**SISTEMA NACIONAL DE CULTURA – Régimen jurídico – Conformación del sistema – Fondo Nacional Promoción Cultura y Artes – Fondos mixtos – Naturaleza**

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. Este sistema está conformado por el Ministerio de Cultura, los consejos 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, fomente 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”.

**SISTEMA NACIONAL DE CULTURA – Régimen jurídico – Fondos mixtos – Personería jurídica – ESAL – Objeto – Régimen especial de contratación**

[…] Los fondos mixtos de la cultura y las artes son entidades con personería jurídica descentralizadas, sin ánimo de lucro, cuya composición está conformada por aportes privados y públicos y cuyo objeto esta 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. 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.

**ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – Régimen jurídico – Personería jurídica – ESAL – Objeto – Régimen especial de contratación – Contrato estatal – Entidad estatal – Definición – Ámbito de aplicación**

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública es la norma de derecho público que rige las etapas precontractual, contractual y postcontractual de los negocios jurídicos celebrados por las entidades estatales, expedido al amparo del inciso final del artículo 150 de la Constitución Política, y hoy contenido en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas legales y reglamentarias pertinentes. Ahora bien, el contrato estatal se define genéricamente como todo acto jurídico generador de obligaciones celebrado por una de las entidades estatales descritas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, cuya actividad contractual se sujeta, íntegramente, al ámbito de cobertura de a los principios, deberes, derechos, procedimientos y reglas consagrados en el Estatuto General de la Contratación Estatal. Si bien el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, al definir las entidades estatales cuya contratación se regiría por el estatuto general, persiguió abarcar de forma omnicomprensiva la totalidad o, por lo menos, la mayoría de los organismos que conforman la estructura del Estado, lo cierto es que dicha regla general tiene excepciones creadas por la ley que han permitido que ciertas entidades queden excluidas de su aplicación, para que en su lugar, contraten al amparo de normas de derecho privado.

**FONDOS MIXTOS DE CULTURA – Régimen general – Exceptuados – Régimen especial de contratación – Principios función administrativa – Gestión fiscal**

Una de estas excepciones al régimen general de contratación estatal quedó establecida en el artículo 63 de la Ley 397 de 1997 para los fondos mixtos de promoción para la cultura y las artes, norma que permitió que el régimen jurídico de sus contratos fuera el derecho privado. De todas maneras, la exclusión de que gozan los referidos fondos mixtos frente al régimen jurídico contractual general de las entidades estatales no ha sido absoluta, toda vez que administran recursos públicos. Además, de tiempo atrás en el ordenamiento jurídico se reconoció que las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación debían respetar los principios de la función administrativa, tesis que luego acogió el legislador con la expedición de la Ley 1150 de 2007.(…) El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 positivizó el precepto según el cual “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”.

**RÉGIMEN CONTRACTUAL – Entidades excluidas – Ley 80 de 1993 – Régimen privado prevalente – Régimen público supletorio – Aplicación – Principio de legalidad – Principios función administrativa**

En razón a lo anterior, las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 tienen régimen contractual que vincula dos ordenamientos: el privado que es preponderante y el público que es el supletorio, pero no menos importante, porque irradia aspectos esenciales de la actividad contractual de estas entidades. Doctrinaria y jurisprudencialmente se han identificado algunos ejemplos de la aplicación de uno y otro régimen en la contratación de estas entidades, tal y como se sintetiza a continuación.

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 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.

**FONDOS MIXTOS DE CULTURA – Régimen derecho privado – Autonomía de voluntad – Principio no es absoluto – Aplicación – Normas – Principios – Derecho administrativo – Manual de contratación**

De lo anterior se colige, entonces, que en la actualidad 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. Resulta útil acudir a sus estatutos o los reglamentos internos o manuales de contratación, pues éstos comportan el instrumento idóneo para edificar la simbiosis existente entre las normas de derecho privado y público que gobiernan la contratación, y una vez proferido, adquiere un carácter vinculante y permite la aplicación práctica de los principios aludidos en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

**MANUAL DE CONTRATACIÓN – Entidades con régimen especial – Procedimiento –Selección de contratistas – Inclusión plazos – Inclusión criterios evaluación – Inclusión – Criterios desempate**

En consonancia, Colombia Compra Eficiente recomienda que las entidades estatales sometidas a regímenes especiales de contratación incluyan en sus manuales de contratación “una descripción detallada de los procedimientos para seleccionar a los contratistas, los plazos, los criterios de evaluación, criterios de desempate, contenido de las propuestas, los procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005 y los demás aspectos que garanticen el cumplimiento de los principios y objetivos del sistema de compras y contratación pública en todas las etapas del Proceso de Contratación, con base en su autonomía”.

Bogotá D.C., **26/12/2019 Hora 9:19:5s**

**N° Radicado: 2201913000009608**

Señora

# Laura Marcela Álzate Pineda

Ciudad

**Radicación:** Respuesta a las consultas Nos. 4201912000007709 y 4201913000007595

**Temas:** Fondos mixtos de cultura

**Tipo de asunto consultado:** Régimen contractual Cordial saludo,

Los días 7 y 14 de noviembre de 2019, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, previa remisión por competencia hecha por la Contraloría General de la República, recibió la presente consulta, presentada ante dicha entidad el 31 de octubre de 2019. Esta entidad procede a dar respuesta a la consulta, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, en los siguientes términos:

# Problema planteado

La solicitante plantea lo siguiente: “¿deben los fondos mixtos en el momento que vayan a contratar para la adquisición de algún bien o servicio, adelantar un proceso de selección, tal como lo estipula el estatuto de contratación estatal?”.

# Consideraciones

Para responder las preguntas formuladas, se harán unas consideraciones en relación con:

i) los fondos mixtos de promoción de la cultura y de las artes y ii) la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

# Los fondos mixtos de promoción de la cultura y de las artes

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 consejos 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, fomente 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”.

El artículo 63 de la Ley 397 de 1997 fue sometido a control de constitucionalidad, y la Corte Constitucional, en la sentencia C-671 de 1999, con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, lo declaró exequible por resultar ajustado a la Constitución Política, ya que consideró que el legislador podía 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[[2]](#footnote-2) también los diferenció de los fondos cuenta creados por el legislador como un mecanismo de arbitrio 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.”

.

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, 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 – FMCU 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 con personería jurídica descentralizadas[[3]](#footnote-3), sin ánimo de lucro, cuya composición está conformada por aportes privados y públicos y cuyo objeto esta 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.

Respecto de la naturaleza jurídica de este tipo de entidades, la Corte Constitucional 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.”

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.

# 2.2. De la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública es la norma de derecho público que rige las etapas precontractual, contractual y postcontractual de los negocios jurídicos celebrados por las entidades estatales, expedido al amparo del inciso final del artículo 150 de la Constitución Política, y hoy contenido en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y demás normas legales y reglamentarias pertinentes.

Ahora bien, el contrato estatal se define genéricamente como todo acto jurídico generador de obligaciones[[4]](#footnote-4) celebrado por una de las entidades estatales descritas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, cuya actividad contractual se sujeta, íntegramente, al ámbito de cobertura de a los principios, deberes, derechos, procedimientos y reglas consagrados en el Estatuto General de la Contratación Estatal.

Si bien el artículo 2 de la Ley 80 de 1993[[5]](#footnote-5), al definir las entidades estatales cuya contratación se regiría por el estatuto general, persiguió abarcar de forma omnicomprensiva la totalidad o, por lo menos, la mayoría de los organismos que conforman la estructura del Estado, lo cierto es que dicha regla general tiene excepciones creadas por la ley que han permitido que ciertas entidades queden excluidas de su aplicación, para que en su lugar, contraten al amparo de normas de derecho privado.

Una de estas excepciones al régimen general de contratación estatal quedó establecida en el artículo 63 de la Ley 397 de 1997 para los fondos mixtos de promoción para la cultura y las artes, norma que permitió que el régimen jurídico de sus contratos fuera el derecho privado. De todas maneras, la exclusión de que gozan los referidos fondos mixtos frente al régimen jurídico contractual general de las entidades estatales no ha sido absoluta, toda vez que administran recursos públicos. Además, de tiempo atrás en el ordenamiento jurídico se reconoció que las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación debían respetar los principios de la función administrativa[[6]](#footnote-6), tesis que luego acogió el legislador con la expedición de la Ley 1150 de 2007. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

“siempre que esté de por medio la contratación estatal, con independencia de la normativa de prevalente aplicación al contrato, los servidores públicos responsables deben observar los principios de la Función Administrativa que establecen los artículos 209 y 210 de la Constitución Política , por lo tanto, el funcionario público no está en libertad de conceder y definir libremente el contrato, aunque se aplique el derecho privado, pues debe desarrollar en su actuar, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone. Esta la razón por la cual el funcionario público tiene el deber de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en todas las etapas de la realización del contrato estatal, tanto antes de su celebración, en el momento de definir las necesidades y condiciones de la contratación y de elegir su contratista, así como en la ejecución y liquidación del contrato y éstos principios –se reitera- se deben aplicar y respetar aun cuando el contrato se rija por el derecho privado.”[[7]](#footnote-7)

El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 positivizó el precepto según el cual “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”.

En razón a lo anterior, las entidades excluidas de la Ley 80 de 1993 tienen régimen contractual que vincula dos ordenamientos: el privado que es preponderante y el público que es el supletorio, pero no menos importante, porque irradia aspectos esenciales de la actividad contractual de estas entidades. Doctrinaria[[8]](#footnote-8) y jurisprudencialmente[[9]](#footnote-9) se han identificado algunos ejemplos de la aplicación de uno y otro régimen en la contratación de estas entidades, tal y como se sintetiza a continuación:

|  |  |
| --- | --- |
| Derecho privado | Derecho público |
| 1. La selección del contratista: no se requiere acudir a los procedimientos de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 | 1. Principios de la función administrativa y la gestión fiscal: tienen influencia en todas las etapas del proceso de contratación |
| 2. Requisitos de existencia del contrato: no se acude a la solemnidad del contrato estatal prevista en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993. | 2. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades: restringen la capacidad legal de contratar, aun cuando el contrato sea de derecho privado. |
| 3. Los requisitos de validez del contrato: se rige por lo dispuesto en las leyes civiles y comerciales. | 3. Cláusulas exorbitantes: cuando están autorizadas por la ley, su utilización se rigepor la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones. |
| 4. Procedimientos: no están sometidos a solemnidades, aprobaciones o autorizaciones especiales. |  |
| 5. Cláusulas contractuales: por regla general caben todas las posibles según leyes civiles y comerciales. Por regla general no se aceptan cláusulas excepcionales, salvo norma expresa. |  |
| 6. Ejecución del contrato: no requiere formalidades distintas a las pactadas porlas partes. |  |
| 7. Terminación, ampliación y liquidación del contrato: No se rigen por lasdisposiciones de la Ley 80 de 1993. |  |

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 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[[10]](#footnote-10).

De lo anterior se colige, entonces, que en la actualidad 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.

Resulta útil acudir a sus estatutos o los reglamentos internos o manuales de contratación, pues éstos comportan el instrumento idóneo para edificar la simbiosis existente entre las normas de derecho privado y público que gobiernan la contratación, y una vez proferido, adquiere un carácter vinculante[[11]](#footnote-11) y permite la aplicación práctica de los principios aludidos en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha considerado lo siguiente:

“el régimen contractual de estas entidades queda sujeto a una combinación muy incierta, pero efectiva: al derecho privado, a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal y al reglamento interno de contratación, que en el fondo pondera parte de los dos regímenes anteriores.

De conformidad con esta conclusión, una vez reglamentada parte de la libertad contractual, por exigencia de la ley, se abandona y se convierte en regla, y en adelante vincula con la fuerza propia del reglamento. De allí que la entidad excluida pierde libertad y se sujeta a su reglamento. Claro está que en lo no previsto allí se conserva la remisión pura al derecho privado y a la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal”[[12]](#footnote-12).

En consonancia, Colombia Compra Eficiente recomienda que las entidades estatales sometidas a regímenes especiales de contratación incluyan en sus manuales de contratación “una descripción detallada de los procedimientos para seleccionar a los contratistas, los plazos, los criterios de evaluación, criterios de desempate, contenido de las propuestas, los procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005 y los demás aspectos que garanticen el cumplimiento de los principios y objetivos del sistema de compras y contratación pública en todas las etapas del Proceso de Contratación, con base en su autonomía”[[13]](#footnote-13).

# Respuesta

De conformidad con las consideraciones expuestas, los fondos mixtos para la promoción de la cultura y las artes, por regla general, no tienen el deber de adelantar procedimientos de selección de oferentes en los términos dispuestos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dado que estos procedimientos precontractuales son propios del régimen de los contratos estatales sometidos a la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, regulación que no le es aplicable a los contratos regidos por el derecho privado. Lo anterior sin perjuicio de las reglas propias que hayan sido estipuladas en los estatutos o en el reglamento interno o manual de contratación de los fondos mixtos, caso en el cual deberán atenderse.

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

Atentamente,



Proyectó: Sara Milena Núñez Aldana

1. Artículo 57 de la Ley 397 de 1997. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia C-617 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-2)
3. “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-3)
4. Artículo 32 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-4)
5. “Artículo 2°. 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.

“b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Definición legal que hoy puede encontrarse en el artículo 3 del CPACA. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de febrero de 2013, C.P: Mauricio Fajardo Gómez, rad. No. 2000-01561-01(25.590). [↑](#footnote-ref-7)
8. BENAVIDES, José L. y SANTOFIMIO Jaime O, comps. Contrato estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007. Universidad Externado de Colombia, 2009, p.410 - 418. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2011, C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad. No. 37.423. [↑](#footnote-ref-9)
10. 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-10)
11. Sobre el carácter vinculante de los manuales de contratación de entidades regidas por el derecho privado ver: Consejo de Estado, Sección 3ª, sentencia de 10 de febrero de 2016, M.P. Marta Nubia Velázquez Rubio, rad. 2003-00959 (38.696). [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sección 3ª, sentencia de 24 de octubre de 2016, M.P. Marta Nubia Velázquez Rico Rad. 2007-00104-01(45.607) [↑](#footnote-ref-12)
13. Colombia Compra Eficiente. ‘Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación’. Disponible en: [https://www](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_expedicion_manual_contratacio).colom[biaco](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_expedicion_manual_contratacio)m[pra.go](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_expedicion_manual_contratacio)v[.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_expedicion\_manual\_contratacio](http://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_expedicion_manual_contratacio) n.pdf [↑](#footnote-ref-13)