**ESTÍMULOS CULTURALES – Distinción – Contratos de apoyo – Artículo 355 – Constitución Política – No requiere – Suscripción de contrato**

La Constitución y la ley le asignan al Ministerio de Cultura y a las entidades territoriales la competencia de fomentar las artes, en todas sus expresiones. Según la Ley 397 de 1997, las entidades que conceden estímulos pueden celebrar contratos o convenios previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991, pero no están obligadas hacerlo.

Los estímulos del artículo 71 constitucional son diferentes a los contratos de apoyo autorizados por el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política. Los incentivos culturales tienen una regulación especial y diferente a la de otras subvenciones, por ello, para entregar el estímulo a la manifestación artística no es obligatorio suscribir contratos de los que habla el artículo 355, aunque es posible suscribir un contrato.

**CONVOCATORIA ESTÍMULOS CULTURALES – Publicidad en SECOP – No exigible**

Los contratos estatales y las actividades contractuales son las que deben publicarse en el SECOP, pues la normativa no exige incluir las subvenciones o auxilios que otorgan las entidades estatales cuando no se materialicen en un convenio o contrato.

Las convocatorias adelantadas en virtud del artículo 18 de la Ley 397 de 1997 no necesariamente culminan en la celebración de un contrato estatal, por ello, en principio, no deben publicarse en SECOP. Por el contrario, si la convocatoria termina en un contrato estatal, es necesario publicar en el SECOP los documentos del proceso.

**Bogotá D.C., 19/11/2019 Hora 18:16:12s**

N° Radicado: 9734a25a-b342-45e4-8af2-35c1f49c4499

# Señora

**Fridcy Alexandra Faura Perez** Grupo de Contratos y Convenios Ministerio de Cultura

# Ciudad

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 1201913000001331 |
| **Temas:** | Sistema de Compra Pública, Convocatorias Culturales,  SECOP |
| **Tipo de asunto consultado:** | Obligación de realizar la publicidad de estímulos culturales convocados en virtud del artículo 71 de la constitución  Política y la Ley 397 de 1997 en el SECOP |

Estimada Doctora Faura,

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente- responde su consulta del 30 de septiembre de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. **Problema Planteado**

El Ministerio de Cultura manifiesta que tiene un promedio anual de 2.700 convocatorias adelantadas en desarrollo del artículo 71 de la Constitución Política y de la Ley 397 de 1997, y que teniendo en cuenta este volumen “no es posible para la entidad realizar un proceso transaccional a través de la plataforma SECOP ll y tenemos grandes dificultades para la publicación en SECOP I”.

1. **Consideraciones**

Para atender su petición, primero se analizarán los fundamentos que soportan las convocatorias culturales; y luego se examinarán las normas que obligan a las entidades estatales a publicar su actividad contractual en el SECOP, para concluir que no en todos los casos es obligatorio publicar las convocatorias de Ley 397 de 1997 en el SECOP. Solo en caso de persistir interrogantes con relación a la “aplicación de normas de carácter general”[[1]](#footnote-1) en materia de compras y contratación pública, atenderemos la reunión solicitada en las instalaciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

* 1. **Sobre las convocatorias culturales y su diferencia con el sistema de compras y contratación pública**

La Constitución Política de 1991, en el artículo 71, dispone que el Estado debe crear y ofrecer incentivos y estímulos a las manifestaciones artísticas:

Artículo 71. La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.

Los incentivos culturales son una manera de fomentar las actividades y manifestaciones culturales. Estos estímulos están regulados en la Ley 397 de 1997, “por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura”, especialmente en el artículo 18:

Artículo 18. De los estímulos. El Estado, a través del Ministerio de Cultura y las entidades territoriales, establecerá estímulos especiales y promocionará la creación, la actividad artística y cultural, la investigación y el fortalecimiento de las expresiones culturales. Para tal efecto establecerá, entre otros programas, bolsas de trabajo, becas, premios anuales, concursos, festivales, talleres de formación artística, apoyo a personas y grupos dedicados a actividades culturales, ferias, exposiciones, unidades móviles de divulgación cultural, y otorgará incentivos y créditos especiales para artistas sobresalientes, así como para integrantes de las comunidades locales en el campo de la creación, la ejecución, la experimentación, la formación y la investigación a nivel individual y colectivo en cada una de las siguientes expresiones culturales: (…)

Las expresiones artísticas que son sujeto de incentivo son: las artes plásticas, musicales, escénicas, audiovisuales y literarias; las expresiones culturales tradicionales, la Museología y Museografía; además de la historia, antropología, filosofía, arqueología, patrimonio, dramaturgia, crítica y otras expresiones que surjan de la evolución sociocultural. Este artículo se complementa con el 36 de la misma Ley:

Artículo 36. Contratos para el desarrollo de proyectos culturales. Para el cabal cumplimiento de las funciones relativas al fomento y el estímulo a la creación, investigación y a la actividad artística y cultural a que se refiere el Título III, así como las asignadas respecto al patrimonio cultural de la Nación, el Ministerio de Cultura podrá celebrar las modalidades de contratos o convenios previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991, con sujeción a los requisitos establecidos en la citada normatividad.

La Constitución y la ley le asignan al Ministerio de Cultura y a las entidades territoriales[[2]](#footnote-2) la competencia de fomentar las artes, en todas sus expresiones. Según la Ley 397 de 1997, las entidades que conceden estímulos pueden celebrar contratos o convenios previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991, pero no están obligadas hacerlo, por el contrario, el articulo 18 regula las actividades sujetas a fomento e insta a establecer programas como: “bolsas de trabajo, becas, premios anuales, concursos, festivales, talleres de formación artística, apoyo a personas y grupos dedicados a actividades culturales, ferias, exposiciones, unidades móviles de divulgación cultural, y otorgará incentivos y créditos especiales para artistas sobresalientes”, sin que sea obligatorio perfeccionar negocios jurídicos para hacer operativos estos programas.

Por lo anterior, el Ministerio de Cultura y las entidades territoriales son las responsables de incentivar las manifestaciones artísticas en el país, a través de la entrega de estímulos, y para ello pueden celebrar o no contratos o convenios, sin que la normativa imponga tal obligación, porque las entidades estatales tienen diferentes mecanismos para entregar subvenciones, lo cual no necesariamente implica suscribir un negocio jurídico, como lo ha expresado la Corte Constitucional, en la sentencia C-324 de 2009, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez, al explicar tres posibilidades independientes: i) contratos de los que trata el inciso segundo del artículo 355 constitucional, ii) derivarse de la intervención del Estado en la economía y orientarse al estímulo de una actividad económica, o iii) derivarse de un precepto constitucional que lo autorice expresamente[[3]](#footnote-3).

Existen figuras constitucionales autónomas para que el Estado conceda subvenciones, para efectos del asunto tratado vale la pena analizar las enunciadas por la Corte Constitucional: “i) contratos del artículo 355 superior” y el “iii) auxilios derivados de una autorización constitucional expresa”.

1. El Estado puede entregar recursos a entidades sin ánimo de lucro que desarrollen actividades de interés público. Es precisamente esta circunstancia a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 constitucional. Estos auxilios se concretan mediante la suscripción de un contrato que debe cumplir con lo requerido por la Constitución y el Decreto 92 de 2018 que derogó el Decreto 777 de 1992.

Las características de este tipo de auxilios fueron descritas por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 30 de mayo de 2017, radicado 11001-03-06- 000-2016-00221-00(2319), consejero ponente: Édgar González López[[4]](#footnote-4), de las cuales se resalta que estos contratos solo pueden ser celebrados con entidades sin animo de lucro y que el objeto contractual debe estar acorde deben estar acorde con el plan de desarrollo respectivo.

# Por otra parte, la Constitución autoriza explícitamente subvenciones, entre ellas las dispuestas por el artículo 715, sin embargo, tienen una regulación propia y en consecuencia no están restringidos a tener las características de los contratos antes analizados. En este tipo de auxilios el legislador limita claramente las condiciones de asignación, como lo hizo en la ley 397 de 1997, sin que la normativa oblige a entregar los auxilios solamente a entidades sin ánimo de lucro o que sea necesario que los programas incentivados se relacionen con algún plan de desarrollo.

A partir de la lectura de todas estas normas, el régimen del artículo 71 constitucional y la Ley 397 de 1997 es diferente e independiente del artículo 355 y del Decreto 92 de 2017, sin embargo, no hay impedimento para aplicar coordinadamente ambos regímenes.

De acuerdo con lo expuesto: i) las subvenciones a las manifestaciones artísticas están autorizadas por el artículo 71 de la constitución política y la Ley 397 de 1997. Los entes encargados del fomento, es decir, el Ministerio de Cultura y las entidades territoriales, pueden conceder estímulos sin que medie un negocio jurídico. No obstante, las entidades también tienen la facultad de celebrar contratos o convenios de los previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991, u otros que sean vínculos que resulten pertinentes; ii) los estímulos del artículo 71 constitucional son diferentes a los contratos de apoyo autorizados por el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política6. Los incentivos culturales

5 Corte Constitucional, Sentencia C-324 de 2009, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez: “Finalmente, la Constitución autoriza y desarrolla de manera expresa y directas subvenciones, esto es, subsidios o auxilios que se legitiman por si mismos dentro de un Estado social de derecho, de manera que su objetivo no es otro que acortar las distancias de los sectores más deprimidos de la población frente a aquellos que tienen mayor capacidad económica, lo cual de suyo lleva implícita una contraprestación social; en consecuencia la Carta enlista los siguientes: (…)

“· Artículo 71, por el cual se autoriza el fomento y creación de incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología;

(…)

“En aplicación de los principios de racionalidad e integralidad, se tiene que el lindero entre los auxilios o subsidios creados en desarrollo de la facultad de intervención en la economía que otorga el artículo 334 superior y los que directamente autoriza la Constitución Política -antes enlistados-, y, la restricción que expresamente impone el inciso primero del artículo 355, debe buscarse no a título de excepción de una disposición frente a la otra, sino precisamente, en función de que el auxilio o subsidio, alcance la finalidad para el cual fue creado y reporte un beneficio social, pues de lo contrario, se estaría en el campo de la prohibición de que trata el artículo 355 superior”.

6 “Articulo 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

“El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

# tienen una regulación especial y diferente a la de otras subvenciones, por ello, para entregar el estímulo a la manifestación artística no es obligatorio suscribir contratos de los que habla el artículo 355, aunque es posible suscribir un contrato.

* 1. **Publicidad en SECOP**

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, mediante la Circular Externa No 1 de 21 de junio de 2013, recopilada en la Circular Externa Única7, recordó a todas las entidades del Estado el deber legal de publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP, sin que sea relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza de público o privado o la pertenencia a una u otra rama del poder público.

La actividad contractual puede definirse como aquella ejercida por personas de derecho público capaces, en virtud del artículo 2 Ley 80 de 19938, u otra ley que otorgue capacidad. Contratos estatales son aquellos actos jurídicos, donde el contratista se obliga con la entidad estatal a dar, hacer o no hacer alguna cosa, a cambio de una contraprestación o pago. En general son contratos todos los negocios jurídicos en los cuales existen obligaciones correlativas o una contraprestación por el dinero público entregado al contratista.

Los contratos estatales y las actividades contractuales son las que deben publicarse en el SECOP, pues la normativa no exige incluir las subvenciones o auxilios que otorgan las entidades estatales cuando no se materialicen en un convenio o contrato.

7 “Numeral 1.1 (…) Las Entidades que contratan con cargo a recursos públicos están obligadas a publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP, sin que sea relevante para la exigencia de esta obligación su régimen jurídico, naturaleza de público o privado o la pertenencia a una u otra rama del poder público”.

8 “Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: 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”.

# En conclusión, los contratos celebrados por entidades estatales, sin importar cual sea su fundamento normativo, deben publicarse en el SECOP, por ello las convocatorias reguladas por Ley 397 de 1997 deben ser publicadas en SECOP solo cuando culminen en un contrato estatal.

1. **Respuesta**

Las convocatorias adelantadas en virtud del artículo 18 de la Ley 397 de 1997 no necesariamente culminan en la celebración de un contrato estatal, por ello, en principio, no deben publicarse en SECOP. Por el contrario, si la convocatoria termina en un contrato estatal, es necesario publicar en el SECOP los documentos del proceso.

En caso de que persistan dudas con relación a la “aplicación de normas de carácter general” en materia de compras y contratación pública, requerimos que envíe sus preguntas puntuales, por escrito, con el fin de agendar la reunión solicitada.

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

Atentamente,



Proyectó: Felipe Muñoz Tocarruncho

1. Artículo 3°. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– ejercerá las siguientes funciones: (...)

   “5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”.

   “Artículo 11. Subdirección de Gestión Contractual. Son funciones de la Subdirección de Gestión Contractual las siguientes: (...)

   “8. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 397 de 1997: “Articulo 17. Del fomento. El Estado a través del Ministerio de Cultura y las entidades territoriales, fomentará las artes en todas sus expresiones y las demás manifestaciones simbólicas expresivas, como elementos del diálogo, el intercambio, la participación y como expresión libre y primordial del pensamiento del ser humano que construye en la convivencia pacífica”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Las subvenciones o los auxilios que otorga el Estado pueden:

   “(i) Albergar una finalidad estrictamente altruista y benéfica: Cuando este tipo de auxilio se otorga por mera liberalidad del Estado, se encontrará con que está prohibido por virtud del artículo 355 constitucional, pues debe asumirse que, en países en vía de desarrollo como Colombia, debe privilegiarse el gasto social en concordancia con lo dispuesto en el artículo 350 superior, según el cual el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

   “Al respecto, se pronunció esta Corte recientemente en la sentencia C-290 de 2009, en la cual se analizó la constitucionalidad de establecer un subsidio de carácter permanente destinado a los veteranos de las guerras de Corea y del Perú que devenguen pensiones de jubilación inferiores a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, frente al cual se concluyó que esta clase de subsidios resultaban contrarios a la Constitución, pues tal prestación sería posible, siempre y cuando, respondiese a consideraciones distintas a la mera liberalidad, por ejemplo, al que los veteranos de guerra se encontraran en una situación de extrema pobreza.

   “De esta forma, la finalidad altruista del auxilio se encuentra autorizada únicamente cuando se dirige a alentar actividades o programas de interés público acordes con el plan de desarrollo y los planes seccionales de desarrollo, a través de entidades sin ánimo de lucro, con las cuales deberá suscribirse, previamente, un contrato. De esta manera se asegura una cierta reciprocidad a favor del Estado.

   “(ii) Derivarse de la facultad de intervención del Estado en la economía y, en consecuencia, orientarse al estímulo de una determinada actividad económica; asignación que por mandato expreso del artículo 334 superior debe comportar una contraprestación, es decir, debe implicar un retorno para la sociedad en su conjunto, sin el cual la subvención carece de equidad y de toda justificación.

   “(iii) Derivarse de un precepto constitucional que lo autorice expresamente, en orden a garantizar los derechos fundamentales vía acceso a bienes y servicios por parte de quienes tienen mayores necesidades y menores

   ingresos, con lo cual se garantiza una contraprestación o beneficio social”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Las subvenciones o los auxilios que otorga el Estado pueden:

   “(i) Albergar una finalidad estrictamente altruista y benéfica: Cuando este tipo de auxilio se otorga por mera liberalidad del Estado, se encontrará con que está prohibido por virtud del artículo 355 constitucional, pues debe asumirse que, en países en vía de desarrollo como Colombia, debe privilegiarse el gasto social en concordancia con lo dispuesto en el artículo 350 superior, según el cual el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

   “Al respecto, se pronunció esta Corte recientemente en la sentencia C-290 de 2009, en la cual se analizó la constitucionalidad de establecer un subsidio de carácter permanente destinado a los veteranos de las guerras de Corea y del Perú que devenguen pensiones de jubilación inferiores a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, frente al cual se concluyó que esta clase de subsidios resultaban contrarios a la Constitución, pues tal prestación sería posible, siempre y cuando, respondiese a consideraciones distintas a la mera liberalidad, por ejemplo, al que los veteranos de guerra se encontraran en una situación de extrema pobreza.

   “De esta forma, la finalidad altruista del auxilio se encuentra autorizada únicamente cuando se dirige a alentar actividades o programas de interés público acordes con el plan de desarrollo y los planes seccionales de desarrollo, a través de entidades sin ánimo de lucro, con las cuales deberá suscribirse, previamente, un contrato. De esta manera se asegura una cierta reciprocidad a favor del Estado.

   “(ii) Derivarse de la facultad de intervención del Estado en la economía y, en consecuencia, orientarse al estímulo de una determinada actividad económica; asignación que por mandato expreso del artículo 334 superior debe comportar una contraprestación, es decir, debe implicar un retorno para la sociedad en su conjunto, sin el cual la subvención carece de equidad y de toda justificación.

   “(iii) Derivarse de un precepto constitucional que lo autorice expresamente, en orden a garantizar los derechos fundamentales vía acceso a bienes y servicios por parte de quienes tienen mayores necesidades y menores

   ingresos, con lo cual se garantiza una contraprestación o beneficio social”. [↑](#footnote-ref-4)