**CCE-DES-FM-17**

**FONDOS MIXTOS PARA LA PROMOCIÓN DE LA CULTURA Y LAS ARTES – Naturaleza jurídica**

[…] los fondos mixtos para la promoción de la cultura y el arte son personas jurídicas sin ánimo de lucro, regidas por el derecho privado principalmente, tienen un vínculo inescindible con el Estado, dado que su creación fue hecha y hasta autorizada por ley para desarrollar objetos de interés público; tienen en su conformación aportes públicos y pueden ejecutar recursos de igual naturaleza en desarrollo de su objeto; hacen parte de la estructura de la Administración, como entidades descentralizadas indirectas del orden territorial -art. 96 Ley 489 de 1998- y están sometidas al control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República.

**FONDOS MUNICIPALES DE FOMENTO Y DESARROLLO DEL DEPORTE – Naturaleza jurídica**

Tales pormenores distan de sugerir que la naturaleza jurídica de los fondos municipales de fomento y desarrollo del deporte sea la de un fondo-entidad; por el contrario, indican que mediante ellos se lleva a cabo una asignación de recursos dentro de los presupuestos municipales o distritales, a ejecutarse por los respectivos entes deportivos, siendo, por tanto asimilables a cuentas, al no contar con personería jurídica, ni órganos directivos o personal propio, comoquiera que los mismos no fueron creados como entidades independientes, sino como fondos-cuenta ubicados dentro de los presupuestos de determinadas entidades municipales, con el propósito de generar apropiaciones que sirvan al fomento y desarrollo en el ámbito deportivo, acorde con el objetivo señalado en el artículo 1° de la Ley 181 de 1995 y la destinación dispuesta en el artículo 4° de la Ley 19 de 1991.

**PUBLICIDAD – Gestión contractual – Deber de publicidad – Sujetos obligados – Ley 1712 de 2014 – Entidades públicas – Régimen especial de contratación – Documentos publicables**

[…] el Decreto 1081 de 2015 señala que los documentos que deben publicar las entidades estatales son: i) las autorizaciones, requerimientos, aprobaciones o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato, ii) los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición que corresponden a los documentos que los conforman, previstos en el manual de contratación de la entidad y, finalmente iii) el plan anual de adquisiciones.

Frente al segundo grupo de documentos, en los casos de las entidades públicas sometidas al derecho privado, y que por lo tanto no celebran sus procesos de contratación con las modalidades de contratación previstas en la Ley 80 de 1993; cada una definirá en su manual de contratación el procedimiento para la contratación de sus bienes y servicios.

[…]

Por lo tanto, en los casos aplica la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 1081 de 2015, no el Decreto 1082 de 2015, porque esta última norma rige a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, y por lo tanto no aplica a las entidades que se rigen por el derecho privado. Por su parte, la Ley 1712 de 2014 y el Decreto reglamentario 103 de 2015 ̶compilado en el Decreto 1081 de 2015 ̶ rigen a cualquier entidad pública.

Bogotá D.C., 20/02/2020 Hora 19:35:48s

N° Radicado: 2202013000001150

Señora

**Rosa Rojas García**

Ciudad

**Concepto C ̶ 055 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | FONDOS MIXTOS PARA LA PROMOCIÓN DE LA CULTURA Y LAS ARTES – Naturaleza jurídica / FONDOS MUNICIPALES DE FOMENTO Y DESARROLLO DEL DEPORTE – Naturaleza jurídica / DEBER DE PUBLICACIÓN DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL – Sujetos obligados Ley 1712 de 2014 – Entidades públicas con régimen especial de contratación –Documentos |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta 4202012000000237 |

Estimada señora Rojas,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ─Colombia Compra Eficiente─ responde su consulta del 15 de enero de 2020, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011.

1. **Problema planteado**

Usted solicita concepto sobre «la obligación o no de publicar la gestión contractual que realizan los fondos mixtos (promoción del deporte o de cultura) en desarrollo de convenios o contratos celebrados con entidades públicas o territoriales».

1. **Consideraciones**

Para responder al interrogante planteado se estudiará, en primer lugar, i) la naturaleza jurídica de los fondos para la promoción de la cultura y el deporte, ii) el deber de publicación de la gestión contractual que realizan que las entidades públicas, para así determinar qué documentos están obligados a publicar los referidos fondos, en lo que a su contratación respecta.

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se ha referido previamente a los asuntos señalados en las consultas No. 4201913000005397 del 9 de agosto de 2019, 4201912000006611 del 25 de septiembre de 2019, 4201913000006847 del 4 de octubre de 2019, 4201913000007595 de 7 de noviembre de 2019, 4201912000007762 del 18 de noviembre de 2019, 4201912000007828 del 13 de noviembre de 2019 y finalmente en la consulta 4201912000008073 de 2 de diciembre de 2019.

**2.1. Naturaleza jurídica de los fondos mixtos**

El peticionario, al indagar por el deber de publicación de la gestión contractual que realizan los fondos mixtos alude a fondos para «promoción del deporte o de cultura», referencia que amerita una distinción y estudio separado de la naturaleza jurídica de los fondos mixtos para la promoción de la cultura y de los fondos para el fomento del deporte, al encontrar sustento en normas diferentes.

**2.1.1. Fondos municipales de fomento y desarrollo del deporte**

A pesar de que el peticionario no precisa a qué se refiere cuando habla de fondos para la promoción del deporte, en aras de responder a su interrogante y una vez revisada la normativa pertinente, se entiende que hace referencia a los fondos municipales de fomento y desarrollo del deporte, creados por la Ley 19 de 1991 y mencionados en la Ley 181 de 1995.

La Ley 19 de 1991 dispuso la creación en todos los municipios del país, de un fondo para el fomento y desarrollo del deporte municipal, cuyos recursos estarían destinados a: i) la construcción, dotación y mantenimiento de instalaciones deportivas y recreativas; ii) capacitación técnico - deportiva para los deportistas, entrenadores y personal auxiliar del deporte; iii) a la consecución de implementos deportivos para entidades deportivas sin ánimo de lucro, ubicadas en las jurisdicciones respectivas; y iv) al financiamiento de eventos deportivos de carácter Departamental, Municipal, Nacional e Internacional. Al referirse al presupuesto y administración de los recursos que hacen parte de estos fondos, la Ley 19 de 1991, encomienda a los alcaldes municipales el deber de fijar la suma que será asignada dentro del presupuesto municipal a dichos fondos, determinando además en que proporciones deben ser invertidos sus recursos, en relación con las áreas rurales y urbanas de los municipios y encargando la administración de estos fondos a las juntas municipales de deportes:

Artículo 2º Los alcaldes municipales fijarán la suma o porcentaje dentro del presupuesto para el funcionamiento del Fondo, de que trata el artículo primero.

[…]

Artículo 4º Los recursos del Fondo se invertirán en las áreas rurales y urbanas en la proporción en que se encuentre distribuida su población, sin ser inferior esta inversión al 25% del total de los recursos disponibles en cualquiera de las dos áreas.

Artículo 5º Las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes, prestarán asistencia técnica a las juntas de deportes municipales, para el correcto desarrollo de las actividades deportivas contempladas en el artículo 3º.

Artículo 6º Los dineros que los municipios apropien dentro de sus presupuestos con destino al Fondo que se crea mediante la presente Ley, serán administrados por la correspondiente Junta Municipal de Deportes.

Por su parte, la Ley 181 de 1995 por medio de la cual se creó el Sistema Nacional del Deporte, hace referencia a la Ley 19 de 1991 y a los fondos municipales de fomento y desarrollo del deporte, al establecer que los entes deportivos municipales o distritales, deberán ejecutar los recursos asignados a dichos fondos. Al respecto establece:

Artículo 75. […] Los entes deportivos municipales o distritales, contarán para su ejecución con:

1. Los recursos que asignen los Concejos Municipales o Distritales en cumplimiento de la Ley 19 de 1991, por la cual se crea el Fondo Municipal de Fomento y Desarrollo del Deporte.

2. Los recursos que constituyan donaciones para el deporte, las cuales serán deducibles de la renta líquida en los términos de los artículos 125 y siguientes del Estatuto Tributario.

3. Las rentas que creen los Concejos Municipales o Distritales con destino al deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre.

4. Los recursos, que, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 60 de 1993, correspondan al deporte, la recreación y al aprovechamiento del tiempo libre por asignación de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación.

5. Los recursos que el Instituto Colombiano del Deporte asigne, de acuerdo con los planes y programas de estímulo y fomento del sector deportivo y las políticas del Gobierno Nacional.

6. Las demás que se decreten a su favor.

La Corte Constitucional[[1]](#footnote-1) al estudiar la naturaleza jurídica de algunos fondos especiales creados por el legislador, con base en lo establecido por el artículo 30 del Estatuto Orgánico del Presupuesto[[2]](#footnote-2), ha distinguido dos categorías de fondos especiales, refiriéndose, por un lado, a los fondos-entidad como una particular modalidad de entidad pública con personería jurídica, creada para la prestación de un servicio público, por otro lado, los fondos-cuenta como una forma de administración de recursos, razón por la que, a diferencia de los primeros estos no cuentan con personería jurídica, órganos superiores de administración o dirección o personal distinto al de la entidad que los administra. Sobre el particular, en Sentencia C-713 de 2008 con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, se consideró lo siguiente:

[…] los fondos especiales «son un sistema de manejo de cuentas, de acuerdo a los cuales una norma destina bienes y recursos para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de creación y cuya administración se hace en los términos en éste señalados», […] un fondo con personería jurídica no es equiparable a un fondo especial que constituyen una cuenta (sin personería jurídica). De esta manera, el primero se asimila a una entidad de naturaleza pública que hace parte de la administración pública y por tanto modifica su estructura, mientras el segundo se refiere al sistema de manejo de recursos y por lo tanto no tiene personería jurídica. No obstante, un fondo-entidad puede tener dentro de sus funciones la administración de un fondo-cuenta[[3]](#footnote-3).

En ese orden, revisadas las disposiciones de las leyes 19 de 1991 y 181 de 1995, se advierte que dentro de las mismas no se hace ninguna precisión respecto de la naturaleza de estos fondos, ni se establece que los mismos tengan personería jurídica, a pesar que sí se definen aspectos como la destinación de los recursos que lo conforman, su administración, su inserción dentro del presupuesto municipal, así como la ejecución presupuestal a cargo de los entes deportivos municipales.

Tales pormenores distan de sugerir que la naturaleza jurídica de los fondos municipales de fomento y desarrollo del deporte sea la de un fondo-entidad, por el contrario, indican que mediante estos se lleva a cabo una asignación de recursos dentro de los presupuestos municipales o distritales, a ejecutarse por los respectivos entes deportivos, siendo, por tanto, asimilables a cuentas, al no contar con personería jurídica, ni órganos directivos o personal propio, comoquiera que no fueron creados como entidades independientes, sino como fondos-cuenta ubicados dentro de los presupuestos de determinadas entidades municipales, con el propósito de generar apropiaciones que sirvan al fomento y desarrollo en el ámbito deportivo, acorde con el objetivo señalado en el artículo 1° de la Ley 181 de 1995[[4]](#footnote-4) y la destinación dispuesta en el artículo 4° de la Ley 19 de 1991.

**2.1.2. Fondos mixtos de promoción de la cultura y las artes**

Respecto de la naturaleza jurídica de los fondos mixtos de promoción de la cultura y de las artes, la Agencia Nacional de Contratación Pública ̶ Colombia Compra Eficiente se pronunció en la consulta con radicado 4201913000007595 del 7 de noviembre de 2019. En dicho concepto se sostuvo lo siguiente:

En desarrollo de los artículos 70, 71 y 72 de la Constitución Política, relativos al deber del Estado de promover, fomentar y proteger la cultura, el arte, la ciencia, la tecnología y el patrimonio cultural de la Nación, el legislador expidió la Ley 397 de 1997 por la cual se dictaron normas sobre patrimonio cultural, sobre fomentos y estímulos a la cultura y sobre la creación y estructura del Ministerio de Cultura. Esta norma creó el Sistema Nacional de la Cultura, entendido como un conjunto de instancias y procesos de desarrollo institucional, planificación e información articulados entre sí, para el desarrollo cultural y el acceso de la comunidad a los bienes y servicios culturales, según los principios de descentralización, participación y autonomía[[5]](#footnote-5).

Este sistema está conformado por el Ministerio de Cultura, los concejos municipales, distritales y departamentales de cultura, los fondos mixtos de promoción de la cultura y el de las artes y, en general, por las entidades públicas y privadas que desarrollen, financien, fomenten o ejecuten actividades culturales.

El artículo 63 de la referida ley creó el Fondo Mixto Nacional de Promoción de la Cultura y las Artes, con el fin de promover la creación, la investigación y la difusión de las diversas manifestaciones artísticas y culturales. Igualmente, autorizó al Ministerio de Cultura para participar en la creación de los fondos mixtos departamentales, municipales y de los territorios indígenas, conforme a la reglamentación que para ello expida el Gobierno Nacional.

La norma definió que estos fondos mixtos son entidades sin ánimo de lucro, dotadas de personería jurídica, constituidas por aportes públicos y privados y regidas en su dirección, administración y contratación por el derecho privado, sin perjuicio del control fiscal que ejercen las respectivas contralorías sobre los dineros públicos.

La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 63 de la Ley 397 de 1997[[6]](#footnote-6), lo encontró ajustado a la Constitución Política, al considerar que el legislador tiene la facultad de crear este tipo fondos, como personas jurídicas con régimen especial, para la ejecución de los gastos e inversiones que requiere la materialización del fomento de actividades culturales coordinadas por el Ministerio de Cultura como jefe superior de la administración en su ramo.

La Corte Constitucional también los diferenció de los fondos cuenta creados por el legislador como un mecanismo de manejo de recursos públicos para el cumplimiento de un fin específico y que son administrados por un ente público bajo el régimen aplicable a este último. Consideró lo siguiente:

Con todo, no puede perderse de vista que los fondos mixtos de promoción de la cultura y las artes pertenecen a la categoría de los fondos entidad. En efecto, la norma legal mencionada es expresa en indicar que dichos fondos mixtos «son entidades sin ánimo de lucro, dotadas de personería jurídica, constituidas por aportes públicos y privados y regidas en su dirección, administración y contratación por el Derecho Privado sin perjuicio del control fiscal que ejercen las respectivas Contralorías sobre los dineros públicos». Es precisamente ese carácter institucional de los fondos mixtos explica que el artículo 57 de la Ley 397 los incluya como una de las entidades que integran el Sistema Nacional de Cultura.

En cambio, el Fondo Mixto Manuel Mejía Vallejo de Promoción de la Cultura y las Artes (i) es una cuenta especial sin personería jurídica; (ii) no puede, por ende, comprenderse como una «entidad»; y (iii) su administración corresponde al Ministerio de Cultura, lo que justifica que los contratos que se celebren en relación con el mismo, como lo dispone el artículo 11 objetado, se rijan por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esto por la simple razón que tales procesos contractuales estarán a cargo del Ministerio de Cultura pues el Fondo Mixto, se insiste, carece de personería jurídica[[7]](#footnote-7).

.

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1493 de 1998, compilado en el Decreto 1080 de 2015, con el fin de reglamentar la participación del Ministerio de Cultura en la creación de los fondos mixtos y la celebración de convenios con aquellos. El régimen establecido para estos fondos quedó dispuesto de la siguiente manera:

Artículo 2.2.2.1. Naturaleza jurídica. Los Fondos Mixtos de Promoción de la Cultura y las Artes, son entidades con personería jurídica, sin ánimo de lucro, que se constituyen con aportes del sector público y privado, regidos por el derecho privado, en lo que se relaciona con su dirección, administración y régimen de contratación, sin perjuicio del porcentaje de aportes del sector público, y se rigen por la Ley 397 de 1997 y demás normas concordantes.

Artículo 2.2.2.2. Fondos Mixtos de Territorios Indígenas. Los Fondos Mixtos de los Territorios Indígenas sólo podrán crearse cuando se expida la Ley de Ordenamiento Territorial a que se refiere el artículo 329 de la Constitución Política.

Artículo 2.2.2.3. Régimen de los Convenios. Los convenios que suscriba el Ministerio de Cultura con los fondos mixtos para la promoción de la cultura y de las artes a nivel nacional se regirán por el artículo 355 de la Constitución Política.

Artículo 2.2.2.4. Régimen Jurídico. Las normas de este Decreto, en cuanto a la naturaleza jurídica, aplicación del régimen de derecho privado en la administración, dirección y contratación y régimen de convenios se extienden al Fondo Mixto de Promoción Cinematográfica y al Fondo Mixto Nacional de Cultura.

A su turno, el artículo 2.2.1.12 del Decreto 1080 de 2015 ̶ antes art. 11 Decreto 1589 de 1998 ̶  dispuso que a los fondos mixtos de cultura les corresponde, en relación con el Sistema Nacional de Cultura, canalizar e invertir recursos privados y públicos.

De las normas citadas se desprende que los fondos mixtos de la cultura y las artes son entidades descentralizadas[[8]](#footnote-8)con personería jurídica sin ánimo de lucro, cuya composición está conformada por aportes privados y públicos y cuyo objeto está dirigido a servir de mecanismo de financiamiento para canalizar recursos de igual naturaleza orientados a la promoción, creación, investigación y difusión de las diversas manifestaciones artísticas y culturales en las respectivas regiones donde desarrollan su objeto.

Estos fondos actúan por disposición legal especial, principalmente, al amparo de las normas de derecho privado, lo que traduce en que la existencia y validez de sus actos y contratos están regidas por las leyes civiles y comerciales pertinentes y lo que disponga los estatutos que las rigen. Así mismo, cabe aclarar que cuando estos fondos mixtos celebren los convenios previstos en el artículo 355 de la Constitución Política con el Ministerio de Cultura para la promoción de la cultura y el arte, sí se regirán por las reglas y requisitos previstos en la regulación especial hoy contenida en el Decreto 092 de 2017.

La Corte Constitucional al estudiar la naturaleza jurídica de los fondos para la promoción de la cultura y de las artes, a pesar de su naturaleza mixta y su sometimiento al derecho privado, ha establecido que estos constituyen entidades descentralizadas indirectas de conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Dicha Corporación en la sentencia C-230 de 1995, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, sostuvo:

Por no ser de creación legal las asociaciones y fundaciones de participación mixta se las considera bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, y están sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las prescripciones del código civil y demás normas complementarias.

La ley 80 de 1993 sometió a las corporaciones y fundaciones, en las cuales el Estado tenga una participación mayoritaria (art. 2o., ord. 1o, lit. a.), a las reglas principios de la contratación de la administración pública y para ello las reconoció en el literal a) del ordinal 1 del art. 2 de dicha ley como entidades estatales.

[…]

El encuadramiento de las corporaciones y fundaciones en la condición de entidades estatales y la calificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, no modifica ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de estos últimos con las referidas entidades, porque unas y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable…

[…]

Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos[[9]](#footnote-9).

En conclusión, aun cuando los fondos mixtos para la cultura y el arte son personas jurídicas sin ánimo de lucro, regidas por el derecho privado principalmente, tienen un vínculo inescindible con el Estado, dado que su creación fue hecha y hasta autorizada por ley para desarrollar objetos de interés público; tienen en su conformación aportes públicos y pueden ejecutar recursos de igual naturaleza en desarrollo de su objeto; hacen parte de la estructura de la Administración, como entidades descentralizadas indirectas del orden territorial ―art. 96 Ley 489 de 1998― y están sometidas al control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República.

De otra parte, en cuanto al régimen contractual de estos fondos, el artículo 63 de la Ley 397 de 1997 definió que el régimen jurídico de sus contratos es el derecho privado. Tal exclusión del régimen jurídico contractual general de las entidades estatales no es absoluta, toda vez que estos fondos al administrar recursos públicos deben respetar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal[[10]](#footnote-10), de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[[11]](#footnote-11).

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la combinación de ordenamientos que confluyen en el régimen contractual de las entidades excluidas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y ha considerado que el régimen sustantivo del contrato ―derecho privado― no desvanece el sometimiento de la Administración al principio de legalidad y al respeto por los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en la actividad precontractual de estas entidades, aun cuando se aplican normas de derecho privado, también se aplican los principios de la función administrativa, situación que puede derivar en la expedición de verdaderos actos administrativos que se someten al cumplimiento del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, son controlables por el juez administrativo, como toda la actividad de la Administración Pública[[12]](#footnote-12).

Conforme a lo anterior, los contratos celebrados por los fondos mixtos para la promoción de la cultura y las artes, en cumplimiento de su objeto, están regidos, preferente, por las normas de derecho privado, no obstante, dicho régimen no es exclusivo y, por consiguiente, el margen de libertad de configuración de la actividad contractual no se rige de forma absoluta por el principio de la autonomía privada, en la medida en que también le resultan aplicables normas y principios del derecho administrativo que deben ser observados para ceñir la contratación al ordenamiento jurídico aplicable.

**2.2. Publicidad de la gestión contractual realizada por las entidades estatales con régimen especial de contratación**

La Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la obligación de publicación en el SECOP de las entidades excluidas de la aplicación de la Ley 80 de 1993 en las consultas No. 4201913000005397 del 9 de agosto de 2019, 4201912000006611 del 25 de septiembre de 2019, 4201913000006847 del 4 de octubre de 2019, 4201912000007762 del 18 de noviembre de 2019, 4201912000007828 del 13 de noviembre de 2019 y finalmente en la consulta 4201912000008073 de 2 de diciembre de 2019. En todas sostuvo la idea que se reitera a continuación:

Para la Corte Constitucional, el principio de publicidad es la garantía que tienen las personas de conocer las actuaciones judiciales y administrativas y con base en ese conocimiento tener la posibilidad de exigir que se surtan conforme a la Ley:

El principio de publicidad se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, que señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento entre otros, en el «principio de publicidad», el cual se evidencia en dos dimensiones.

La primera de ellas, como el derecho que tienen las personas directamente involucradas, al conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, la cual se concreta a través de los mecanismos de comunicación y la segunda, como el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad de conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan conforme a la ley[[13]](#footnote-13).

El principio de publicidad impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actos, contratos y decisiones, para que se divulguen y eventualmente se controlen las actuaciones.

El literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública «contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos»[[14]](#footnote-14).

De otra parte, la Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones, identifica como principios que orientan el derecho de acceso a la información pública, el de máxima publicidad, transparencia en la información y buena fe. El principio de máxima publicidad establece que «toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal»[[15]](#footnote-15). El principio de transparencia en la información alude al deber de los sujetos de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles, y a través de los medios y procedimientos que establezca la ley.

La ley citada establece, en el literal e) del artículo 9, que los sujetos obligados, que son todas las entidades públicas[[16]](#footnote-16), deben publicar la información relativa a su contratación. Esta obligación fue desarrollada por el Decreto Único Reglamentario 1081 de 2015[[17]](#footnote-17), el cual dispuso que la publicación de la información contractual de los sujetos obligados, que contratan con cargo a recursos públicos, debe hacerse en el Sistema Electrónico de Contratación Pública ─­ ­SECOP.

Así mismo, de acuerdo con el literal g) del artículo 11[[18]](#footnote-18) de la misma Ley, todos los destinatarios de la ley de transparencia deben garantizar la publicidad de «sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones», y esta información también debe estar en el SECOP.

El derecho de acceso a la información pública o de interés público permite a toda persona, sin necesidad de acreditar calidad, interés o condición particular, conocer la existencia de información pública, acceder a la misma y difundirla o publicarla, según su interés[[19]](#footnote-19).

Para el año 2013, la Agencia Nacional de Contratación Pública ─ Colombia Compra Eficiente, mediante la mediante la Circular Externa No 1 del 21 de junio de 2013, recopilada en la Circular Externa Única[[20]](#footnote-20), recordó a todas las entidades del Estado el deber de publicar oportunamente su actividad contractual en el SECOP, sin distinción de su régimen jurídico, naturaleza jurídica o la pertenencia a una u otra rama del poder público. Además, la Circular Externa Única, en el numeral 1.1., establece, de manera enunciativa, que deben publicar en el SECOP: «2. Las entidades del Estado que tienen un régimen especial de contratación, siempre y cuando el contrato ejecute o tenga como fuente de financiación dineros públicos, sin importar su proporción, a través del módulo [Régimen Especial], de acuerdo con lo establecido en su propio manual de contratación».

El debate sobre la obligatoriedad o no de publicar en el SECOP, para las entidades con régimen especial de contratación, ya fue definido, al menos de manera preliminar, por el Consejo de Estado. La Sección Tercera, Subsección C, en el Auto del 14 de agosto de 2017, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expresó que la obligación prevista en la Circular Externa No. 1 se ajusta a la normativa superior:

[…] resulta razonable concluir, en esta oportunidad, que en virtud del deber de información prescrito en el literal c) del artículo 3 o de la Ley 1150 de 2007 los sujetos obligados bajo tal norma [todos los que realizan contratación con dineros públicos] deben suministrar información sobre su contratación en términos veraces, auténticos y completos en el sistema electrónico SECOP, lo que incluye, entonces, todo acto que sea expresión de ejercicio o despliegue de actividad contractual.

11.5. ─Y es que, si se quiere en términos más detallados el literal c) del artículo 3o de la Ley en comento responde claramente las siguientes inquietudes: ¿Quiénes están obligados? los que realizan contratación con dineros públicos; ¿en razón de qué están obligados? En razón al manejo de tales recursos públicos y no por razón diferente; ¿Cuál es el límite o la extensión de ese deber? Única y exclusivamente comprende la información relativa a lo que sea objeto de contratación con recursos públicos, se excluyen de allí la que se realice con otras fuentes. ¿Dónde se debe surtir ese deber de información? Por conducto del sistema electrónico SECOP.

[…]

Así, lo que resulta también razonable afirmar es que el aludido deber de informar ya se encontraba bien dispuesto y definido desde el precepto legal de 2007, pues del texto del inciso de marras se sabe qué, quién y cómo se debe satisfacer ese deber y no surgió, como parece anotarlo la Fundación, con la expedición de la Circular Externa contra la cual se promueve este juicio contencioso de legalidad. Y, agrega este Despacho, este deber vino a ser reiterado [no creado] en la Ley 1712 de 2014[[21]](#footnote-21).

Adicionalmente, el deber de hacer pública la información contractual oficial no se determina solamente por la naturaleza de la entidad ejecutora ─pública o privada─, ni del régimen sustantivo contractual que aplique, sea de la Ley 80 de 1993 o de los regímenes exceptuados. En particular, sobre el deber de publicidad de estos, el Consejo de Estado sostuvo:

Por consiguiente, otra conclusión natural de lo que se viene de decir es que la exigibilidad prevista en el literal c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007 y aquella reflejada en la Circular Externa sobre deber de informar no alteran ni trastocan el régimen jurídico contractual, por la potísima razón que lo único que impone o carga a cuenta de los sujetos obligados es hacer público, publicitar, reportar, informar ciertos asuntos específicos: la completa actividad contractual que hayan ejecutado con cargo a tales recursos públicos, de donde se desprende que no se estructura ese deber informativo en relación a los negocios que celebren con cargo a recursos de otra índole.

Nótese, entonces, que el Consejo de Estado asumió como criterio para determinar la obligatoriedad de publicar en el SECOP que la contratación se haga con recursos públicos, conclusión que la extrajo del literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007. Así pues, a partir de la anterior decisión, la obligación de publicar en el SECOP, por parte de las entidades con régimen especial, adquirió un elemento normativo adicional a las leyes 1150 de 2007, 1712 de 2014 y la Circular Externa Única: un pronunciamiento del Consejo de Estado.

Dicha obligación de publicación además fue regulada por el Decreto 103 de 2015, a través del cual se reglamentó parcialmente la Ley 1712 de 2014, hoy compilado en el Decreto 1081 de 2015, que en su artículo 2.1.1.2.1.7, en desarrollo del literal c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, estableció que el SECOP es el sistema de información en el cual «los sujetos obligados que contratan con recursos públicos y recursos privados, deben publicar la información de su gestión contractual con cargo a recursos públicos».

El artículo 2.1.1.2.1.8. del Decreto 1081 de 2015 señala de forma enunciativa, que se debe publicar la información relativa a la ejecución del contrato, como las aprobaciones, autorizaciones, requerimientos o informes del supervisor o interventor, que aprueben su ejecución[[22]](#footnote-22). Por su parte, el artículo 2.1.1.2.1.9 señala que las entidades deberán publicar los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición, que no son otros que los previstos en el manual de contratación, que se expidió de acuerdo con los lineamientos de la Agencia Nacional de Contratación Pública, el cual debe publicarse en el sitio web del sujeto obligado[[23]](#footnote-23). Finalmente, el artículo 2.1.1.2.1.10. establece la obligación que tienen las entidades de publicar en el SECOP el Plan Anual de Adquisiciones[[24]](#footnote-24).

De conformidad con lo anterior, el Decreto 1081 de 2015 señala que los documentos que deben publicar las entidades estatales son: i) las autorizaciones, requerimientos, aprobaciones o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato, ii) los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición que corresponden a los documentos que los conforman, previstos en el manual de contratación de la entidad y finalmente iii) el plan anual de adquisiciones.

Frente al segundo grupo de documentos, en los casos de las entidades públicas sometidas al derecho privado, y que por lo tanto no celebran sus procesos de contratación con las modalidades de contratación previstas en la Ley 80 de 1993; cada una definirá en su manual de contratación el procedimiento para la contratación de sus bienes y servicios.

En este sentido, dichas entidades determinarán la forma de contratar sus necesidades, ya sea por medio de un procedimiento público, a través de una convocatoria y una evaluación para seleccionar la oferta más idónea; o a través de una contratación directa, cuando no es necesario realizar un proceso competitivo. En estos casos, el manual definirá las etapas y los documentos que forman parte del procedimiento que realicen; y estos se publicarán en la plataforma del SECOP para cada procedimiento de contratación que realicen, incluido el acto de adjudicación por expresa disposición del literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014.

Por lo tanto, en los casos aplica la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 1081 de 2015, no el Decreto 1082 de 2015, porque esta última norma rige a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, y por lo tanto no aplica a las entidades que se rigen por el derecho privado. Por su parte, la Ley 1712 de 2014 y el Decreto reglamentario 103 de 2015 ̶ compilado en el Decreto 1081 de 2015 ̶ rigen a cualquier entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital.

1. **Respuesta**

«Solicito concepto sobre la obligación o no de publicar la gestión contractual que realizan los fondos mixtos (promoción del deporte o de cultura) en desarrollo de convenios o contratos celebrados con entidades públicas o territoriales».

En el caso de los fondos para el fomento y desarrollo del deporte, existe la obligación de publicar gestión contractual realizada en desarrollo de los convenios o contratos celebrados por quienes los administran con otras entidades públicas, la cual surge de la calidad de sujetos obligados de todas las entidades públicas dispuesta por el literal a) del artículo 5° de la Ley 1712 de 2014 y de las obligaciones de publicidad contenidas en la ley, así como de la ejecución de recursos públicos, según lo establecido en el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con la interpretación realizada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el auto del 14 de agosto de 2017, con ponencia del Magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En línea con lo anterior, los fondos mixtos para la promoción de la cultura y de las artes, al ser entidades públicas descentralizadas indirectas, están igualmente obligadas a la publicación los datos de la gestión contractual que realizan, al ostentar la calidad de sujeto obligado en el marco de la Ley 1712 de 2014.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Contratista |
| Revisó: | Leider Gómez Caballero  Contratista |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |
| Anexo: | Numero de folios ej: 4 folios |

1. Sentencias C- 650 de 2003, C-713 de 2008, C-617 de 2012, C-438 de 2017. [↑](#footnote-ref-1)
2. Decreto 111 de 1996 «Artículo 30**.** Constituyen fondos especiales en el orden nacional, los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público especifico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador». [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia C-713 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández [↑](#footnote-ref-3)
4. «Artículo 1º. Los objetivos generales de la presente Ley son el patrocinio, el fomento, la masificación, la divulgación, la planificación, la coordinación, la ejecución y el asesoramiento de la práctica del deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre y la promoción de la educación extraescolar de la niñez y la juventud en todos los niveles y estamentos sociales del país, en desarrollo del derecho de todas personas a ejercitar el libre acceso a una formación física y espiritual adecuadas. Así mismo, la implantación y fomento de la educación física para contribuir a la formación integral de la persona en todas sus edades y facilitarle el cumplimiento eficaz de sus obligaciones como miembro de la sociedad.» [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 57 de la Ley 397 de 1997. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia C-671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia C-617 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-7)
8. “De tiempo atrás la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha diferenciado entre “entidades descentralizadas directas”, esto es, aquellas cuya creación es obra de la ley, la ordenanza o el acuerdo y “entidades descentralizadas indirectas”, es decir, las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal” [Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicios Civil, concepto de 16 de febrero de 2016, rad. 2015-00110-00(2259)] [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia C-230 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell [↑](#footnote-ref-9)
10. Definición legal que hoy puede encontrarse en el artículo 3 del CPACA. [↑](#footnote-ref-10)
11. «Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.» [↑](#footnote-ref-11)
12. Al respecto ver: Consejo de Estado, Sección 3ª, sentencia de 6 de julio de 2017, M.P. Marta Nubia Velázquez Rico, rad. 51920; sentencia de 13 de abril de 2011, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad. 37.423; sentencia de 20 de abril de 2005, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, rad. 14.519, entre otras. [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte Constitucional. Sentencia C- 341 del 4 de junio de 2014. M. P. Mauricio González Cuervo [↑](#footnote-ref-13)
14. Ley 1150 de 2007, «Artículo 3. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

    »Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

    »Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, Secop, el cual:

    […]

    »c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónico». [↑](#footnote-ref-14)
15. Ley 1712 de 2014: «Artículo 2. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley». [↑](#footnote-ref-15)
16. Ley 1712 de 2014: «Artículo 5. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

    »a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital». [↑](#footnote-ref-16)
17. «Artículo 2.1.1.2.1.7. Publicación de la información contractual. De conformidad con el literal (c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, el sistema de información del Estado en el cual los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben cumplir la obligación de publicar la información de su gestión contractual es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]

    […].

    «Los sujetos obligados que contratan con recursos públicos y recursos privados, deben publicar la información de su gestión contractual con cargo a recursos públicos en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública [SECOP]». [↑](#footnote-ref-17)
18. Ley 1712 de 2014 «Artículo 11.Información mínima obligatoria respecto a servicios, procedimientos y funcionamiento del sujeto obligado. Todo sujeto obligado deberá publicar la siguiente información mínima obligatoria de manera proactiva:

    […]

    g) Sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones; […]» [↑](#footnote-ref-18)
19. Corte Constitucional. Sentencia C─274 de 9 de mayo de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-19)
20. «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». [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 14 de agosto de 2017. Exp. 58.820. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-21)
22. Decreto 1081 de 2015: «Artículo 2.1.1.2.1.8. Publicación de la ejecución de contratos. Para efectos del cumplimiento de la obligación contenida en el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, relativa a la información sobre la ejecución de contratos, el sujeto obligado debe publicar las aprobaciones, autorizaciones, requerimientos o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato.». [↑](#footnote-ref-22)
23. Decreto 1081 de 2015: «Artículo 2.1.1.2.1.9. Publicación de procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición y compras. Para los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos, los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisición y compras de los que trata el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014 son los previstos en el manual de contratación expedido conforme a las directrices señaladas por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, el cual debe estar publicado en el sitio web oficial del sujeto obligado. ». [↑](#footnote-ref-23)
24. Decreto 1081 de 2015: « Artículo 2.1.1.2.1.10. Publicación del Plan Anual de Adquisiciones. Los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben publicar en su página web y en el SECOP el Plan Anual de Adquisiciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011, el literal e) del artículo 9° de la Ley 1712 de 2014 y el Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione.

    Los sujetos obligados que no contratan con cargo a recursos públicos no están obligados a publicar su Plan Anual de Adquisiciones.

    Los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos y recursos privados, deben publicar en su página web y en el SECOP el Plan Anual de Adquisiciones para los recursos de carácter público que ejecutarán en el año.

    Se entenderá como definición de Plan Anual de Adquisiciones respecto a todos los sujetos obligados que contratan con recursos públicos, la prevista en el artículo 3° del Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione». [↑](#footnote-ref-24)