**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Concepto – Régimen jurídico**

Sobre la tipología de convenios o contratos interadministrativos conviene precisar que, aunque la ley no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 se refiere como interadministrativa a aquella contratación entre entidades estatales.

De acuerdo con lo anterior, es interadministrativo el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

En consideración a dicho criterio orgánico, esta Subdirección ha sostenido que, 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 de 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 a la Ley 80 de 1993.

Además, es necesario tener en cuenta que, para que un contrato o convenio interadministrativo exista, debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que se eleve a escrito.

**PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios previos – Contratación directa**

En virtud del principio de economía, para iniciar un proceso de contratación, *inclusive de contratación directa*, se requieren unos estudios previos. Con ellos, se estructuran, concretan y viabilizan 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.

**CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Estudios previos – Elaboración – Entidad responsable**

Si se analiza la argumentación anterior, dichas consideraciones no se extendieron a los convenios interadministrativos que no se celebren bajo el esquema del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, sino en aquellos donde una entidad estatal tiene la necesidad de determinado bien o servicio para satisfacer el cumplimiento de sus funciones y quien es la interesada en iniciar la suscripción de determinado contrato estatal, donde es posible identificar los roles de contratante y contratista. En estos últimos, una entidad estatal más que aunar esfuerzos para satisfacer una necesidad conjunta con otra, busca mediante el cumplimiento de una contraprestación adquirir determinados bienes o servicios prestados por un contratista, en este caso por otra entidad estatal. En estos últimos supuestos, como se indicó, sería posible identificar de forma más precisa a la entidad que funge como “contratante” y la que lo hace como “contratista”.

En este sentido, en este último esquema de contratos donde las partes tienen a cargo este tipo de prestaciones, siendo una de ella las que demanda o requiere determinados bienes y servicios para el cumplimiento de sus funciones, que es la estructura bajo la cual se estableció el contenido del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, bastaría con que la entidad que funge como “contratante” sea quien elabore los estudios previos.

Bogotá D.C.,  14 de abril de 2023



Señor

**David Montaño García**

Ciudad

**Concepto C–046 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Concepto – Régimen jurídico / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – Estudios previos – Contratación directa / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Estudios previos – Elaboración – Entidad responsable |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20230228001826 |

Estimado señoR Montaño:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta recibida el 28 de febrero de 2023.

**1. Problema planteado**

Usted realizó la siguiente pregunta: “Buenas tardes, quisiera consultar, si en los Contratos Interadministrativos como en los Convenios Interadministrativos, las dos entidades estatales (contratante y contratista) están obligadas a hacer sus propios estudios previos, o sólo la Entidad Contratante”.

**2. Consideraciones**

Para resolver esta consulta se analizarán los siguientes temas: i) los convenios administrativos y ii) los estudios previos. La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre el concepto y régimen jurídico aplicable de los contratos interadministrativos, en los Conceptos: 4201913000004536 de 17/07/2019, 4201913000006540 del 21/10/2019, C−023 del 13/02/2020, C−086 del 16/03/2020, C−101 del 16/03/2020, C−157 del 16/03/2020, C−220 del 13/04/2020, C−227 del 07/04/2020, C-593 del 09/10/2020, C-637 del 28/10/2020, C−680 del 18/11/2020, C−681 del 19/11/2020, C–691 del 27/11/2020, C-077 del 16/03/2021 y C-173 del 19/04/2021. Puntualmente, en concepto C-771 de 29 de diciembre de 2022.

Igualmente, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre el principio de planeación y los estudios previos en los conceptos No. 4201912000006310 del 9 de octubre de 2019, C-223 del 29 de abril de 2020 –radicado No. 2202013000003261– y C-443 del 7 de julio de 2020 –radicado No. 2202013000005933–. De igual forma, analizó los principios de la contratación pública en los conceptos No. 4201912000007661 del 24 de diciembre de 2019, C-640 del 2 de octubre de 2020, C-701 del 7 de diciembre de 2020, C-715 del 9 de diciembre de 2020 , C – 762 del 14 de diciembre de 2020 y C-503 de 17 de septiembre de 2021[[1]](#footnote-1). La tesis expuesta en estos conceptos se reitera a continuación y se complementan en los pertinente.

**2.1. contratos y convenios interadministrativos. Concepto y régimen jurídico aplicable**

Los procedimientos contractuales mediante los cuales las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP - ejecutan recursos públicos y satisfacen el interés general se rigen por la normativa de contratación pública ―Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015―, que contiene los principios, reglas y procedimientos que regulan los contratos de las entidades estatales. Específicamente, el EGCAP se aplica a las entidades estatales relacionadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993[[2]](#footnote-2), con lo cual se puede determinar quiénes deben cumplir los principios y obligaciones señalados en las normas citadas.

Sobre la tipología de convenios o contratos interadministrativos conviene precisar que, aunque la ley no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 se refiere como interadministrativa a aquella contratación entre entidades estatales[[3]](#footnote-3).

De acuerdo con lo anterior, es interadministrativo el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

En concordancia con estos, la Corte Constitucional expresó en la Sentencia C-671 de 2015 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”. Así las cosas, 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.

Adicionalmente, 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).

En ese sentido, la calidad de interadministrativo de un contrato o convenio está determinada por los sujetos que intervienen en el negocio jurídico que la ley permite aplicar para su celebración, lo cual comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular.

El literal c) del artículo 2-4 de la Ley 1150 de 2007, al referirse a la contratación interadministrativa establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del negocio jurídico 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 con pluralidad de oferentes[[5]](#footnote-5). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo, lo que permite deducir que, si bien el EGCAP establece como regla general la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, ello no quiere decir que esto sea lo que determine el carácter de interadministrativo de un contrato.

En ese orden, la ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, 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 la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa, pues, como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, de la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades públicas.

En consideración a dicho criterio orgánico, esta Subdirección ha sostenido que, 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 de 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 a la Ley 80 de 1993[[6]](#footnote-6).

Además, es necesario tener en cuenta que, para que un contrato o convenio interadministrativo exista, debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que se eleve a escrito.

Ahora bien, esta Agencia, en múltiples ocasiones, ha sostenido, al referirse a las diferencias entre los contratos y convenios interadministrativos, que ambas figuras resultan ser “equivalentes”, dado que en el régimen normativo de la contratación estatal no existen mayores diferencias entre ellas. Así, por ejemplo, en el Concepto C-608 del 23 de septiembre de 2022, se expresó lo siguiente:

“Es bueno destacar que el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que no hay lugar a dudas que representan lo mismo en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. De este modo, es posible concluir que en la contratación estatal no existen mayores diferencias entre convenio y contrato y, dando aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil, puede afirmarse que se trata de figuras equivalentes”.

Sin embargo, cabe aclarar que la equivalencia a la cual se hizo referencia en el concepto mencionado, debe entenderse en el sentido de que las normas del EGCAP se aplican tanto para los contratos como para los convenios, pero ello no implica asumir que los contratos y los convenios interadministrativos sean figuras idénticas, sino simplemente que sus diferencias, en determinados casos, no resultan relevantes o determinantes para efectos de definir la aplicación de cierta normativa, como bien sucede con el alcance de la Ley de Garantías Electorales.

En otras palabras, lo que se ha querido significar con la supuesta “equivalencia” entre convenio y contrato interadministrativo es que, si bien son institutos distintos desde el punto de vista conceptual, sus diferencias, bajo ciertas circunstancias, no resultan relevantes para aplicar determinada norma o derivar de ellos ciertos efectos. Lo anterior se corrobora con el hecho de que, inclusive, en los conceptos emitidos por esta Agencia relativos a la aplicación de la Ley de Garantías y en los que se adujo la denominada «equivalencia» se advirtió que, tanto jurisprudencial como doctrinariamente, se han hecho diferenciaciones conceptuales entre las dos figuras comentadas.

Así, es necesario dejar claro que existen algunos supuestos bajo los cuales las diferencias entre las características propias de los contratos y convenios interadministrativos sí pueden resultar definitorias de la aplicación o inaplicación de ciertas normas, ante lo cual, entonces, no podrán ser vistos como “equivalentes” sino como instituciones negociales disímiles, aunque, indudablemente, con algunos atributos comunes. En otras palabras, diferenciar entre los conceptos de convenio y contrato interadministrativos, así como establecer con precisión las características y elementos esenciales de cada uno, resulta necesario de cara a definir la aplicación de ciertas figuras contractuales y normativas a cada uno de ellos.

Este ejercicio hermenéutico ha sido realizado por esta Subdirección en múltiples conceptos en los que ha analizado la aplicación de algunas figuras en relación con los contratos y convenios interadministrativos. Así, por ejemplo, en el C-168 del 14 de abril de 2021 se indicaron las diferencias entre los convenios y contratos a efectos de concluir la improcedencia de la liquidación unilateral en los primeros; de igual forma, la escisión conceptual se planteó en el concepto C-664 de 2022, a través del cual se concluyó que el límite de la adición del valor inicial no es aplicable a los convenios que carecen de contenido patrimonial y que no están sujetos al EGCAP.

La argumentación planteada en este último concepto se reitera y complementa a continuación con el fin de aclarar la posición de esta Agencia frente a la materia en cuestión. Actualmente, la normativa en la materia no establece mayor diferenciación entre estas dos figuras jurídicas. El EGCAP hace referencia de manera expresa al contrato interadministrativo o, en términos generales, a los interadministrativos y no al convenio. No obstante, las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, puede entenderse que cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Además, el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que no hay lugar a dudas que dichos acuerdos no están exceptuados del EGCAP y que para efectos de la modalidad de contratación representan lo mismo en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. Así sucede también al dar aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil respecto de cada una de estas figuras.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia recientes han resaltado las diferencias entre los contratos interadministrativos y los convenios interadministrativos de que trata el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente:

«La noción convenio interadministrativo es diferente a la de contrato interadministrativo. Los contratos interadministrativos se distinguen de los convenios interadministrativos en que en los primeros existe entre las entidades estatales partes intereses opuestos y se persigue una contraprestación o precio por la adquisición de bienes o la prestación de servicios o la realización de una obra, mientras que en los segundos las entidades partes se encuentran en pie de igualdad, tienen intereses comunes para lograr una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la ley a las mismas, sin que tengan un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia)»[[7]](#footnote-7)

En línea con lo anterior, la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado en sentencia del 14 de junio de 2019 también señaló:

«La Sala de Consulta y Servicio Civil[[8]](#footnote-8) de esta Corporación se ha referido a los *“convenios interadministrativos”* a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de *“puros”* y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un *“intercambio patrimonial”*. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala[[9]](#footnote-9) había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un *“verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)”*, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los *“convenios interadministrativos”* previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales”. [[10]](#footnote-10)[[11]](#footnote-11)

En esta ocasión la referida corporación judicial resaltó la finalidad del acuerdo de voluntades como un factor de diferenciación entre las dos figuras. Si bien estas tienen un tronco común, se diferencian en su naturaleza y finalidad en la medida en que los contratos estatales – en general– comportan obligaciones de contenido patrimonial que se traducen en intereses contrapuestos entre las partes pues implican un gravamen a cambio de un beneficio en una relación de carácter conmutativo, mientras que los convenios interadministrativos involucran la ejecución de actividades en función de un interés común para las partes; si bien se puede pactar remuneración[[12]](#footnote-12), en esencia se pretende el cumplimiento de fines coincidentes entre quienes lo ejecutan.

Mientras que en el contrato interadministrativo las finalidades de las partes divergen, en el convenio convergen y cooperan en función del cumplimiento eficiente de un propósito estatal común superior. En esa línea, una interpretación sistemática de las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011 invitaría a considerar el contrato interadministrativo como una relación jurídica patrimonial, onerosa y conmutativa, en la que existen unas exigencias y restricciones normativas adicionales, de manera que, en efecto, dista de la naturaleza y esencia del convenio interadministrativo.

En suma, el convenio interadministrativo es un negocio jurídico en el cual están presentes dos entidades públicas y cuyo objeto es coordinar, cooperar, colaborar o distribuir competencias en la realización de funciones administrativas de interés común y, por tanto, tienen intereses convergentes o coincidentes, sin que se reciba por alguna de ellas el pago de un precio o contraprestación; en tanto que el contrato interadministrativo, aunque es celebrado también entre dos entidades públicas, es un negocio jurídico generador de obligaciones al cual acuden estas con diversidad de intereses y en ellos existe una contraprestación directa a favor de la entidad contratista que ha entregado el bien o prestado el servicio o realizado la obra a favor de la entidad contratante.

De aquí que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[13]](#footnote-13) haya señalado la necesidad de diferenciar el régimen jurídico aplicable a ciertas situaciones específicas del convenio interadministrativo que se separan del régimen jurídico común:

«[E]s preciso señalar que los convenios interadministrativos se someten a los principios constitucionales y legales de la actividad contractual del Estado (transparencia, planeación, buena fe, entre otros) y, obviamente, a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 CP (moralidad, economía, celeridad, entre otros), en virtud del carácter vinculante de los mismos, dentro del contexto de un ánimo de cooperación que se refleja en el plano de igualdad o equivalencia en que se celebran y ejecutan, lo que significa ausencia de prerrogativas en favor de una parte a costa de la otra.

Ahora, dada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos*, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenidas en la actualidad en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, no resultan de aplicación automática a tales convenios, toda vez que ese Estatuto lo que esencialmente regula son relaciones contractuales de contenido patrimonial y oneroso. En tal sentido, en cada caso concreto deberá analizarse, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad que se pretende cumplir o desarrollar con el respectivo convenio, si la disposición correspondiente del Estatuto Contractual es aplicable o no»*. (Cursiva fuera del texto original)

A juicio de la citada sala si bien existe un régimen jurídico común compuesto por las normas del EGCAP que ordenan las declaraciones de voluntad negocial de las entidades estatales -el consentimiento y los efectos de las obligaciones-, y las normas de derecho público relacionadas con la capacidad o competencia de las entidades estatales para celebrar acuerdos de voluntades -que incluyen el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés-, para el resto de asuntos regulados en el EGCAP será necesario tener en cuenta el plano de igualdad o equivalencia en el que se encuentran las partes del convenio y, por ende, la aplicabilidad de cada disposición al caso concreto.

En ese orden, por ejemplo, no serán aplicables, en principio, para los convenios interadministrativos, las cláusulas excepcionales al derecho común[[14]](#footnote-14)y tampoco sería procedente la inclusión de figuras contractuales como liquidación unilateral[[15]](#footnote-15). En todo caso, siguiendo la senda interpretativa expuesta por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto que acaba de citarse, la aplicación o inaplicación de estas y otras instituciones contractuales deberá definirse al analizar el contenido preciso de cada convenio interadministrativo celebrado y tal cuestión no puede concluirse *a priori* o de manera automática.

Esto por cuanto, por una parte, el carácter de convenio interadministrativo no se deriva de su simple denominación como tal, sino de que el acuerdo de voluntades respectivo cumpla a cabalidad con las características que la normativa, la jurisprudencia y la doctrina le han atribuido y que han sido explicados en este concepto. Así, aun si el negocio jurídico de que se trate se suscriba bajo la denominación de «convenio interadministrativo» o algo similar, pero de la lectura de sus cláusulas se concluya una relación conmutativa y claramente onerosa entre las partes y se nota ausente la finalidad asociativa o colaborativa entre las entidades suscribientes, entonces, tal acuerdo no podría corresponder a la figura de convenio interadministrativo por carecer de sus elementos esenciales. En ese sentido, en tal caso, será distinto el análisis sobre la aplicación de institutos como la liquidación unilateral y de las demás figuras contractuales que se analicen en determinado caso.

Además, para efectos de definir si la respectiva figura es o no aplicable al convenio interadministrativo, habrá que determinar si la misma es o no compatible con la naturaleza y contenido de dicho convenio, es decir, si es acorde con su finalidad asociativa, su carácter no oneroso o la ausencia de un objeto o finalidad patrimonial.

En suma, esta Agencia aclara su postura interpretativa en el sentido de que, si bien tanto los contratos como convenios interadministrativos comparten características comunes, entre ellas que ambos se celebran entre entidades públicas, difieren en cuanto a ciertas características esenciales, según lo ha venido señalando el Consejo de Estado. Así, mientras que el contrato interadministrativo se caracteriza por su naturaleza onerosa, patrimonial y se conforma por intereses básicamente contrapuestos, los convenios interadministrativos, por su parte, tienen una finalidad asociativa perseguida por las partes suscriptoras cuyos intereses se encaminan en la misma dirección y persiguen los mismos objetivos, de conformidad con el ejercicio de las funciones y competencias que les son propias y propendiendo por la cooperación interinstitucional.

Por lo tanto, se da el alcance debido a las manifestaciones anteriores de esta Subdirección en las que se expresó que contratos y convenios interadministrativos son figuras «equivalentes», en la medida en que dicha equivalencia hace referencia a la existencia de eventos en los que las diferencias conceptuales entre dichos negocios jurídicos resultan indiferentes para definir la aplicación de cierta norma o figura contractual, pero ello no implica desconocer que ambos cuentan con elementos que los diferencian y distinguen, y que, en determinados casos, sí pueden resultar relevantes y determinantes para definir el régimen normativo aplicable a uno y otro negocio jurídico.

**2.2**. **El principio de planeación y los estudios previos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública: aplicación a la contratación directa**

La planeación contractual es una herramienta de gerencia pública, que exige estructurar el proceso contractual dedicando tiempo y esfuerzos para elaborar estudios previos, los cuales deberán ser adecuados a su alcance y complejidad. Lo anterior con la finalidad de determinar la necesidad que pretende satisfacer la entidad estatal, consultando el tipo de bienes y servicios que ofrece el mercado y sus características, especificaciones, precios, costos, riesgos, garantías, disponibilidad, oferentes, etc.

Así, una debida planeación debe conducir a una escogencia diligente de la mejor oferta, para beneficiar los intereses y fines públicos inmersos en la contratación de las entidades estatales, buscando siempre la correcta ejecución del contrato[[16]](#footnote-16).

El EGCAP contiene disposiciones que demandan de las entidades estatales el deber de planeación en la etapa precontractual. Esto con la finalidad de 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 su consecución.

En relación con el principio de economía, se tienen las siguientes reglas derivadas de su aplicación, lo cual está 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.

[…]”. (Cursivas propias)

De las normas citadas se resalta que, en virtud del principio de economía, para iniciar un proceso de contratación, *inclusive de contratación directa*, se requieren unos estudios previos. Con ellos, se estructuran, concretan y viabilizan 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. La norma exige que se determine la necesidad, el objeto a contratar con sus especificaciones y se estime el costo que implica la celebración del contrato de la siguiente manera:

“1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.

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.

[…]”

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. Lo que se identifique puede 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 que “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 […]”.

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. La realización de 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 se refiere a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, y si tienen condiciones especiales que sean relevantes para determinar los requisitos habilitantes, cuando apliquen, 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. 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 y adelantar un proceso de selección 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. Por ello, 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. De igual forma, 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. Lo anterior, con el fin de 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 este instrumento se recomienda 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 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 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015. De esta manera, en la contratación directa también deben existir unos estudios previos para fijar los criterios de escogencia del contratista. Dichos criterios tienen fundamento en el análisis del mercado, en el cual nada obsta para que la entidad identifique a varios proveedores en condiciones de cumplir el objeto del contrato.

El Consejo de Estado, se pronunció sobre la relación existente entre el estudio del sector y la estimación del valor del contrato, indicando que se deben tener en cuenta las diferentes variables del mercado como los costos de la cadena de producción. Pero, independientemente de esto, la entidad debe obtener el menor precio o uno razonable. En todo caso el valor debe estar justificado para que no corresponda a sobrecostos ni a precios artificialmente bajos, y que con ello la entidad pague un valor adecuado, que no sea mayor ni menor. Esto se logra con el estudio del mercado y sus costos, el cual debe estar a disposición de los participantes del procedimiento contractual[[17]](#footnote-17).

Así, previo al cumplimiento de las obligaciones de carácter presupuestal, la entidad deberá fijar el presupuesto oficial del proceso, para que los interesados en presentar una oferta no hagan ofrecimientos que superen el valor con el que cuenta la entidad para pagarle al contratista por el respectivo bien o servicio, no solo porque la entidad no cuente con recursos disponibles para cubrir esa diferencia, sino porque fue el valor que arrojó el estudio del mercado.

Como se mencionó, los estudios previos deben contener las condiciones mínimas y necesarias que debe acreditar el contratista, para demostrar su capacidad de cumplir el contrato. Respecto de la contratación directa, los estudios previos sustentan o exponen los argumentos relacionados con la idoneidad de la persona a contratar, y contienen las razones de que esta sea la adecuada para ejecutar el objeto contractual. El artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, que señala el contenido de los estudios y documentos previos, y el principio de selección objetiva que se estudió a profundidad en el numeral 2.2 de este concepto, determinan lo relacionado con los estudios previos para conocer las condiciones en que se debe adquirir el bien o servicio que satisface su necesidad.

De las consideraciones anteriores, es claro que las entidades públicas con la elaboración de los estudios previos sustentan los argumentos relacionados con la idoneidad de la persona a contratar. Entonces, surge el interrogante de cuando se trata de convenios y contratos interadministrativos, en el que, frente al caso de convenios interadministrativos, dos entidades públicas aúnan esfuerzos para cooperar en el cumplimiento de sus funciones, ¿cuál de las dos entidades públicas debe elaborar los estudios previos que sustentan la contratación referida?

En este caso en particular, conviene precisar que las normas que regulan la contratación estatal, concretamente, el Decreto 1082 de 2015, no resolvieron este asunto, puesto que el artículo 2.2.1.1.2.1.1. hace referencia a entidades estatales sin determinar particularmente, en el caso de contratos o convenios interadministrativos, la entidad que debe asumir la obligación de elaborar los estudios previos. Sobre este aspecto, esta Agencia se pronunció, en concepto identificado con radicado de entrada No. 4201814000005014 de 14 de agosto de 2018, señalado lo siguiente:

“Debido a que el convenio interadministrativo supone aunar esfuerzos para cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, las Entidades Estatales podrán elaborar de manera conjunta los estudios previos y suscribirlos de igual forma […].

[…]

En este sentido, dado que en los convenios interadministrativos no es determinable quien es la entidad contratante o contratista, la elaboración del proceso de contratación y por ende de los documentos contractuales deberá ser desarrollada por cada entidad estatal parte del convenio interadministrativo, sin perjuicio de que se apoyen en esa labor o los elaboren y suscriban de manera conjunta”.

En esa oportunidad la Agencia señaló que, frente a los convenios interadministrativos, en los que las entidades públicas aúnan esfuerzos para cooperar en el cumplimiento de sus funciones, donde no sería determinable establecer quién actúa como “contratante” y como “contratista” la elaboración de los estudios previos correspondería realizarlos a cada entidad estatal, sin perjuicio de que los elaboraran conjuntamente.

Sin embargo, si se analiza la argumentación anterior, dichas consideraciones no se extendieron a los contratos o convenios interadministrativos que no se celebren bajo el esquema del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, sino en aquellos donde una entidad estatal tiene la necesidad de determinado bien o servicio para satisfacer el cumplimiento de sus funciones y quien es la interesada en iniciar la suscripción de determinado contrato estatal, donde es posible identificar los roles de contratante y contratista. En estos últimos, una entidad estatal más que aunar esfuerzos para satisfacer una necesidad conjunta con otra, busca mediante el cumplimiento de una contraprestación adquirir determinados bienes o servicios prestados por un contratista, en este caso por otra entidad estatal. En estos últimos supuestos, como se indicó, sería posible identificar de forma más precisa a la entidad que funge como “contratante” y la que lo hace como “contratista”[[18]](#footnote-18).

En este sentido, en este último esquema de contratos donde las partes tienen a cargo este tipo de prestaciones, siendo una de ella las que demanda o requiere determinados bienes y servicios para el cumplimiento de sus funciones, que es la estructura bajo la cual se estableció el contenido del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, bastaría con que la entidad que funge como “contratante” sea quien elabore los estudios previos. En este sentido, el artículo indiciado prescribe:

“Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Estos deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.
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.
3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.
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 presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.
5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.
6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.
7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el proceso de contratación.
8. La indicación de si el proceso de contratación está cobijado por un acuerdo comercial.

El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía”.

La postura anterior, que sostiene esta Subdirección, no implica desconocer la problemática subyacente al tema bajo análisis, sino que precisamente da cuenta de que este asunto no tiene una regulación o solución precisa en las normas que rigen la contratación estatal en Colombia. De esta manera, la solución propuesta también se soporta además en un argumento de orden práctico, esto es, en las prácticas de gestión contractual pública de las entidades estatales, quienes consensualmente acuerdan, al momento de tramitar el proceso de contratación de un contrato o convenio administrativo, que la entidad que tiene la necesidad de contratación o asume la posición de contratante es la que elabora los estudios previos.

**3. Respuesta**

«Buenas tardes, quisiera consultar, si en los Contratos Interadministrativos como en los Convenios Interadministrativos, las dos entidades estatales (contratante y contratista) están obligadas a hacer sus propios estudios previos, o sólo la Entidad Contratante».

De acuerdo con las consideraciones anteriores, conviene precisar que las normas que regulan la contratación estatal, concretamente, el Decreto 1082 de 2015, no resolvieron este asunto, puesto que el artículo 2.2.1.1.2.1.1. hace referencia a entidades estatales sin determinar particularmente, en el caso de contratos o convenios interadministrativos, la entidad que debe asumir la obligación de elaborar los estudios previos. Sobre este aspecto, esta Agencia se pronunció, en concepto identificado con radicado de entrada No. 4201814000005014 de 14 de agosto de 2018, señalado lo siguiente:

“Debido a que el convenio interadministrativo supone aunar esfuerzos para cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, las Entidades Estatales podrán elaborar de manera conjunta los estudios previos y suscribirlos de igual forma […].

[…]

En este sentido, dado que en los convenios interadministrativos no es determinable quien es la entidad contratante o contratista, la elaboración del proceso de contratación y por ende de los documentos contractuales deberá ser desarrollada por cada entidad estatal parte del convenio interadministrativo, sin perjuicio de que se apoyen en esa labor o los elaboren y suscriban de manera conjunta”.

En esa oportunidad, la Agencia señaló que frente a los convenios interadministrativos en el que las entidades públicas aúnan esfuerzos para cooperar en el cumplimiento de sus funciones, donde no sería determinable establecer quién actúa como “contratante” y como “contratista” la elaboración de los estudios previos correspondería realizarlos a cada entidad estatal, sin perjuicio de que los elaboraran conjuntamente, postura que se ratifica en esta ocasión.

Sin embargo, si se analiza la argumentación anterior, dichas consideraciones no se extendieron a los convenios interadministrativos que no se celebren bajo el esquema del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, sino en aquellos donde una entidad estatal tiene la necesidad de determinado bien o servicio para satisfacer el cumplimiento de sus funciones y quien es la interesada en iniciar la suscripción de determinado contrato estatal, donde es posible identificar los roles de contratante y contratista. En estos últimos, una entidad estatal más que aunar esfuerzos para satisfacer una necesidad conjunta con otra, busca mediante el cumplimiento de una contraprestación adquirir determinados bienes o servicios prestados por un contratista, en este caso por otra entidad estatal. En estos últimos supuestos, como se indicó, sería posible identificar de forma más precisa a la entidad que funge como “contratante” y la que lo hace como “contratista”.

En este sentido, en este último esquema de contratos donde las partes tienen a cargo este tipo de prestaciones, siendo una de ella las que demanda o requiere determinados bienes y servicios para el cumplimiento de sus funciones, que es la estructura bajo la cual se estableció el contenido del artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, bastaría con que la entidad que funge como “contratante” sea quien elabore los estudios previos.

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

Atentamente,

****

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nina María Padrón Ballestas  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Diana Lucía Saavedra Castañeda  Contratista de la Subdirección Gestión Contratación |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/concepto [↑](#footnote-ref-1)
2. 2 Ley 80 de 1993: “Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta

   ley:

   »1. Se denominan entidades estatales:

   »a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas

   metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

   »b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos” [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

   »Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales”. [↑](#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. 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-5)
6. Agencia Nacional de Contratación Pública–Colombia Compra Eficiente–. Concepto C-762 del 6 de enero de 2021. Radicado No. RS20210106000041. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén Vargas [↑](#footnote-ref-7)
8. [Referencia propia de la cita] “CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125- 00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar”. [↑](#footnote-ref-8)
9. [Referencia propia de la cita] “CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido *“obligacional”* de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto”. [↑](#footnote-ref-9)
10. [Referencia propia de la cita] “La normativa vigente del EGCAP *[literal c) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07]* se refiere a *“contratos interadministrativos”* en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93”. [↑](#footnote-ref-10)
11. En sentido similar ver, entre otras, al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de octubre de 2021, Rad. 65978, M.P. Martha Nubia Velásquez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 23 de abril de 2021, Rad. 49148, M.P. María Adriana Marín; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 21 de mayo de 2021, Rad. 66756,

    M.P. José Roberto Sáchica Méndez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Auto del 30 de septiembre de 2020, Rad. 65358, M.P. Guillermo Sánchez Luque [↑](#footnote-ref-11)
12. Sobre el particular, en ocasiones el Consejo de Estado ha establecido que en aquellos casos en que se pacte remuneración en el marco de un convenio interadministrativo, independientemente de la denominación que se adopte, el negocio jurídico podría no corresponder a su naturaleza y en consecuencia a sus efectos jurídicos. A juicio de esta corporación «en realidad, los convenios en los cuales las partes se obligan patrimonialmente constituyen contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica», de manera que indudablemente les será aplicable el EGCAP. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 23 de junio de 2010, Exp. 1998-00261. C.P. Mauricio Fajardo Gómez). Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 30 de abril de 2008. Rad. 1881. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. C.P. Álvaro Namén

    Vargas. [↑](#footnote-ref-13)
14. Si bien el parágrafo de artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que se deberá prescindir de las cláusulas excepcionales en los ‘contratos interadministrativos’, el Consejo de Estado ha señalado que tal disposición aplica indiscutiblemente para los convenios, pero, para el caso de los contratos administrativos «dado el ámbito de subordinación, no puede descartarse *prima facie*». De hecho, se ha referido en concreto a la procedencia de la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento en contratos interadministrativos. (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, *ibídem*). Cfr. SANTOS Rodríguez Jorge Enrique. “Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos”. Revista Digital de Derecho Administrativo, Núm. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. Pág. 19. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 05 de febrero de 2021, rad. 25000-23-26-000-2011-00144-01(49792),

    M.P. María Adriana Marín. Esta posición fue acogida por esta Subdirección a través del Concepto C-168 del 29 de abril de 2021. [↑](#footnote-ref-15)
16. La Corte Constitucional, en Sentencia C-300 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretel Chabljub, consideró al respecto: “El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos.

    »Este principio está entonces directamente relacionado con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre concurrencia. De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no son solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato -en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual, si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista.

    »De otro lado, se relaciona con el principio de libre concurrencia –manifestación de los principios constitucionales de libre competencia e igualdad, ya que permite que cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección; si la información fruto de la etapa precontractual es lejana a la realidad del negocio, posibles oferentes se abstendrán de presentar propuestas, en perjuicio de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables. En este punto, vale la pena recordar que en los contratos de concesión, usualmente el concesionario acude a la financiación de terceros (por medio de créditos, venta de títulos, etc.), razón por la cual es indispensable contar con una imagen lo más cercana a la realidad de las dimensiones del negocio, con el fin de que los inversionistas lleven a cabo el respectivo análisis costo-beneficio y tomen decisiones sobre si participan o no en el proyecto. Sin esta información, las decisiones de financiación no podrán basarse en una previsión real de cómo obtener la mayor cantidad de servicios por el dinero invertido, elemento determinante de las decisiones de participación”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2011. Exp. 18.293. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de octubre de 2019. Rad. 25000232600020110100201(60304). CP: Martha Nubia Velásquez Rico. Entre otras providencias en las que el Consejo de Estado da criterios para identificar qué entidad actúan como contratante o como contratista. [↑](#footnote-ref-18)