, concretar y viabilizar los aspectos esenciales del futuro contrato, dentro de los cuales se encuentran su objeto y valor estimado, entre otros elementos. Los componentes de los estudios previos que sirven de soporte para elaborar el proyecto de pliego, los pliegos de condiciones y el contrato, están previstos en el artículo 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1082 de 2015, norma que exige que se determine el objeto a contratar con sus especificaciones y se estime el costo que implica la celebración del contrato de la siguiente manera:

2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.

[…]

4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración

Para cumplir este objetivo es necesario el estudio del mercado y el análisis del sector económico y de los oferentes, actividad de planeación previa que sirve para identificar aspectos concretos del mercado que pueden afectar el proceso de selección o las condiciones del negocio a realizar a través del proceso de contratación de bienes, obras o servicios. En este sentido, el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015 dispone lo siguiente: «La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso».

De acuerdo con la norma citada, la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. Hacer un análisis desde la perspectiva legal implica la revisión de la regulación vigente para el mercado dentro del que se encuentra el objeto del contrato. La perspectiva comercial hace referencia a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, si tienen condiciones especiales que sean relevantes para determinar los requisitos habilitantes, entre otros. Desde una perspectiva financiera, el análisis conlleva una revisión de las características financieras que se presentan dentro del mercado del bien o servicio, como por ejemplo el índice de endeudamiento que tienen las empresas o personas naturales que ofrecen dicho bien o servicio. Con la perspectiva organizacional se pretende que la entidad estatal entienda cómo están organizados internamente los posibles oferentes y de qué manera realizan sus negocios y operaciones.

Para negociar de manera adecuada, es necesario conocer la estructura de los posibles contratistas, pues permite identificar la forma en la que suplirá los requerimientos de la entidad. El análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del proceso de contratación, las condiciones del bien o servicio y las ventajas que representa para la Administración contratar el bien o servicio con el contratista. En este último punto, el análisis del sector permite sustentar la decisión de realizar un proceso de contratación desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía.

Dicho análisis facilita tanto el conocimiento del sector, desde una perspectiva multidisciplinaria, como de los proveedores disponibles en el mercado para satisfacer la necesidad de la entidad contratante. Así mismo, el análisis del sector implica un estudio de la oferta, lo que permitirá identificar qué proveedores existen en el mercado y cómo intervienen en la cadena de producción, comercialización y distribución de los bienes, obras o servicios. Así mismo, podrá estudiar la demanda para determinar cómo las entidades estatales y los particulares adquieren esos bienes, obras o servicios para extraer las mejores prácticas e información para el proceso de contratación.

Colombia Compra Eficiente dispone de una «Guía para la Elaboración de Estudios del Sector», instrumento que sirve de apoyo para entender el mercado del bien, obra o servicio que la entidad estatal pretende adquirir para diseñar el proceso de contratación con la información necesaria para alcanzar los objetivos de eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia y manejo del riesgo. En dicho instrumento, se recomienda que un análisis integral sobre varios aspectos del mercado –económico, técnico, regulatorio, etc.–, lo cual permitirá que la entidad delimite con precisión qué bienes y servicios existen, cuáles son las condiciones de su comercialización, cómo es la oferta y la demanda y cuáles son los factores que inciden en el valor del contrato, tales como el análisis de precios, las cargas tributarias, la tasa de cambio, las garantías, los gastos de transporte, etc.

Adicionalmente, si bien los estudios del sector son de gran relevancia en los procesos de contratación donde existe pluralidad de oferentes, nada obsta para que se elaboren allí donde no existiría competencia. Para estos efectos, la guía mencionada en el precedente explica que «En la contratación directa, el análisis del sector debe tener en cuenta el objeto del Proceso de Contratación, particularmente las condiciones del contrato, como los plazos y formas de entrega y de pago. El análisis del sector debe permitir a la Entidad Estatal sustentar su decisión de hacer una contratación directa, la elección del proveedor y la forma en que se pacta el contrato desde el punto de vista de la eficiencia, eficacia y economía. La Entidad Estatal debe consignar en los Documentos del Proceso, bien sea en los estudios previos o en la información de soporte de los mismos, los aspectos de que trata el artículo 15 del Decreto 1510 de 2013 [compilado en el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015]» (Corchetes fuera de texto). En este contexto, se trata de analizar si las normas generales del sistema de compra pública analizadas en el presente apartado se aplican los *convenios de asociación* regulados por el Decreto 092 de 2017.

**2.3. Alcance de las remisiones previstas en los artículos** **6, 7 y 8 del** **Decreto 092 de 2017**

Para resolver la pregunta planteada, es importante tener en cuenta que la Constitución Política de 1991 establece tres (3) regímenes de contratación. El primero se fundamenta en la competencia prevista en el inciso final del artículo 150 superior, por el cual se faculta al Congreso de la República para la expedir un Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El segundo se relaciona con la posibilidad de crear regímenes especiales, caso en el cual la Constitución los exceptúa directamente, como sucede con las universidades públicas y el Banco de la República –arts. 69 y 371–, o permite que la ley defina el régimen jurídico de determinados órganos del Estado, como en el caso de las entidades descentralizadas por servicios –art. 210– y las empresas de servicios públicos domiciliarios –art. 365–. Finalmente, el citado artículo 355 establece el régimen de los contratos con las ESAL, el cual –además de extenderse a los *convenios de asociación* en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998– se desarrolló a través del Decreto 092 de 2017.

Los primeros dos regímenes se caracterizan por la exhaustiva regulación de la actividad contractual. Los contratos sometidos al Estatuto General, aunque se rigen por el derecho público, permiten la aplicación del derecho civil y comercial en los casos previstos en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Así mismo, pese a la aplicación de las normas comunes sobre obligaciones y contratos en las entidades del régimen exceptuado, deben respetar los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades –Ley 1150 de 2007, art. 13–, los cuales se concretan en los respectivos manuales de contratación. Sin embargo, frente a la regulación sumaria de los *contratos del art. 355 de la Constitución* y los *convenios de asociación*, los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017 disponen lo siguiente:

Artículo 6°. Prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades. Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto.

Artículo 7°. Aplicación de los principios de la contratación estatal. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables […]

Artículo 8°. Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto.

Estas normas integran las lagunas o vacíos normativos del reglamento autónomo, y se aplican a todo lo que no esté expresamente regulado en él. Por ello no es posible aplicar ninguna de las disposiciones anteriormente citadas en temas como la competencia para celebrar los *contratos del artículo 355 de la Constitución* y la indelegabilidad de la autorización –art. 2–, la idoneidad de las ESAL –art. 3–, su registro en el SECOP –art. 9– y la inaplicación del registro único de proponentes –art. 10–.

En contraste, en los vacíos es necesario resolver si las tres (3) normas expresan la misma idea o, por el contrario, son autónomas en su interpretación. La consecuencia es importante en el caso concreto, pues si los estudios del sector son una manifestación del principio de planeación, bastaría aplicar el artículo 7. Por tanto, de asumirse que el artículo 8 es independiente, no sería posible aplicar las normas generales de contratación pública, especialmente el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, ya que el tema estaría regulado en el reglamento autónomo.

Para resolver este interrogante, en principio, podría considerarse que dichas disposiciones son independientes, pues si los supuestos están regulados en normas separadas, cada una produciría consecuencias distintas. Esta posición no se comparte, ya que están relacionadas entre sí. En efecto, el artículo 6 del Decreto 092 de 2017 se refiere a las inhabilidades e incompatibilidades previstas en el ordenamiento jurídico, incluyendo las previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993; además, los artículos 23, 24, 25, 26 y otros del Estatuto General regulan los principios de la contratación estatal, relacionándose parcialmente con el artículo 7 *ibidem* al disponer lo siguiente:

«Artículo 23. De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo».

A su vez, tanto el «régimen de inhabilidades e incompatibilidades» como los «principios» hacen parte de las normas generales aplicables a la contratación pública. Naturalmente, podría preguntarse si el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 se relaciona con estos dos (2) aspectos por ser comunes a los procesos de selección o, incluso, si se extiende a la totalidad del Estatuto General. De concluirse lo primero, el ámbito de los artículos 6, 7 y 8 del reglamento es similar, refiriéndose –entre otros aspectos– a las «inhabilidades e incompatibilidades» y a los «principios», pues están contenidos en la Ley 80 de 1993 y son aplicables en todos los regímenes de contratación que se analizaron al inicio de este apartado –*remisión parcial*–. Por el contrario, de concluirse lo segundo, la remisión del artículo 8 del Decreto 092 de 2017 es más amplia que la de los artículos 6 y 7 *ibídem*. En otras palabras, no se restringiría a las «inhabilidades e incompatibilidades», a los «principios» y a las demás normas generales de la Ley 80, sino a todo lo previsto en el Estatuto General. Desde esta perspectiva, las «[…] normas generales aplicables a la contratación pública […]» comprenderían los artículos 6 y 7 del decreto autónomo, ampliándose a las demás normas de la Ley 80 de 1993 –*remisión total*–.

La postura sobre el tema es relevante, pues quien opte por la *remisión parcial* o bien debe entender que el artículo 8 del Decreto 092 se refiere únicamente a las «inhabilidades e incompatibilidades» y a los «principios» –*remisión parcial stricto sensu*– o debe explicar qué normas son transversales a la actividad contractual del Estado, justificando la razón por las que se excluyen aquellas privativas de determinados procesos de selección, tipologías contractuales, etc. –*remisión parcial latu sensu*–.

Para quienes adopten la primera postura, el ámbito de los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017 sería exactamente el mismo, pues el último –referido a las normas generales– contiene a los otros dos –es decir, tanto las «inhabilidades e incompatibilidades» como a los «principios»–. En contraste, la segunda idea implica que –además de estos– las normas generales se refieren disposiciones comunes de los contratos estatales. Ambas interpretaciones se apoyarían en el artículo 8 del reglamento autónomo que regula la contratación del artículo 355 constitucional y del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, ya que cuando prescribe que se regirán por las «[…] normas generales aplicables a la contratación pública […]», significaría que no es posible una remisión integra al Estatuto General, ya que habría que descartar normas especiales de determinados contratos o procesos de selección y verificar la ausencia de regulación en el Decreto 092 de 2017 para aplicar aquellas transversales a la gestión contractual.

Por lo pronto, se descarta razonablemente de que los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017 tengan en mismo ámbito de aplicación –*remisión parcial stricto sensu*–, ya que esta última disposición no produciría ningún efecto útil, es decir, habría bastado la remisión a las «inhabilidades e incompatibilidades» y a los «principios» sin necesidad de remisiones adicionales a otras normas de contratación. Lo anterior se fundamenta en la directriz hermenéutica según la cual el sentido en el que una disposición produce efectos se prefiere sobre aquel en que no produzca efecto.

Ahora bien, cuando el artículo 8 del decreto menciona a las «[…] normas generales aplicables a la contratación pública […]», bien podrían referirse a las disposiciones comunes del Estatuto General –*remisión parcial latu sensu*– o a la totalidad de la Ley 80 de 1993 –*remisión integral*–. En esta medida, determinar el alcance de la remisión del artículo 8 del Decreto 092 requiere considerar que no hay lugar a distinguir entre normas de carácter general o especial dentro del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, ya que de la competencia dispuesta en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política se desprende que todas estas disposiciones regulan con el mismo grado de generalidad la actividad contractual del Estado.

Por ello, considerando que la Ley 80 de 1993 tiene el mismo grado de generalidad, esta Subdirección concluye que el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 *remite integralmente* al Estatuto de Contratación. Esta remisión alcanza tanto el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como los principios aplicables a la contratación estatal. Por tanto, los artículos 6, 7 y 8 del reglamento autónomo deben interpretarse en bloque, es decir, aplicando la Ley 80 de 1993 a todo supuesto que no esté expresamente regulado en el Decreto 092 de 2017.

En esta medida, los *contratos del artículo 355 de la Constitución* y los *convenios de asociación* se rigen por el decreto y las normas del Estatuto General que sean compatibles con él, como, por ejemplo, los fines de la contratación –art. 3–, los derechos y deberes del contratante y del contratista –arts. 4 y 5–, los consorcios o uniones temporales –art. 7–, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades –art. 8–, los principios de la contratación estatal –art. 23 y ss.–, las tipologías contractuales –art. 32–, el contenido del contrato y la prohibición de adicionarlo en más del cincuenta por ciento –art. 40–, el régimen de perfeccionamiento –art. 41–, las causales de nulidad –art. 44 y ss.–, el régimen de responsabilidad contractual –art. 50 y ss.– y de liquidación de los contratos –art. 60–.

Incluso, en ambos es posible el ejercicio de poderes exorbitantes, siempre que estén relacionados con alguna de las tipologías previstas en el artículo 14, numeral 2, de la Ley 80 de 1993. Esta precisión es importante, porque –en los términos del artículo 1495 del Código Civil– los *contratos del artículo 355 de la Constitución* o los *convenios de asociación* no son tipologías contractuales, sino acuerdos de voluntades para producir obligaciones. Si bien el Decreto 092 de 2017 define los sujetos y la causa del contrato, la tipología contractual se establece en función del objeto como uno de los elementos de la esencia del negocio jurídico, pues sin él no existe o degenera en otro[[6]](#footnote-7). Por ello, a modo de ejemplo, no hay donación sin la transferencia del derecho dominio, pero degenera en una compraventa cuando supone el pago de un precio en dinero, o en una permuta, si existe el cambio de un bien por otro. Estas situaciones son independientes de las personas y del objetivo del contrato, razón por la cual, dentro de los *contratos del artículo 355* y de los *convenios de asociación* es posible definir las tipologías contractuales necesarias para el cumplimiento de los planes de desarrollo o de las funciones de la entidad contratante, respectivamente. Esto no implica que carezcan de existencia cuando no se celebran con una ESAL o cuando tienen un propósito diferente, caso en el que los contratos surgen a la vida jurídica pero viciados de nulidad.

**2.4. Estudios del sector en los convenios de asociación**

Como se analizó en el primer apartado, los *convenios de asociación* se fundamentan en el precitado artículo 96 de la Ley 489 de 1998, cuyo procedimiento se desarrolla en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017. Esta norma, que no fue suspendida provisionalmente por el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, regula el proceso de selección, distinguiendo entre proceso competitivo y no competitivo. Al respecto, dispone que los convenios «[…] no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio […]». Por el contrario, «Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por Ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección».

La duda que surge es si en estos convenios es obligatorio realizar estudios del sector. Para resolver esta inquietud es necesario tener en cuenta el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, que dispone que «La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto», norma aplicable a los *convenios de asociación* en virtud del inciso final del artículo 5 del mismo reglamento.

La disposición anteriormente citada permite acudir a las normas generales de la contratación pública, siempre que se encuentren lagunas normativas. El problema radica en precisar si el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 contiene un vacío sobre la obligatoriedad de los estudios del sector. La pregunta admite varias soluciones: *En primer lugar*, podría sostenerse que la norma nunca pretendió que este documento fuera necesario; razón por la cual, al no estar regulada su exigibilidad tanto para los procesos competitivos como no competitivos, es innecesaria su elaboración. No obstante, en *segundo lugar*, también podría argumentarse que –frente al vacío normativo– es necesario acudir a las normas generales del Estatuto de Contratación, haciendo que los estudios del sector sean obligatorios por la concordancia entre los artículos 5 y 8 del Decreto 092 de 2017 con el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, norma que desarrolla tanto la Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011.

Ambas soluciones no están exentas de dificultades. Sostener que los estudios del sector no son exigibles por la omisión del artículo 5 del Decreto 092 de 2017 equivale a desconocer que dicho análisis forma parte del principio de planeación, lo cual genera la consecuencia de permitir la celebración de *convenios de asociación* con desconocimiento de la necesidad que se pretende satisfacer, de los posibles contratistas, de los requisitos habilitantes que tengan incidencia en la ejecución del objeto, de la forma como otras entidades logran objetivos similares, etc. Vale la pena recordar que si bien este principio no hace parte de la enumeración contenida en el inciso 1 del artículo 209 de la Constitución Política de 1991, está relacionado con la eficacia y la economía de la acción administrativa, motivo por el cual la planeación es un deber en materia contractual[[7]](#footnote-8).

Para estos efectos, es necesario distinguir entre las «normas aplicables al proceso de selección» y las que regulan la «ejecución del objeto contractual», pues –conforme a lo analizado en la consideración precedente– gran parte de las remisiones a la Ley 80 de 1993 se refieren al segundo aspecto. Por el contrario, en lo que respecta al procedimiento de selección contratista, la noción de selección objetiva del artículo 5 del Decreto 092 de 2017 no puede ser entendida como una remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que «[…] la Entidad Estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación».

Así lo establece la guía de Colombia Compra Eficiente para la contratación con ESAL. Allí se precisa que la «Entidad Estatal no está obligada a hacer un proceso competitivo, pero debe garantizar que hace una selección objetiva en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación». En suma, de acuerdo con los criterios de la Guía, «[l]as Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017». En todo caso, «el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública».

Como se señaló en el considerando 2.2, los estudios del sector se fundamentan en el deber de planeación como principio de la contratación estatal. En esta medida, teniendo en cuenta que el artículo 7 del Decreto 092 de 2017 dispone que «La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables […]», las entidades están obligadas a dejar constancia de los motivos de conveniencia y oportunidad que las llevan a realizar los convenios de que trata el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, así como del análisis multidisciplinario que determina las condiciones de las ESAL idóneas para ejecutar el objeto. Esto supone que la Administración determina cuál es la necesidad a satisfacer y sabe quiénes lo harán eficaz y eficientemente, haciendo que el estudio del sector sea un presupuesto ineludible del *convenio de asociación*. Como no es posible prescindir de los estudios del sector, debe precisarse si las entidades tienen discrecionalidad para definir cómo se realizan o, por el contrario, si se trata de un elemento reglado en las normas generales aplicables a la contratación pública, que se aplica a los *convenios de asociación* ante el vacío legal.

Desde el primer punto de vista, se asumiría que la Administración determina libremente el cumplimiento de este requisito, definiendo si constituye un documento independiente de los estudios previos, la metodología para su elaboración, entre otros aspectos. Esta idea se apoyaría en la interpretación de la guía de Colombia Compra Eficiente para la contratación con ESAL, en el entendido que las entidades son autónomas para definir la selección del contratista. Dicha interpretación nos parece inadecuada, en la medida en que la discrecionalidad no es contraria a la existencia de algunos elementos reglados en las actuaciones administrativas, como sucede con la competencia o el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia contractual. En lo que se refiere a los procedimientos, no son completamente discrecionales o reglados. Todo lo contrario, las normas combinan estos elementos en diferentes proporciones, de forma tal que la discrecionalidad surge en aquellos aspectos donde no existe predeterminación legal[[8]](#footnote-9).

En consecuencia, se concluye que la Administración no es libre para definir cómo se realizan los estudios del sector, pues se trata de un aspecto reglado que –frente al vacío en la materia– se integra al artículo 5 del Decreto 092 de 2017 por medio de la remisión que los artículos 7 y 8 del Decreto 092 de 2017 hacen al Estatuto General y sus decretos reglamentarios. Para esta Subdirección la exigibilidad de los mismos es independiente de que se realice en el marco de un proceso competitivo o no. En gracia de discusión, admitir que no es obligatoria en los procesos no competitivos implica recortar el alcance de un principio que aplica en los contratos estatales. En esta medida, el entendimiento del artículo 7 del Decreto 092 de 2017 se armoniza con el contenido del artículo 8 *ibidem*, pues fundamentando el análisis del sector en el principio de planeación, es necesario acudir a las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se procederá a responder el interrogante planteado.

**3. Respuesta**

¿En los convenios de asociación del Decreto 092 de 2017, es necesario realizar estudios del sector tanto para los procesos competitivos como para los no competitivos?

Conforme a los artículos 7 y 8 del Decreto 092 de 2017, el estudio del sector es obligatorio para celebrar los *convenios de asociación* de que trata el artículo 96 de la Ley 489 de 1998; con independencia de que deriven de un proceso competitivo o no. Se trata de un elemento reglado en el procedimiento, cuya exigibilidad nace de la conexión de estos documentos con el deber de planeación, el cual no solo es un requisito de la actividad contractual sino que también tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con ella[[9]](#footnote-10). En esta medida, el estudio del sector se fundamenta en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, normas que se integran al trámite establecido en el artículo 5 del reglamento autónomo, ya que se aplican tanto los «principios» de la contratación estatal como las «normas generales» del Estatuto de Contratación en lo que no esté expresamente regulado en el Decreto 092 de 2017.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan David Montoya Penagos  Contratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista, Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. Sobre esta norma, consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado No. 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, con radicado No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-2)
2. Al respecto, la Ley 489 de 1998 dispone que «Art. 96. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

   »Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes».

   [↑](#footnote-ref-3)
3. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-4)
4. Sobre la naturaleza de los convenios de asociación, se reitera lo expuesto en el concepto del 19 de noviembre de 2019, con radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-5)
5. El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente explica que: «El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación». [↑](#footnote-ref-6)
6. Al respecto, el artículo 1501 del Código Civil prescribe lo siguiente: «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-7)
7. La norma dispone que «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». No en vano, la jurisprudencia explica lo siguiente: «El deber de planeación, en tanto manifestación del principio de economía, tiene por finalidad asegurar que todo proyecto esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad; qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Rad. 22.471. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa). [↑](#footnote-ref-8)
8. De esta manera, la discrecionalidad tiene un referente claro en el principio de legalidad, en la medida en que siempre es reglada la atribución de competencia en lo que concierne al quién, órgano habilitado para actuar; al qué, tipo de decisión por adoptar; y al para qué, fin que se persigue con el acto. Por el contrario, «El cómo y el cuándo son elementos que pueden considerarse parcialmente discrecionales en el ejercicio de las competencias administrativas. El cómo es la manera en que ha de originarse la declaración orgánica administrativa, y depende de la regulación. Si existe, es obvio que el cómo será un elemento reglado, pues la manifestación pública deberá exteriorizarse formalmente por medio de tal procedimiento administrativo.

   »El cuándo (oportunidad, conveniencia, mérito, tiempo y ocasión del ejercicio de la competencia) es el elemento más típicamente dejado a la apreciación del administrador y que mejor integra la discrecionalidad. El derecho atribuye tal potestad pública para conseguir día a día la satisfacción concreta de las necesidades públicas, como intérprete y ejecutor de la función gubernativa» (DROMI, José Roberto. Derecho administrativo. Buenos Aires: Ediciones ciudad argentina, 2001, p. 449). [↑](#footnote-ref-9)
9. Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Rad. 22.471. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-10)