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

El artículo 63 de la Ley 397 de 1997 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.

[…]

De las normas citadas se desprende que los fondos mixtos de promoción de la cultura y las artes tienen un objeto que está dirigido a servir de mecanismo de financiamiento para canalizar recursos orientados a la promoción, creación, investigación y difusión de las diversas manifestaciones artísticas y culturales en las respectivas regiones donde se desarrollen. […]

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; hacen parte de la estructura de la Administración, como entidades descentralizadas indirectas del orden territorial ―art. 96 Ley 489 de 1998―; desarrollan actividades de interés público; tienen en su conformación aportes públicos y pueden ejecutar recursos de igual naturaleza en desarrollo de su objeto, razón por la cual están sometidas al control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República.

**FONDOS MIXTOS DE LA CULTURA Y LAS ARTES – Régimen de contratación**

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. […] 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, de manera 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.

**CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Definición – Criterio orgánico**

[…] 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 aquella contratación entre entidades estatales. De esta manera, los convenios o contratos interadministrativos, nominados así en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico o subjetivo, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

**FONDOS MIXTOS DE LA CULTURA Y LAS ARTES – Celebración de convenios interadministrativos**

[…] Así pues, conforme a lo expuesto en el acápite anterior, los fondos mixtos al ser entidades descentralizadas indirectas tienen la calidad de entidades públicas, independientemente del porcentaje de participación pública que involucren, razón por la cual tienen la posibilidad de suscribir convenios y contratos interadministrativos con otras entidades públicas sin importar su régimen de contratación.

Bogotá D.C., 06 de Septiembre de 2024

Señora:

**Nathalie Arenas Flórez**

narenasflorez@gmail.com

****Quimbaya - Quindio

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C- 384 de 2024** |
| **Temas:**  | * FONDOS MIXTOS PARA LA PROMOCIÓN DE LA CULTURA Y LAS ARTES – Naturaleza jurídica / FONDOS MIXTOS PARA LA PROMOCIÓN DE LA CULTURA Y LAS ARTES – Régimen de contratación / CONVENIOS Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS – Régimen jurídico – Noción / CONVENIOS Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS – Conceptos / DECRETO 092 de 2017 – Naturaleza.
 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240724007608 |

Estimada señora Arenas:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 24 de julio de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

*“Es viable contratar de manera directa bajo la modalidad CONVENIO*

*INTERADMINISTRATIVO, para el desarrollo de actividades artísticas, culturales y deportivas con un fondo mixto SIN ANIMO DE LUCRO, cuya participación mayoritaria es pública. Si la respuesta anterior es negativa, debería adelantarse la contratación bajo el Decreto 092 de 2017”.*

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Cuál es la modalidad de selección para contratar actividades artísticas, culturales y deportivas, entre una entidad estatal y un Fondo Mixto Sin Ánimo de Lucro, con participación mayoritariamente pública?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| Es importante destacar que existen cinco modalidades de contratación, las cuales se enumeran a continuación:1. Licitación pública.
2. Selección abreviada.
3. Concurso de méritos.
4. Contratación directa.
5. Mínima cuantía.

Es así como la elección de la modalidad de selección depende de los documentos de estudios previos, los cuales detallan la necesidad y la forma de satisfacerla.En cualquier caso, cuando se celebre un convenio entre dos entidades estatales, este se denominará Convenio Interadministrativo. Este tipo de acuerdo implica la manifestación de la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público, con el objetivo de cumplir, en el marco de sus competencias y objetivos misionales, con los fines del Estado. Tal denominación responde a un criterio orgánico, que refleja la colaboración institucional en el cumplimiento de las funciones estatales.Por otro lado, en relación con la aplicación del Decreto 092 de 2017, es importante aclarar que dicho convenio no es aplicable para el caso de dos entidades estatales, puesto que las (ESALES), están enfocadas a Entidades con participación mayoritariamente de Derecho Privado. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

**3.1 Naturaleza jurídica de los fondos mixtos para los fondos mixtos de la cultura y de las artes:**

Respecto de la naturaleza jurídica de los fondos mixtos para la promoción de la cultura y de las artes, y los convenios o contratos interadministrativos y su regulación, la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– se pronunció en las consultas con radicados 4201913000007595 del 7 de noviembre de 2019, 4202012000000237, C-055 del 15 de enero de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020 y C–101 del 13 de marzo de 2020. Igualmente, en los conceptos con radicados No. 4201913000006540 del 21 de octubre de 2019, C-023 del 13 de febrero de 2020, C-032 del 19 de febrero de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-575 del 27 de agosto de 2020, entre otros, se pronunció respecto de la naturaleza jurídica y características de los contratos y convenios interadministrativos.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de que las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales puedan celebrar convenios y contratos interadministrativos, esta Agencia emitió el concepto con radicado 4201912000007676 del 20 de diciembre de 2019 y el concepto C-116 de 30 de marzo de 2021, este último para precisar el alcance del artículo 10 de la Ley 1150 de 2007. En lo pertinente, se reiterarán las consideraciones de dichos conceptos.

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, fomentos y estímulos a la cultura y acerca de 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-2).

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 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 Ley 397 de 1997 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-3), lo encontró ajustado a la Constitución Política, por 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. Al respecto, el Alto Tribunal 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-4).

Debe señalarse que 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 tienen un objeto que está dirigido a servir de mecanismo de financiamiento para canalizar recursos orientados a la promoción, creación, investigación y difusión de las diversas manifestaciones artísticas y culturales en las respectivas regiones donde se desarrollen.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-230 de 1995, 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. En relación con ese punto, esa Corporación 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 le entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos[[4]](#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; hacen parte de la estructura de la Administración, como entidades descentralizadas indirectas[[5]](#footnote-6) del orden territorial ―art. 96 Ley 489 de 1998―; desarrollan actividades de interés público; tienen en su conformación aportes públicos y pueden ejecutar recursos de igual naturaleza en desarrollo de su objeto, razón por la cual 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[[6]](#footnote-7), de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007[[7]](#footnote-8).

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la imbricación 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 a los principios constitucionales. 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[[8]](#footnote-9).

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, de manera 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.

**3.****2. Los convenios o contratos interadministrativos y su regulación**

 Los convenios o contratos interadministrativos son figuras contractuales mencionadas en la Ley 80 de 1993, aunque esta no las definió ni las desarrolló. En sus disposiciones originales utilizó aisladamente la expresión “interadministrativos” para indicar que la modalidad de selección para celebrar los convenios o contratos de esa denominación es la de contratación directa –en el artículo 24, núm. 1, literal c–; los eximió de la constitución de las garantías para cubrir los riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones surgidas de los mismos –artículo 25, núm. 19, subrogado por el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007– y prohibió en ellos, la utilización de las cláusulas excepcionales al derecho común –en el artículo 14, numeral 2, parágrafo[[9]](#footnote-10)–. Sin embargo, se reitera, en ninguna de sus disposiciones, definió los contratos y los convenios interadministrativos.

Sin perjuicio de lo anterior, 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 aquella contratación entre entidades estatales[[10]](#footnote-11). De esta manera, los convenios o contratos interadministrativos, nominados así en la Ley 80 de 1993 están determinados por un criterio orgánico o subjetivo, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Ahora bien, el hecho de que estos negocios jurídicos estén previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública 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 exceptuada de esta y con régimen especial de contratación y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo, conforme se establece en el literal c), numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 –modificada por los artículos 92 y 95 de la Ley 1474 de 2011–:

**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 contratos interadministrativos no solo dispone reglas de selección, sino que también establece la forma para determinar el régimen aplicable a la ejecución de los pactos celebrados bajo esta modalidad contractual.

 En efecto, la regla contenida en el numeral 4 –literal c., inciso tercero– indica que 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 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. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado, a propósito de las reglas para los contratos interadministrativos, lo siguiente[[11]](#footnote-12):

“a. **Los contratos interadministrativos, en todos los casos** (contratación directa y aún en los eventos en que se ordene que sean el resultado de una licitación pública o selección abreviada), deben tener relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos, los cuales, naturalmente, están sometidos a la ley (literal c, numeral 4, inciso primero del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007). Esta exigencia significa que la entidad estatal ejecutora (contratista) posee la capacidad jurídica y financiera, el soporte técnico y operativo y la experiencia acreditada para ejecutar ella misma el objeto contractual, por lo que todo tipo de “intermediación” en la materia se encuentra proscrito por la ley; además, se trata de un requisito general para poderse obligar válidamente (artículo 1502 C.C).

“ b. **La suscripción de contratos interadministrativos** “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”, debe estar precedida de licitación pública o selección abreviada; es decir, se introdujo la prohibición para suscribir por contratación directa contratos interadministrativos de determinados objetos, de manera que para celebrar los citados contratos las entidades mencionadas deberán participar en condiciones de igualdad en cualquiera de los procesos de selección que impliquen convocatoria pública y solamente en los demás casos, podrá acudirse a la modalidad de contratación directa (literal c, inciso 2, ibídem).

[…]

“ c. **La ejecución de los contratos interadministrativos** quedó sometida, por regla general, al Estatuto General de Contratación Pública, salvo los casos en que la entidad ejecutora actúa en régimen de competencia con el sector privado o cuando el contrato tenga relación directa con su actividad (modificación introducida por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011 al inciso 2º literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007); dicho de otro modo, solamente si se da esa relación inmediata entre el objeto del contrato y la actividad propia de la entidad ejecutora, tal como debe ser, la ejecución del respectivo contrato interadministrativo podrá hacerse bajo las reglas de derecho diferentes a la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen o adicionen.

“ d. **En cuanto a la subcontratación** se imponen restricciones. En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora debiera 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.

“ e. Quedaron **exceptuados** de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales.

Como puede apreciarse, la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades estatales pueden celebrar directamente contratos o convenios interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora. Se exceptúa de la anterior regla ciertas tipologías contractuales –obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública–, cuando las ejecutoras de estos sean las entidades estatales allí previstas –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–, caso en el cual deben contratarse mediante procesos competitivos –licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos o mínima cuantía–. Nótese que en este evento la ley no restringió su denominación de contrato interadministrativo, sino que exceptuó ese tipo de contratos a celebrar con tales entidades del procedimiento de contratación directa del contratista. La calidad de interadministrativo de un contrato o convenio no está determinada entonces por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo.

Las anteriores consideraciones permiten inferir 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.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia C–671 de 2015, manifestó: “Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública”.

Así pues, conforme a lo expuesto en el acápite anterior, los fondos mixtos al ser entidades descentralizadas indirectas tienen la calidad de entidades públicas, independientemente del porcentaje de participación pública que involucren, razón por la cual tienen la posibilidad de suscribir convenios y contratos interadministrativos con otras entidades públicas sin importar su régimen de contratación.

Finalmente, es del caso señalar 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 una excepción a la regla anterior, por cuanto prescribe 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”. En este sentido, esta Agencia se remite a las consideraciones que en relación con la legalidad y aplicación de dicho artículo realizó en los Conceptos C-086 y C-101 de 16 de marzo de 2020, las cuales no se desarrollan por desbordar el objeto de la consulta.

**3.3 Decreto 092 de 2017:**

 Ahora, para el caso del tema relacionado con el Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. Para estos efectos regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

* Los *contratos del artículo 355 de la Constitución Política* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista.
* De otro lado, los *convenios de asociación* “[…] tienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”[[12]](#footnote-13). En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. El convenio de asociación no es conmutativo y, por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes[[13]](#footnote-14).
* La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio[[14]](#footnote-15). Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir.
* Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación “[…] 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”, las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, las ESAL, aporte al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben *“[…] asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Cuando la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse”.*
* De conformidad con lo anterior, el citado artículo 355 establece el régimen de la contratación con ESALES, el cual –además de extenderse a los *convenios de asociación* en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998– se desarrolló a través del Decreto 092 de 2017. Esta contratación, si bien está regulada, principalmente, por dicho decreto autónomo, también está sometida a las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, según reconoce el artículo 6 del decreto[[15]](#footnote-16), así como a los principios de la contratación estatal y las normas presupuestales, según indica el artículo 7[[16]](#footnote-17).
* A su vez, el artículo de esta normativa integra las disposiciones generales del sistema de compra pública, en lo no regulado por el Decreto 092 de 2017[[17]](#footnote-18). Estas normas integran las lagunas o vacíos normativos del reglamento autónomo, y se aplican a todo lo que no esté expresamente regulado en él. Por ello no es posible aplicar ninguna de las disposiciones anteriormente citadas en temas como la competencia para celebrar los *contratos del artículo 355 de la Constitución* y la indelegabilidad de la autorización –art. 2–, la idoneidad de las ESAL –art. 3–, su registro en el SECOP –art. 9– y la inaplicación del registro único de proponentes –art.

Ahora bien, la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, en atención a lo establecido en el Decreto 092 de 2017, expidió la Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad[[18]](#footnote-19), en la cual se incluyeron definiciones y se establecieron pautas y criterios para definir las características que deben acreditar las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con Entidades Estatales, para lo cual y de manera específica estableció en el numeral IV Determinación de la reconocida idoneidad de la ESAL, una serie de criterios para determinar este componente dentro de los procesos que se adelanten por parte de las entidades públicas, entendida esta como aquella cualidad de ser adecuado o apropiado para cumplir un fin y que debe ser reconocida; aquellos criterios son: A. Correspondencia del objeto de la entidad privada sin ánimo de lucro y el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo; B. Capacidad del personal de la entidad privada sin ánimo de lucro; C. Experiencia; D. Estructura organizacional; E. Indicadores de la eficiencia de la organización y F. Reputación.

1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 80 de 1993, Articulo 6 y 7
* Ley 489 de 1995, artículo 95
* Sentencia C – 230 de 1995
* Ley 397 de 1997, articulo 63
* Sentencia C- 617 de 2012
* Decreto 1082 de 2015 Artículo 2.2.1.2.1.4.4
* Ley 1150 de 2007 Artículo 2, numeral 4, literal c
* 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.
* Sentencia C-671 de 2015
* Constitución Política de Colombia, artículo 355. Disponible en:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/constitucion-politica-de-colombia/>* Artículo 2, 4, 5 y 8 del Decreto 092 de 2017. <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/decreto-092-de-2017/>
 |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó el régimen de jurídico de los convenios y/o contratos interadministrativos, el Decreto 092 de 2017, entre otros, en los conceptos conceptos con radicado 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-070 04 de marzo de 2020, C-094 del 04 de marzo de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-014 del 24 de marzo de 2020, C-215 de 31 de marzo de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-416 del 30 junio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021, C-379 del 26 de julio de 2021, C-548 del 05 de octubre de 2021, C-092 del 09 de marzo de 2022, C-106 del 30 de marzo de 2022, C-274 del 05 de mayo de 2022, C-045 del 25 de abril de 2024 y C-115 del 16 de julio de 2024. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Gloria Ximena Moreno GuioContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Cárdenas CabezaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contratual ANCP – CCE |

1. Artículo 57 de la Ley 397 de 1997. [↑](#footnote-ref-2)
2. Sentencia C-671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-3)
3. Corte Constitucional. Sentencia C-617 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-4)
4. Corte Constitucional. Sentencia C-230 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. [↑](#footnote-ref-5)
5. 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 Servicio Civil. Concepto del 16 de febrero de 2016, rad. 2015-00110-00(2259). C.P. Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-6)
6. Definición legal que hoy puede encontrarse en el artículo 3 del CPACA. [↑](#footnote-ref-7)
7. “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-8)
8. 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-9)
9. “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-10)
10. “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-11)
11. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 26 de julio de 2016. Radicado 11001-03-06-000-2015-00102-00 (2257). Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-12)
12. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-13)
13. Sobre la naturaleza de los convenios de asociación, se reitera lo expuesto en el concepto del 19 de noviembre de 2019, con radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-14)
14. El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente explica que: “El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación”. [↑](#footnote-ref-15)
15. “Artículo 6°. Prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades. Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto”. [↑](#footnote-ref-16)
16. “Artículo 7º.Aplicación de los principios de la contratación estatal. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de que trata el presente decreto deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP). Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y ésta publicar en el SECOP, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos”.

 [↑](#footnote-ref-17)
17. “Artículo 8º. Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto”. [↑](#footnote-ref-18)
18. Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf> [↑](#footnote-ref-19)