CCE-DES-FM-17

**SANCIONES CONTRACTUALES – Clases – Consagración legal**

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales, con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato. Entre dichas potestades se encuentran i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, concepto que incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión. Dichas prerrogativas se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibídem*. ii) En algunas disposiciones también se establecen otras potestades exorbitantes, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro –artículos 7 y 11 de la Ley 1150 de 2007–. Dentro de las potestades unilaterales también se encuentran iii) las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

**PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO CONTRACTUAL – Marco normativo – Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011**

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las reglas de procedimiento, mediante las cuales se materializan los derechos y garantías derivadas del debido proceso, para su aplicación concreta en materia sancionatoria contractual.

Cabe destacar que esta norma no se circunscribe a ciertos tipos de incumplimiento. En consecuencia, la declaratoria de cualquier incumplimiento, sea total o parcial, o independientemente de su gravedad, debe hacerse con plena observancia de las reglas procedimentales establecidas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esto es así como consecuencia del «principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete». A la misma conclusión se llega si se tiene en consideración la necesidad de respetar el debido proceso en «todas las actuaciones administrativas» como lo ordena el artículo 29 superior.

**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.

**DECRETO 92 DE 2017 – Alcance – Artículo 8**

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.

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.–, de liquidación de los contratos –art. 60– y el procedimiento administrativo sancionatorio establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, puesto que el Decreto 92 de 2017 no contempla normas particulares sobre el procedimiento para declarar el incumplimiento del contratista.

Texto

Descripción generada automáticamente

Bogotá, 15 Octubre 2021

Señor

**Miguel Cruz Ramírez**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 585 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Entidades públicas – Poderes exorbitantes – Inaplicabilidad / CONTRATOS Y CONVENIOS – Contratos de colaboración – Convenios de Asociación – Entidades públicas y ESAL – Artículo 355 / DECRETO 092 DE 2017 – Alcance – Artículos 6, 7 y 8 – Remisión |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20210905008046 |

Respetada señor Cruz:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta con fecha de 5 de septiembre de 2021.

1. **Problema planteado**

En relación con los convenios de asociación y el procedimiento sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, usted pregunta lo siguiente: i) «¿En los convenios interadministrativos del artículo 85 (sic) de la Ley 489 de 1998, para la declaratoria de incumplimiento aplica el artículo 96 de la Ley 1474 de 2011?», ii) «¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, para la declaratoria de incumplimiento aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?» y iii) «¿En los contratos del artículo 2º del Decreto 92 de 2017, para la declaratoria de incumplimiento aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?».

1. **Consideraciones**

Para absolver los interrogantes formulados, esta dependencia analizará los siguientes temas: i) inaplicabilidad de las facultades exorbitantes en los convenios del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, ii) régimen de los contratos de colaboración y convenios de asociación entre entidades públicas y entidades privadas sin ánimo de lucro y iii) alcance de las remisiones previstas en los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017 para efectos de la competencia sancionatoria y el procedimiento aplicable.

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre la potestad sancionatoria de las entidades estatales como herramienta para la dirección general del negocio y para la vigilancia y control en materia contractual y el trámite para su ejercicio. Así lo ha hecho en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C–251 del 27 de mayo de 2020, C–280 del 6 de julio de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-516 del 11 de agosto de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-607 del 13 de octubre de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-025 del 25 de febrero de 2021, C-060 del 8 de marzo de 2021, C-128 del 5 de abril de 2021 y C-194 del 13 de mayo de 2021. De igual manera, se ha pronunciado sobre el régimen de los convenios de asociación regulados en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 en los conceptos C-158 del 3 de abril de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-168 del 15 de abril de 2021. También se ha pronunciado sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad 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 del 3 de marzo de 2020, C-070 del 4 de marzo de 2020, C-094 del 4 de marzo de 2020, C-416 del 30 de junio de 2020, C–447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-532 del 11 de agosto de 2020 y C-548 del 5 de octubre de 2021, entre otros. Las tesis expuestas en los anteriores conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1. Convenios de asociación entre entidades públicas: inaplicabilidad de los poderes exorbitantes**

Como es sabido, el contrato o convenio interadministrativo es el acuerdo en el que concurren las voluntades de dos o más órganos de derecho público, con la finalidad de acordar actividades que les permitan cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales. Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal que se rige por la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, caso en el cual su ejecución estará sometida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[1]](#footnote-1).

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que puede celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha Ley, deba adelantarse un procedimiento amplio[[2]](#footnote-2). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo. Por ello, si ambas partes son entidades estatales, pueden celebrar convenios interadministrativos, porque las disposiciones que regulan esta tipología hacen referencia a la calidad de los sujetos que intervienen en la contratación, que deben ser entidades estatales o de derecho público.

En este sentido, la Corte Constitucional expresó, sobre la naturaleza de los convenios interadministrativos, que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública»[[3]](#footnote-3). En la misma línea, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

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

(i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[4]](#footnote-4).

Así las cosas, atendiendo a la literalidad de las normas enunciadas, no cabe una interpretación diferente[[5]](#footnote-5), pues, de acuerdo con lo anotado, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público. La celebración de contratos interadministrativos no se limita a la modalidad de selección de contratación directa. Si bien el artículo 2, numeral 4, literal c), de la Ley 1150 de 2007 consagra esta causal, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso donde sea posible la participación de los interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en dicha Ley, diferentes a la contratación directa. Esto por cuanto, como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección, sino por la naturaleza jurídica de las partes.

Además de los casos mencionados en el artículo 2, numeral 4, literal c), de la Ley 1150 de 2007, el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 permite a las entidades públicas asociarse entre ellas, para ejecutar actividades que son de su competencia[[6]](#footnote-6). La celebración de este tipo de acuerdos puede dar lugar o no a la conformación de una persona jurídica por parte de los asociados. Tal es el sentido de la norma, cuando dispone que «Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro». Esto significa que no necesariamente la asociación entre entidades públicas se materializa en la creación de una persona jurídica autónoma.

Estas figuras se fundamentan en el principio de coordinación entre los diferentes órganos del Estado. En desarrollo del artículo 113 y 209 superior, el artículo 6 de la Ley 489 de 1998 dispone que «[…] las autoridades administrativas [en virtud de este principio] deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales. En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares» (Corchetes fuera de texto). De esta manera, teniendo en cuenta que las entidades contratantes actúan en pie de igualdad en la consecución de objetivos de utilidad común, no es posible el ejercicio de potestades excepcionales en los convenios interadministrativos de asociación.

A estos poderes también se les denomina como «exorbitantes». Etimológicamente, esta palabra viene del latín: se compone del prefijo *ex*, que indica separación o movimiento de salida, y la raíz de la palabra *orbita*, relacionado con el curso de los astros, un derivado de la palabra *orbis*, que significa circunferencia: en esta medida, lo exorbitante es lo que se sale excesivamente de su ritmo o medida habitual[[7]](#footnote-7). Para la doctrina, estas cláusulas son exorbitantes bien porque son poco habituales en los contratos entre particulares o porque, pactadas en los mismos, están viciadas de nulidad[[8]](#footnote-8). Por ser poco habituales, cláusulas como las de supervisión e interventoría tendrían esta naturaleza, las cuales –pese a la definición– pueden pactarse en los contratos entre particulares, pues no están expresamente prohibidas.

En contraste, las cláusulas de caducidad, interpretación unilateral, imposición unilateral sanciones pecuniarias, etc. están prohibidas en contratos sometidos al derecho privado, pues derogan las leyes de orden público –art. 16 del Código Civil–, existe objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación –art. 1519 del Código Civil– y, por tanto, están viciadas de nulidad absoluta –art. 1741 del Código Civil–. En este sentido, las cláusulas exorbitantes se reservan para los contratos autorizados por la ley, pues son poderes derogatorios del derecho común y requieren una norma excepcional que las autorice.

Estas potestades exorbitantes son una forma de ejercer el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales, por lo que son un medio para proteger el interés general y la prestación de los servicios públicos. Cuando estos se suscriben con particulares, dichas facultades excepcionales se justifican, porque las partes no se encuentran en un plano de igualdad: el contratista se ubica en una relación de *subordinación* respecto a la entidad contratante[[9]](#footnote-9). Por el contrario, tratándose de los convenios de asociación del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, estos se basan en un nexo de *coordinación*, pues las entidades contratantes tienen como objeto «[…] asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas […]». Este nexo entre las partes del convenio impide el ejercicio de facultades unilaterales, pues –como explica la doctrina– «Respecto de las relaciones entre personas públicas estatales correspondientes a distintas esferas de competencias constitucionales, es patente y obvio que no existe subordinación ni supremacía de una entidad respecto de otra y que por lo tanto no se da la posibilidad de que se ejerzan prerrogativas de poder público […]»[[10]](#footnote-10).

En este contexto, en los convenios de asociación entre entidades públicas no es posible decretar la caducidad o hacer efectivas las multas o la cláusula penal pecuniaria. Esto en la medida que las facultades unilaterales en la contratación estatal se aplican en aquellos negocios donde existe una relación de subordinación entre las partes, la cual se descarta cuando ambas entidades –dentro de un plano de igualdad– aúnan esfuerzos para un objetivo común. De esta manera, respecto a las sanciones pecuniarias del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado considera que:

En materia de convenios administrativos puros en principio no es admisible la imposición de sanciones de una entidad a otra, pues su objeto es ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos vinculados al convenio; es decir, las partes tienen intereses convergentes, coincidentes o comunes (cumplimiento de funciones administrativas o prestación de servicios a su cargo que coinciden con el interés general) y cooperan para alcanzar en forma eficaz la finalidad estatal prevista en la Constitución o la ley sin que por esto se reciba por ninguna de ellas el pago de un precio o contraprestación. En síntesis, las partes se relacionan en un paralelismo de intereses bajo un ámbito o posición de igualdad o equivalencia[[11]](#footnote-11).

Desde una perspectiva más amplia, respecto al negocio jurídico objeto de consulta, también agrega lo siguiente:

Como se observa, la nota distintiva de los convenios interadministrativos la constituye la concurrencia de dos o más entidades estatales para la realización de fines comunes a ambas partes, respecto del cual cada entidad está interesada u obligada desde sus propias funciones o atribuciones legales. Se da pues un ánimo de cooperación entre organismos o entidades públicas con funciones interrelacionadas o complementarias. Como se ha indicado, se habla de *cooperación* porque la entidad pública celebra el convenio “*cuando tiene algo que aportar desde su ámbito funcional, obligándose a ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos contratantes, compartiendo tareas entre ellas.”* Esa finalidad común y ánimo de cooperación, agrega en esta oportunidad la Sala, se da en el ámbito de un “*paralelismo de intereses*”, por lo que no existe preeminencia del contratante respecto del contratista, sino más bien las relaciones se desarrollan en un plano de igualdad o equivalencia, esto es, sin que existan prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra[[12]](#footnote-12). (Énfasis dentro del texto)

Por tanto, si en los convenios de asociación del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 no es posible la imposición de sanciones contractuales con fundamento en ejercicio de poderes exorbitantes, mucho menos es posible aplicar el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por sustracción de materia. En esta medida, para exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas en un convenio interadministrativo y salvaguardar los recursos públicos comprometidos, las entidades estatales pueden i) incluir un “pacto de conocimiento y diligencia”; ii) requerir garantías; iii) supervisar la ejecución del convenio; iv) pactar la terminación anticipada del negocio jurídico, bien sea por mutuo disenso o mediante condiciones resolutorias expresas por incumplimiento; v) pactar multas o cláusulas penales, pero la declaratoria de incumplimiento o la imposición de las sanciones pecuniarias así como su ejecución corresponderán al juez del convenio; y vi) establecer los mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes, así como pactar expresamente las consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento[[13]](#footnote-13).

**2.2. Contratos de colaboración y convenios de asociación entre entidades públicas y entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad: régimen del Decreto 092 de 2017**

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[[14]](#footnote-14). 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[[15]](#footnote-15).

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; 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»[[16]](#footnote-16). 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[[17]](#footnote-17).

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[[18]](#footnote-18). 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. Cuando 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.

**2.3.** **Alcance de las remisiones previstas en los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017. Procedencia del ejercicio de poderes unilaterales en los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad**

Para resolver las preguntas planteadas en la consulta, 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 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 mediante el 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. Asimismo, 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. 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 del Estatuto General de Contratación –*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 a 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, pues 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 un 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, pues 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 el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública 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–. De igual manera, conforme a la explicación precedente, la contratación del Decreto 092 de 2017 se integra con el régimen de las sanciones pecuniarias –Ley 1150 de 2007, art. 17– y con el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones contractuales –Ley 1474 de 2011, art. 86–.

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[[19]](#footnote-19). 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.

De esta manera, aunque en el apartado 2.1 del presente concepto se explicó que, tratándose de convenios de asociación *entre entidades públicas*, no resulta procedente el ejercicio de facultades unilaterales –pues en aquellos convenios las entidades estatales tienen una «finalidad asociativa» y actúan en pie de igualdad–, esta conclusión no es predicable de los contratos de colaboración y los convenios de asociación entre entidades públicas y ESAL del Decreto 092 de 2017, que desarrolla tanto el artículo 355 superior como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998–, pues no se celebran entre entidades estatales. Esto por cuanto, como se explicó anteriormente y como lo viene sosteniendo la Agencia a partir del concepto C-223 del 29 de abril de 2020, el Decreto 092 de 2017 realiza una remisión a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para aquellas materias que no estén expresamente reguladas en dicho reglamento, y la competencia para imponer sanciones y el procedimiento administrativo para su aplicación son dos (2) de tales materias.

Por lo tanto, ante el silencio del Decreto 092 de 2017 en lo que respecta a la competencia sancionadora y el procedimiento administrativo correspondiente, son aplicables los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 a los convenios regulados por dicho reglamento autónomo, ya que –a diferencia de los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998– no se celebran entre entidades públicas. En conjunto, las normas citadas les reconocen a las entidades estatales competencia, entre otras, para la declaración de incumplimiento con miras a decretar la caducidad o hacer efectivas las multas o la cláusula penal pecuniaria de acuerdo con el procedimiento previsto en el Estatuto Anticorrupción. Dichas atribuciones también se tienen para ejercer la potestad sancionadora en los contratos de colaboración y los convenios de asociación, por la remisión especial prevista en el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 a las normas generales aplicables a la contratación pública.

**3. Respuesta**

i) «¿En los convenios interadministrativos del artículo 85 (sic) de la Ley 489 de 1998, para la declaratoria de incumplimiento aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?».

De acuerdo con las consideraciones expuestas, los convenios de asociación del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 se basan en un nexo de *coordinación*, pues las entidades contratantes tienen como objeto «[…] asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas […]». Este nexo entre las partes del convenio impide el ejercicio de facultades unilaterales, pues –como explica la doctrina– «Respecto de las relaciones entre personas públicas estatales correspondientes a distintas esferas de competencias constitucionales, es patente y obvio que no existe subordinación ni supremacía de una entidad respecto de otra y que por lo tanto no se da la posibilidad de que se ejerzan prerrogativas de poder público […]».

En este contexto, en los convenios de asociación entre entidades públicas no es posible decretar la caducidad o hacer efectivas las multas o la cláusula penal pecuniaria. Esto en la medida que las facultades unilaterales en la contratación estatal se aplican en aquellos negocios donde existe una relación de *subordinación* entre las partes, la cual se descarta cuando ambas entidades –dentro de un plano de igualdad– aúnan esfuerzos para un objetivo común. Por tanto, si en los convenios de asociación del artículo 95 de la Ley 489 de 1998 no es posible la imposición de sanciones contractuales con fundamento en ejercicio de poderes exorbitantes, mucho menos es posible aplicar el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 por sustracción de materia.

ii) «¿En los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, para la declaratoria de incumplimiento aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?».

iii) «¿En los contratos del artículo 2º del Decreto 92 de 2017, para la declaratoria de incumplimiento aplica el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011?».

Aunque tratándose de convenios de asociación *entre entidades públicas*, no resulta procedente el ejercicio de facultades unilaterales –pues en aquellos convenios las entidades estatales tienen una «finalidad asociativa» y actúan en pie de igualdad–, esta conclusión no es predicable de los contratos de colaboración y los convenios de asociación entre entidades públicas y ESAL del Decreto 092 de 2017 –que desarrolla tanto el artículo 355 superior como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998–, pues no se celebran entre entidades estatales. Esto por cuanto, como se explicó anteriormente y como lo viene sosteniendo la Agencia a partir del concepto C-223 del 29 de abril de 2020, el Decreto 092 de 2017 realiza una remisión a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para aquellas materias que no estén expresamente reguladas en dicho reglamento. La competencia para imponer sanciones y el procedimiento administrativo para su aplicación son dos (2) de tales materias.

Por lo tanto, ante el silencio del Decreto 092 de 2017 en lo que respecta a la competencia sancionadora y el procedimiento administrativo correspondiente, son aplicables los artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 a los convenios regulados por dicho reglamento autónomo, ya que –a diferencia de los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998– no se celebran entre entidades públicas. En conjunto, las normas citadas les reconocen a las entidades estatales competencia, entre otras, para la declaración de incumplimiento con miras a decretar la caducidad o hacer efectivas las multas o la cláusula penal pecuniaria de acuerdo con el procedimiento previsto en el Estatuto Anticorrupción. Dichas atribuciones también se tienen para ejercer la potestad sancionadora en los contratos de colaboración y los convenios de asociación, por la remisión especial prevista en el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 a las normas generales aplicables a la contratación pública.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Guillermo Escolar Flórez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya Penagos  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  Subdirector de Gestión Contractual |

1. Ley 1150 de 2007, artículo 2, literal 4, numeral c, modificada por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia C-671 de 2015. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-4)
5. Código Civil: «Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu». [↑](#footnote-ref-5)
6. Así lo prevé dicho artículo: «Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

   »Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal». [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr. <http://etimologias.dechile.net/?exorbitante>. Consultado el 14 de octubre de 2021. [↑](#footnote-ref-7)
8. En efecto, «Se llaman así porque son evidentemente diferentes del derecho común. No se concebirían en los contratos civiles porque quedaría roto el principio de igualdad entre las partes y el de libertad contractual. Estas cláusulas exorbitantes del derecho común sobrepasan el ámbito de este derecho, ya sea porque son inusuales o porque incluidas en los contratos de derecho privado resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual. Vale decir, en consecuencia, que las cláusulas exorbitantes pueden ser inusuales o ilícitas y en este caso por afectar el orden público» (DÍEZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo. Tomo I. Décima Edición. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra. p. 293. En el mismo sentido, RIVERÓ, Jean. Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984. pp. 128-129. VEDEL, George. Derecho administrativo. Madrid: Editorial Aguilar, 1980. p. 191). [↑](#footnote-ref-8)
9. Al respecto, la doctrina considera que «Los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en el contrato de la Administración. Es el interés público el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares. En consecuencia, la Administración aparece investida de una posición de superioridad jurídica y de prerrogativas en cuanto a la interpretación, modificación y resolución del contrato en virtud de las “cláusulas exorbitantes al derecho común” que éste contine. En suma, esas prerrogativas de la Administración se manifiestan en la desigualdad jurídica de los contratantes y en las cláusulas exorbitantes al derecho común» (DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. p. 50). [↑](#footnote-ref-9)
10. CASSAGNE, Juan Carlos. El acto administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1981. p. 118. [↑](#footnote-ref-10)
11. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1° de noviembre de 2016. Exp. 2305. C.P. Germán Alberto Bula Escobar. [↑](#footnote-ref-11)
12. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de julio de 2016. Exp. 2257. C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-12)
13. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-13)
14. 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-14)
15. 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-15)
16. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-16)
17. 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-17)
18. 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-18)
19. 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-19)