**CCE-DES-FM-17**

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

[…] 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.

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, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

**CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición**

La tipología de contrato interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, a pesar de que dentro del texto de la misma no se realizó una definición o un desarrollo amplio respecto de este. Dicha norma se refiere a los contratos interadministrativos al regular en su artículo 14 las facultades excepcionales de la administración, con el propósito exceptuar del ejercicio de las mismas a este tipo de contratos, tal como lo dispone el parágrafo de la norma.

Por su parte el Decreto 1082 de 2015 «Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», calificó a los convenios o contratos interadministrativos como la contratación realizada entre entidades estatales.

El contrato o el convenio interadministrativo es entonces 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.

**CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Criterio orgánico – Régimen jurídico**

Los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales

[…] el hecho de que los contratos o convenios interadministrativos estén previstos en la Ley 80 de 1993 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, conforme se de lo establecido en el literal c), […] la calidad de interadministrativo de un contrato o convenio no está determinada por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo, la cual en los términos de la norma anterior debe ser establecida según el objeto y obligaciones del mismo.

**CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Modalidad de selección – Contratación directa**

[…] pueden celebrarse directamente siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos, estableciéndose unas excepciones con relación a ciertos sujetos y objetos contractuales en los cuales debe acudirse a los procesos de licitación pública o selección abreviada regulados en los numerales 1 y 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, supuestos en los que varía la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

**FONDOS MIXTOS PARA LA PROMOCIÓN DE LA CULTURA Y LAS ARTES – Suscripción – Convenios interadministrativos**

[…] los fondos mixtos al ser entidades descentralizadas indirectas tienen la calidad de entidades públicas de conformidad con el artículo 2 de Ley 80 de 1993, indiferentemente del porcentaje de participación pública que involucren, por lo que estos tienen la posibilidad de suscribir convenios interadministrativos con otras entidades pública sin importar cual sea su régimen de contratación.

**FONDOS MIXTOS PARA LA PROMOCIÓN DE LA CULTURA Y LAS ARTES – Régimen de convenios – Ministerio de Cultura – Fondos mixtos – Orden nacional**

Como excepción a la conclusión del anterior acápite, encontramos que el artículo 2.2.2.3 del Decreto 1080 de 2015 relativo al régimen de los convenios suscritos por los fondos mixtos para la promoción de la cultura y de las artes en el que se establece que «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».

[…] esta disposición no es aplicable a todos eventuales convenios entre fondos mixtos de cultura y entidades públicas, comoquiera que la norma indica que solo estarán regidas por el artículo 355 constitucional los convenios suscritos entre el Ministerio de Cultura y los fondos mixtos de cultura nacionales, al referirse únicamente al nivel nacional, hipótesis que excluye a: i) los convenios celebrados entre el Ministerio de Cultura y los fondos mixtos del orden territorial, ii) los convenios suscritos por los fondos mixtos de orden nacional con entidades públicas distintas del Ministerio de Cultura, y iii) a los convenios celebrados por los fondos mixtos del orden territorial con otras entidades públicas.

[…] siempre que se celebren este tipo de convenios, el Ministerio de Cultura y el fondo mixto de cultura nacional involucrado no podrán sustraerse de la aplicación de las disposiciones vigentes del Decreto 092 de 2017, dentro de las que se encuentra la dispuesta en el artículo 4 que exige el adelantamiento de «un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro». De igual manera resulta de obligatoria observancia lo dispuesto en el artículo 5 respecto de convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las entidades estatales, que estable que «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio».

**POTESTAD REGLAMENTARIA – Ilegalidad del reglamento**

Ahora bien, a pesar del restringido ámbito de aplicación del artículo 9 del Decreto 1493 de 1998, compilado artículo 2.2.2.3 del Decreto 1080 de 2015, la disposición en él contenida supone un cambio del régimen establecido en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, que permite a las entidades públicas celebrar convenios interadministrativos sin interesar el régimen de contratación de las mismas y de conformidad con las normas pertinentes del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

Esto implica que los convenios suscritos entre el Ministerio de Cultura y los fondos mixtos del orden nacional, no tendrían la calidad de interadministrativos sino de asociación, los cuales en virtud de la regulación contenida en el Decreto 092 de 2017 tienen unas reglas de selección distintas a las de la Ley 1150 de 2007, contenidas en los artículos 4 y 5 del Decreto 092 de 2017, norma expedida en virtud de la reserva reglamentaria expresamente establecida en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.

En tales términos, la disposición contenida en el artículo 2.2.2.3 ibídem al reglamentar una situación que ya se encontraba regulada por la ley, invadió una competencia del legislador comoquiera que introdujo al ordenamiento jurídico una norma que no supone una aplicación o desarrollo de lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 397 de 1997, sino una excepción a lo establecido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 respecto del régimen de los convenios interadministrativos, lo cual a todas luces constituye un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

**PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD** **– Excepción de ilegalidad**

A pesar de que tal invasión de la competencia del legislador supone la no conformidad del artículo 2.2.2.3 *ibídem* con ley*,* al constituir un vicio que afecta la validez del reglamento, este se encuentra amparado por la presunción de legalidad, en virtud de la cual se presume la legalidad de la disposición comentada hasta tanto esta no sea anulada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Conforme con tal presunción, y que el control de legalidad de los actos administrativos de carácter general se encuentra de manera excluyente en cabeza de la referida jurisdicción, no resulta posible en sede administrativa inaplicar de actos administrativos aparentemente contrarios a la ley, como si resulta viable con los contrarios a las disposiciones constitucionales en virtud de la habilitación legal expresa del artículo 4 Superior […] la presunción de legalidad y la improcedencia de la aplicación de la excepción de legalidad por parte de autoridades administrativas, implican que hasta que el artículo 2.2.2.3 del Decreto 1080 de 2015 no sea anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los convenios que sean suscritos entre el Ministerio de Cultura y los fondos mixtos de cultura del orden nacional estarán regidos por el artículo 355 constitucional, y que en consecuencia deberán celebrarse de conformidad con la reglamentación establecida por el Decreto 092 de 2015.

**CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Decreto 092 de 2017 – Suspensión provisional**

El inciso final del artículo del artículo 4 del Decreto 092 de 2017 dispone que las entidades estatales no estarán obligadas a adelantar proceso competitivo cuando el objeto del contrato corresponda a «actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas». No obstante, la vigencia de dicho inciso, al igual que la de los artículos 1 inciso segundo, 2 literales «a», «c» e inciso quinto y 3 inciso segundo, se encuentran afectadas por la medida cautelar de suspensión provisional dispuesta por el Consejo de Estado en el Auto del 6 de agosto de 2019, expedido por el Despacho del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera en el marco del proceso de nulidad por inconstitucionalidad con radicado 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62.003).

En ese orden de ideas, al no estar vigente el inciso final del artículo 4 del Decreto 092, el Ministerio de Cultura para celebrar convenios con fondos mixtos para la promoción de la cultura y de las artes del orden nacional, no podrá sustraerse de adelantar los procesos competitivos que sean procedentes de acuerdo a las reglas de los incisos primero y segundo del artículo 4 y 5 del Decreto 092 de 2017.

Bogotá D.C., **16/03/2020 Hora 13:59:49s**

**N° Radicado: 2202013000001898**

Señora

**Fridcy Alexandra Faura**

Ciudad.

**Concepto C ̶ 086 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | FONDOS MIXTOS PARA LA PROMOCIÓN DE LA CULTURA Y LAS ARTES – Naturaleza jurídica – Régimen de contratación– Suscripción de convenios interadministrativos / CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico – Régimen jurídico – Modalidad de selección – Contratación directa / POTESTAD REGLAMENTARIA – Ilegalidad del reglamento / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD – Excepción de ilegalidad / CONVENIO DE ASOCIACIÓN – Decreto 092 de 2017 – Suspensión provisional |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202013000000923  |

Estimada señora Faura,

La Agencia Nacional de Contratación Pública ─Colombia Compra Eficiente─, 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 responde su consulta del 10 de febrero de 2020, aclarada el 25 de febrero de 2020.

1. **Problema planteado**

Usted solicita concepto respondiendo al siguiente interrogante «¿Puede suscribirse convenio interadministrativo entre el Ministerio de Cultura y los Fondos Mixtos sin adelantar proceso competitivo del que trata el Decreto 092 de 2017?».

1. **Consideraciones**

Para responder a la pregunta planteada se estudiará, en primer lugar, i) la naturaleza jurídica de los fondos para la promoción de la cultura y de las artes; ii) los convenios o contratos interadministrativos y su regulación; y iii) el régimen de los convenios entre el Ministerio de Cultura y los fondos mixtos.

**2.1. Naturaleza jurídica de los fondos mixtos de promoción de la cultura y las artes**

Respecto de la naturaleza jurídica de los fondos mixtos para la promoción de la cultura y de las artes, la Agencia Nacional de Contratación Pública ̶ Colombia Compra Eficiente se pronunció en las consultas con radicados 4201913000007595 del 7 de noviembre de 2019 y C ― 055 de 20 de febrero de 2020. En dichos conceptos 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[[1]](#footnote-1).

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[[2]](#footnote-2), 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[[3]](#footnote-3).

 .

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 2.2.2.4. 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.

De las normas citadas se desprende que los fondos mixtos de promoción de la cultura y las artes son entidades sin ánimo de lucro con personería jurídica[[4]](#footnote-4), 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.

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 o de segundo orden 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[[5]](#footnote-5).

Así pues, los fondos mixtos para la promoción de la cultura y de las artes son personas jurídicas sin ánimo de lucro, regidas por el derecho privado principalmente, las cuales tienen un vínculo inescindible con el Estado, dado que su creación fue hecha y 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.

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, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[[6]](#footnote-6).

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[[7]](#footnote-7).

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. Los convenios o contratos interadministrativos y su regulación**

La tipología de contrato interadministrativo fue creada en la Ley 80 de 1993, a pesar de que dentro del texto de la misma no se realizó una definición o un desarrollo amplio respecto de esta. Dicha ley se refiere a los contratos interadministrativos al regular en su artículo 14 las facultades excepcionales de la Administración, con el propósito exceptuar del ejercicio de las mismas a este tipo de contratos, tal como lo dispone el parágrafo de la norma[[8]](#footnote-8).

Por su parte el Decreto 1082 de 2015 «Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional», calificó a los convenios o contratos interadministrativos como la contratación realizada entre entidades estatales[[9]](#footnote-9).

 El contrato o el convenio interadministrativo es entonces el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más entidades estatales 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 nominados en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Ahora bien, el hecho de que los contratos o convenios interadministrativos estén previstos en la Ley 80 de 1993 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, conforme lo establecido en el literal c), numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007:

**Artículo 2*°.*** De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas: […]

4.**Contratación directa.**La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos: […]

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.

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.

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.

En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 en principio está dirigido a regular las modalidades de selección aplicables a los diferentes tipos de contratos estatales, sin embargo, al referirse a los convenios y contratos interadministrativos no solo dispone reglas de selección, sino que también establece cómo determinar el régimen aplicable a la ejecución de los pactos celebrados bajo esta modalidad, estatuyendo la regla contenida en el numeral 4, literal c), inciso tercero, según la cual en los casos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos convenios o contratos estará sometida a dicha ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de la actividad de la entidad ejecutora.

En ese orden de ideas, la calidad de interadministrativo de un contrato o convenio no está determinada por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo, la cual en los términos de la norma anterior debe ser establecida según el objeto y obligaciones del mismo. Al respecto la anterior disposición establece que pueden celebrarse directamente siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos, estableciéndose unas excepciones con relación a ciertos sujetos y objetos contractuales en los cuales debe acudirse a los procesos de licitación pública o selección abreviada regulados en los numerales 1 y 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, supuestos en los que varía la modalidad de selección y no la naturaleza del contrato interadministrativo.

Las anteriores consideraciones indican que, según el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, los convenios interadministrativos son contratos estatales independientemente del régimen de contratación al que estén sometidas las partes entre quienes se celebra o de las normas por las que deba regirse su ejecución, siempre que se suscriban entre entidades que ostenten la calidad de estatales o de derecho público.

Esto coincide con lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C–671 de 2015, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos ̶ en control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 1773 de 2015, «Por el cual se autoriza la celebración de convenios administrativos para la ejecución de recursos públicos por parte de algunas entidades territoriales» ̶ al manifestar sobre la naturaleza de los convenios interadministrativos que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública».

Atendiendo a la literalidad de las normas enunciadas, no cabe una interpretación diferente[[10]](#footnote-10), pues de acuerdo con lo anotado esta clase de contratos 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, exigiéndose para su perfeccionamiento la existencia de un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación elevado a escrito, de conformidad con el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993[[11]](#footnote-11). Adicionalmente, el Consejo de Estado ha precisado algunas características relativas al contrato interadministrativo, como negocio jurídico biliteral que suman algunas precisiones al análisis realizado:

[…] 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[[12]](#footnote-12).

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan entre otras cosas, porque los sujetos que en él intervienen persiguen una finalidad común, que por tratarse de entidades públicas esta necesariamente relacionada con el cumplimiento de los fines del Estado o de los objetivos y funciones administrativas que tienen asignados ya sea por la ley y el reglamento, o tratándose de entidades descentralizadas indirectas por los actos que las constituyen o sus estatutos.

A ello obedece la modalidad de selección que la ley permite aplicar de manera general para su celebración, ya que comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección.

Así pues, conforme a lo expuesto en el acápite anterior, los fondos mixtos al ser entidades descentralizadas indirectas tienen la calidad de entidades estatales de conformidad con el artículo 2 de Ley 80 de 1993[[13]](#footnote-13), indiferentemente del porcentaje de participación pública que involucren, por lo que estos tienen la posibilidad de suscribir convenios interadministrativos con otras entidades públicas sin importar cual sea su régimen de contratación.

**2.3. El régimen de los convenios entre el Ministerio de Cultura y los fondos mixtos**

Como excepción a las ideas anteriores, encontramos que el artículo 2.2.2.3 del Decreto 1080 de 2015, relativo al régimen de los convenios suscritos por los fondos mixtos para la promoción de la cultura y de las artes, establece que «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».

La primera consideración que surge de la interpretación del mencionado artículo es que a los convenios suscritos entre el Ministerio de Cultura y los fondos mixtos para la promoción de la cultura no les aplican las disposiciones de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, al estar regidos por el artículo 355 de la Constitución Política referente a los convenios de asociación que pueden suscribir las entidades del Gobierno en sus diferentes niveles «con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público», hoy regulados por el Decreto 092 de 2017.

No obstante, esta disposición no aplica a todos los eventuales convenios celebrados entre fondos mixtos de cultura y entidades públicas, comoquiera que la norma indica que solo están regidos por el artículo 355[[14]](#footnote-14) constitucional los convenios suscritos entre el Ministerio de Cultura y los fondos mixtos de cultura nacionales, al referirse únicamente al nivel nacional, hipótesis que excluye a: i) los convenios celebrados entre el Ministerio de Cultura y los fondos mixtos del orden territorial, ii) los convenios suscritos por los fondos mixtos de orden nacional con entidades públicas distintas del Ministerio de Cultura, y iii) a los convenios celebrados por los fondos mixtos del orden territorial con otras entidades públicas.

Ahora bien, a pesar del restringido ámbito de aplicación del artículo 9 del Decreto 1493 de 1998, compilado en el artículo 2.2.2.3 del Decreto 1080 de 2015, supone un cambio del régimen establecido en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, que permite a las entidades públicas celebrar convenios interadministrativos sin interesar el régimen de contratación de las mismas y de conformidad con las normas pertinentes del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

Esto implica que los convenios suscritos entre el Ministerio de Cultura y los fondos mixtos del orden nacional no tendrán la calidad de interadministrativos, sino de asociación, los cuales, en virtud de la regulación contenida en el Decreto 092 de 2017, tienen unas reglas de selección distintas a las de la Ley 1150 de 2007, contenidas en los artículos 4 y 5 del Decreto 092 de 2017[[15]](#footnote-15), norma expedida en virtud de la reserva reglamentaria expresamente establecida en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.

 En ese sentido, si bien el artículo 63 de la Ley 397 de 1997 establece que los 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» , y autoriza al Ministerio de Cultura «para participar de la creación de los fondos mixtos departamentales, distritales, municipales y de los territorios indígenas conforme a la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional», la norma contenida en el artículo 2.2.2.3 del Decreto 1080 de 2015 lleva implícito un cambio a las reglas de contratación que les serían aplicables a los convenios celebrados entre el Ministerio de Cultura y los fondos mixtos del orden nacional con ocasión de lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, normas de rango superior que condicionan la expedición del reglamento y su contenido, máxime cuando en la Ley 397 de 1997 no se incluyó disposición alguna relativa al régimen de estos convenios.

 Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que el ejercicio de la potestad reglamentaria derivada del artículo 189, numeral 11 superior, se encuentra sometido a los limites impuestos por la propia Constitución Política y la ley, por lo que su ejercicio debe limitarse a desarrollar las normas de rango constitucional o legal, no siendo posible restringir, ampliar o modificar el sentido de la ley. Así en la sentencia C – 1005 de 2008:

La jurisprudencia constitucional ha insistido en que la potestad reglamentaria contenida en el artículo 189 numeral 11 ha de ejercerse, por mandato de la Norma Fundamental, de conformidad con los preceptos legales y constitucionales. Así, los actos administrativos emitidos como consecuencia del ejercicio de dicha potestad únicamente pueden desarrollar el contenido de la ley. Desde esta perspectiva, al Presidente de la República le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley. No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación pues con ello estaría excediendo sus atribuciones. Es de desatacar aquí, que no todas las leyes ordinarias requieren ser reglamentadas. Existen leyes que han sido formuladas por el Legislador de manera tan detallada y los temas en ellas contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que prima facie no habría espacio para una regulación ulterior. La facultad reglamentaria no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la Ley, teniendo por objeto contribuir a la concreción de la ley, encontrándose, por consiguiente, subordinada a lo dispuesto por ella sin que sea factible alterar o suprimir su contenido ni tampoco reglamentar materias cuyo contenido esté reservado al Legislador[[16]](#footnote-16).

 El Consejo de Estado también se ha referido a las limitaciones que comporta el adecuado ejercicio de la potestad reglamentaria, estableciendo que este debe estar orientado a complementar la ley siempre que ello sea necesario para lograr su correcta aplicación, siendo improcedente que en virtud de dicha potestad se interprete el contenido de la ley, como tampoco someter a su regulación situaciones jurídicas distintas a las previstas en ella. Así se manifestó en la sentencia de 6 de julio de 2017:

La jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, se ha referido al ejercicio debido y a los límites de dicha atribución. Al respecto, esta Sección señaló que la función que cumple el Gobierno con el ejercicio del poder reglamentario es la de complementar la ley, en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella, con el propósito de permitir su ejecución, pero ello no conlleva la interpretación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene.  Para el ejercicio de la atribución en cuestión, el ejecutivo debe limitarse a desarrollar la ley y subordinarse a su contenido, en ese orden, no le está dado introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones, ampliar o restringir el sentido de la ley, como tampoco puede suprimirla o modificarla ni reglamentar materias que estén reservadas a ella, pues excedería sus competencias e invadiría las asignadas por la Constitución al legislador[[17]](#footnote-17).

 En tales términos, la disposición contenida en el artículo 2.2.2.3 *ibídem* al reglamentar una situación que ya se encontraba regulada por la ley, invadió una competencia del legislador comoquiera que introdujo al ordenamiento jurídico una norma que no supone una aplicación o desarrollo de lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 397 de 1997, sino una excepción a lo establecido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 respecto del régimen de los convenios interadministrativos, lo cual se considera un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

 A pesar de que tal invasión de la competencia del legislador supone la no conformidad del artículo 2.2.2.3 *ibídem* con la ley*,* al constituir un vicio que afecta la validez del reglamento, este se encuentra amparado por la presunción de legalidad, en virtud de la cual se presume la legalidad de la disposición comentada hasta tanto esta no sea anulada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo[[18]](#footnote-18).

Conforme con tal presunción, y que el control de legalidad de los actos administrativos de carácter general se encuentra de manera excluyente en cabeza de la referida jurisdicción, no resulta posible en sede administrativa inaplicar de actos administrativos aparentemente contrarios a la ley, como si resulta viable con los contrarios a las disposiciones constitucionales, en virtud de la habilitación legal expresa del artículo 4 Superior, conforme lo determinó la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 del 2000:

El orden jerárquico que emana de la Constitución, a pesar de no impedir la penetración de los principios constitucionales en todas las dimensiones del quehacer judicial, da soporte a la existencia de la excepción de ilegalidad y a que su consagración por el legislador resulte acorde con la Carta. Sin embargo, su aplicación o invocación no pueden ser generales, ni la obligatoriedad de los actos administrativos normativos ha sido dejada por el constituyente al libre examen de las autoridades y los particulares. Tal facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas superiores, se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa. […]

[No] hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o la autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser  decretada en los términos que indica el legislador […]

[L]a llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma *sub exámine*tal y como ha sido interpretado en la presente decisión,tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos[[19]](#footnote-19).

En ese orden de ideas, la presunción de legalidad y la improcedencia de la excepción de ilegalidad por parte de autoridades administrativas, implican que hasta que el artículo 2.2.2.3 del Decreto 1080 de 2015 no sea anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los convenios que sean suscritos entre el Ministerio de Cultura y los fondos mixtos de cultura del orden nacional estarán regidos por el artículo 355 constitucional, y que en consecuencia deberán celebrarse de conformidad con la reglamentación establecida por el Decreto 092 de 2015.

 Así pues siempre que se celebren este tipo de convenios, el Ministerio de Cultura y el fondo mixto de cultura nacional involucrado no podrán sustraerse de la aplicación de las disposiciones vigentes del Decreto 092 de 2017, dentro de las que se encuentra la dispuesta en el artículo 4 que exige el adelantamiento de «un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro». De igual manera resulta de obligatoria observancia lo dispuesto en el artículo 5 respecto de convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las entidades estatales, que estable que «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio».

 Ahora bien, el inciso final del artículo del artículo 4 del Decreto 092 de 2017 dispone que las entidades estatales no estarán obligadas a adelantar proceso competitivo cuando el objeto del contrato corresponda a «actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas». No obstante, la vigencia de dicho inciso, al igual que la de los artículos 1 inciso segundo, 2 literales «a», «c» e inciso quinto y 3 inciso segundo, se encuentran afectadas por la medida cautelar de suspensión provisional dispuesta por el Consejo de Estado en el Auto del 6 de agosto de 2019, expedido por el Despacho del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera en el marco del proceso de nulidad por inconstitucionalidad con radicado 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62.003)[[20]](#footnote-20).

 En ese orden de ideas, al no estar vigente el inciso final del artículo 4 del Decreto 092, el Ministerio de Cultura para celebrar convenios con fondos mixtos para la promoción de la cultura y de las artes del orden nacional, no podrá sustraerse de adelantar los procesos competitivos que sean procedentes de acuerdo a las reglas de los incisos primero y segundo del artículo 4 y 5 del Decreto 092 de 2017.

1. **Respuesta**

«¿Puede suscribirse convenio interadministrativo entre el Ministerio de Cultura y los Fondos Mixtos sin adelantar proceso competitivo del que trata el Decreto 092 de 2017?»

El Ministerio de Cultura tiene la facultad de suscribir convenios interadministrativos con otras entidades estatales, incluso entidades públicas descentralizadas indirectas como los fondos mixtos para la promoción de la cultura y de las artes, sin importar cual sea su régimen de contratación de conformidad con los artículos 63 de la Ley 397 de 1997 y 2, numeral 4, literal c) de la Ley 1150 de 2007. Tales convenios pueden celebrarse directamente siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Cuando el convenio involucre a los sujetos y objetos contractuales establecidos en el artículo 2, numeral 4, literal c) inciso segundo de la Ley 1150 de 2007 deberá acudirse a los procesos de licitación pública o selección abreviada regulados en los numerales 1 y 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

 Como excepción a esta regla el artículo 2.2.2.3 del Decreto 1080 de 2015, dispone que los convenios que se suscriban entre el Ministerio de Cultura y los fondos mixtos para la promoción de la cultura y de las artes del orden nacional, estarán regidos por lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, por lo que la celebración de estos convenios deberá hacerse en el marco de procesos competitivos de conformidad con los artículos 4 y 5 del Decreto 092 de 2017.

 El artículo 2.2.2.3 del Decreto 1080 de 201 5 a pesar de considerarse contrario a la Ley 1150 de 2007 en los términos expuestos en las consideraciones, debe ser aplicado en la celebración de convenios entre el Ministerio de Cultura y los fondos mixtos para la promoción de la cultura y de las artes del orden nacional, al estar amparado por la presunción de legalidad, por lo cual resulta de obligatoria observancia hasta tanto no sea retirado del ordenamiento jurídico por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento CantilloContratista |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesContratista |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Artículo 57 de la Ley 397 de 1997. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia C-671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. Sentencia C-617 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-3)
4. ##  «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 del 16 de febrero de 2016, Exp. 2259. C.P.  Álvaro Namén Vargas.

 [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional. Sentencia C-230 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-5)
6. «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-6)
7. Al respecto ver: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2017. Exp. 51920. C.P. Marta Nubia Velázquez Rico; sentencia del 13 de abril de 2011. Exp. 37.423. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.; sentencia del 20 de abril de 2005. Exp. 14.519 C.P. Ramiro Saavedra Becerra, entre otras. [↑](#footnote-ref-7)
8. «Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

» 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

[…]

» Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales». [↑](#footnote-ref-8)
9. «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-9)
10. Código Civil: «Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor a pretexto de consultar su espíritu». [↑](#footnote-ref-10)
11. Ley 80 de 1993: «Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. […]». [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). C. P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-12)
13. «Artículo 2o. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

»1o. 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 […]». [↑](#footnote-ref-13)
14. «Artículo 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, celebrará 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 con los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia». [↑](#footnote-ref-14)
15. «Artículo 4°. Proceso competitivo de selección cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. La Entidad Estatal del Gobierno nacional, depar­tamental, distrital y municipal deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro.

»En el proceso competitivo la Entidad Estatal deberá cumplir las siguientes fases: (i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acre­diten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto.

»Las Entidades Estatales no están obligadas a adelantar el proceso competitivo previsto en este artículo cuando el objeto del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos.

 »Artículo 5°. Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir ac­tividades propias de las Entidades Estatales. Los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional.

»Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometi­dos y funciones asignadas por ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.

»Estos convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2° y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5°, 6°, 7° y 8° del presente decreto». [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Constitucional. Sentencia C – 1005 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 6 de julio de 2017. Exp. 0585-09. C.P. William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ley 1437 de 2011 «Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar». [↑](#footnote-ref-18)
19. Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [↑](#footnote-ref-19)
20. Dentro de las razones expuestas por el Consejo de Estado para declarar la suspensión provisional del inciso final del artículo 4 del Decreto 092 de 2017 se expuso «El Gobierno Nacional privilegió la contratación con determinadas personas naturales o jurídicas (las del sector artístico, cultural, deportivo y de diversidad étnica) y dispuso que, cuando existan varias que ofrezcan prestar el mismo servicio, la entidad pública puede contratar a la que quiera sin adelantar, en tales casos, el proceso competitivo previsto en el decreto acusado. La norma permite prescindir, inclusive, de los procesos de selección con las entidades sin ánimo de lucro que desarrollen dichos objetos contractuales.

»Puestas así las cosas, el despacho no encuentra motivo alguno para que se prescinda del proceso de selección cuando se identifique que el programa o actividad de interés público es ofrecido por más de una persona –natural o jurídica– simple y llanamente porque el objeto del proceso de contratación corresponda a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica. Esta razón, por tanto, es suficiente para concluir que el Gobierno Nacional le otorgó un tratamiento privilegiado a quienes desarrollen tales actividades (artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica) lo cual resulta claramente violatorio de la igualdad que debe gobernar este tipo de procedimientos contractuales. No se entiende, entonces, cuál es la razón para que se le asigne un tratamiento distinto a la contratación con este tipo de actividades (artísticas, culturales, deportivas y de promoción a la diversidad étnica) frente a las actividades de interés público de otra naturaleza. […]

»Bajo este panorama, se concluye que la norma impugnada efectivamente desconoce el artículo 13 de la Constitución Política [y por integración normativa el artículo 209 de la misma codificación], pues la función administrativa en todos los eventos se debe desarrollar con fundamento en el principio de igualdad, lo cual no se observa garantizado con disposiciones como la que acá se acusa». [↑](#footnote-ref-20)