

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS – Noción

Con relación a la distinción entre entidades descentralizadas directas e indirectas, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha manifestado que: "Son entidades descentralizadas directas aquellas cuya creación es obra de la ley, la ordenanza o el acuerdo; en tanto que las descentralizadas indirectas son las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal"¹. En el mismo sentido, la doctrina nacional ha señalado que, entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado es el nombre que se ha dado en las personas jurídicas que nacen no de la ley, sino de la voluntad asociativa de los entes públicos.

ESTATUTO GENERAL CONTRATACIÓN – Aplicación – Entidades Descentralizadas Indirectas con participación pública minoritaria

En cuanto a las entidades descentralizadas indirectas debe señalarse que, en virtud de la referencia genérica realizada a la misma por el literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, es posible afirmar que son definidas como entidades estatales, por lo que se encuentran sometidas al EGCAP. Sin embargo, conforme se desprende del texto del señalado literal, la calidad de entidad estatal en los términos del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, solo aplica a las entidades descentralizadas indirectas en las que el estado tenga una participación mayoritaria. En ese sentido, las entidades descentralizadas indirectas en las que el Estado tenga una participación minoritaria no se encuadran dentro de las entidades estatales sometidas al EGCAP de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, por lo que su contratación no está regida por dicho cuerpo normativo.

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto 1291 de 2000.
Departamento Nacional de Planeación - DNP
Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

Bogotá D.C., 05 Junio 2024



Señor

consultafondosmixtos@gmail.com

Concepto C – 081 de 2024

Temas: ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS – Noción / ESTATUTO GENERAL CONTRATACIÓN – Aplicación – Entidades Descentralizadas Indirectas con participación pública minoritaria.

Radicación: Respuesta a consulta con radicado No. P20240423004168

Respetado señor

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, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 23 de abril de 2024.

1. Problema planteado

Usted formula la siguiente consulta, sobre los Fondos Mixtos, entre otros temas de la siguiente manera:

“a. ¿Para definir el régimen de contratación de los fondos mixtos, se tiene en cuenta el porcentaje de participación del Estado según lo previsto en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, o son una excepción al régimen de contratación pública? Es decir, si en un fondo mixto existe una participación mayoritaria, superior al 50% por parte de la entidad pública, ¿su régimen de contratación se regirá por la Ley 80 de 1993, o podrá constituir su propio



manual interno de contratación acatando únicamente los principios de la contratación Pública?

b. ¿Qué régimen de contratación (Estatuto General de la Contratación Pública o derecho privado) aplica a los fondos mixtos con objeto diferente a promoción de arte y cultura, creados con fundamento en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998?

c. ¿En caso de aplicar a los fondos mixtos un régimen contractual regido por el derecho privado, cuál es el fundamento legal para ello?

d. En la actualidad, diferentes Fondos Mixtos constituidos por Departamentos y/o Municipios de Colombia en donde tiene porcentaje mayoritario las entidades estatales, han estipulado en sus estatutos que su régimen de contratación será de derecho privado y han creado su propio Manual Interno de Contratación ¿Dicho actuar es legal o existe una vulneración al artículo 2 de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes? [...]"

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes 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 de la contratación estatal.

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 pública². Esta competencia de interpretación de normas generales,

² La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones



por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

En atención a lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual de esta Agencia, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, luego de analizar el régimen jurídico de los fondos mixtos y la contratación de las entidades descentralizadas indirectas.

Para responder a las preguntas planteadas se estudiará: i) Aplicación del Estatuto General Contratación de la Administración Pública a entidades descentralizadas indirectas.

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 refirió al régimen de contratación de las entidades descentralizadas indirectas en el concepto C-486 del 13 de septiembre de 2021 y C-562 del 07 de septiembre de 2022 . Las tesis desarrolladas en dichos conceptos se reiteran y complementan a continuación.

2.1. Aplicación del Estatuto General Contratación de la Administración Pública a entidades descentralizadas indirectas

El ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública-EGCAP- se encuentra en gran medida determinado por lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993; dicha norma, consta de tres numerales a través de los cuales se encarga de establecer lo que se entiende por entidades estatales,

de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.



servidores públicos y servicios, en el contexto del referido cuerpo normativo. Al respecto, resulta particularmente relevante lo dispuesto en el literal a) del numeral 1, el cual reza lo siguiente:

[...] 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 [...]* [Énfasis fuera de texto]

Conforme se aprecia, esta norma hace alusión a una serie de personas jurídicas públicas ubicadas en distintos órdenes y niveles de la Administración Pública, a efectos de predicar respecto a estas la calidad de entidades estatales. Dicha calidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 80 de 1993, en principio, implica que el régimen contractual aplicable a los sujetos referidos en la norma sea el EGCAP³.

De acuerdo con lo anterior, resulta claro que entidades como la Nación, los departamentos, municipios, establecimientos públicos y asociaciones de municipios, obedecen a la noción de entidades estatales establecida por el literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, de lo que se colige que se encuentran regidas por régimen de contratación pública. En principio, lo mismo podría predicarse de entidades como las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación superior al cincuenta por ciento (50%), las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista una participación pública mayoritaria.

³ Ley 80 de 1993: "Artículo 1o. Del objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales".



No obstante, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 80 de 1993, la aplicabilidad del EGCAP a las empresas industriales comerciales del Estado, sociedades de economía mixta y entidades descentralizadas indirectas también está determinada por el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. Dicho precepto exceptúa a las referidas entidades de la aplicación del régimen contractual público en consideración a un criterio relativo al desarrollo de actividades comerciales en competencia con el sector privado o en mercados regulados. El texto de la norma es el siguiente:

“Artículo 14. Modificado por la Ley 1474 de 2011, artículo 93. 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%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se registrarán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.”[Énfasis fuera de texto]

En esta medida, 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%), sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados regulados están sometidas al EGCAP y las normas que lo complementan. En contraste, el régimen contractual de los mencionados tipos de entidades cuando se encuentren en competencia o en mercados regulados es el propio de tales actividades, esto es, por regla general, el derecho privado. De acuerdo con la jurisprudencia, la exclusión de estas últimas del EGCAP se justifica en el principio de igualdad, ya que, si el Estado desarrolla actividades de los particulares, debe actuar no solo



desprovisto de poderes exorbitantes sino también con la misma eficacia y eficiencia que los sujetos de derecho privado.⁴

Es importante anotar que, el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 establece una definición de entidad estatal, la cual abarca no solo a las referidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, sino también a entidades referidas en otras disposiciones. Según esta definición constituyen entidades estatales: “Cada una de las entidades: (a) a las que se refiere el artículo 2º de la Ley 80 de 1993; (b) a las que se refieren los artículos 10, 14 y 24 de la Ley 1150 de 2007 y (c) aquellas entidades que por disposición de la ley deban aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan”. Al tenor de esta definición, no solo constituyen entidades estatales las mencionadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, sino también las mencionadas en los artículos 10⁵, 14 y 24⁶ de la Ley 1150 de 2007.

En cuanto a las entidades descentralizadas indirectas debe señalarse que, en virtud de la referencia genérica realizada a la misma por el literal a) del numeral

⁴ Al respecto, se ha pronunciado el Alto Tribunal de lo contencioso administrativo señalando que: «La razón de ser de la aplicación del régimen de derecho privado a estas entidades radica en la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores.

“Se trata pues, de que sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado.

“Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes”. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2004. Exp. 12.342. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵ “Artículo 10. Tratamiento para las cooperativas y asociaciones de entidades territoriales. Las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales y en general con entes solidarios, se someterá a los procesos de selección de que trata la presente ley, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares”.

⁶ “Artículo 24. Del régimen contractual de las Corporaciones Autónomas Regionales. La contratación de las Corporaciones Autónomas Regionales incluida la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, se someterá al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”.



1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, es posible afirmar que son definidas como entidades estatales, por lo que se encuentran sometidas al EGCAP. Sin embargo, conforme se desprende del texto del señalado literal, la calidad de entidad estatal en los términos del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, solo aplica a las entidades descentralizadas indirectas en las que el estado tenga una participación mayoritaria. En ese sentido, las entidades descentralizadas indirectas en las que el Estado tenga una participación minoritaria no se encuadran dentro de las entidades estatales sometidas al EGCAP de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, por lo que su contratación no está regida por dicho cuerpo normativo.

En todo caso, debe destacarse que, aunque el literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 se refiera de manera expresa a las entidades descentralizadas indirectas, dicha categoría es aplicable a personas jurídicas de distinta naturaleza y régimen jurídico, creadas con la anuencia de entidades públicas. Contrario a lo que sucede con las entidades descentralizadas directas o de primer grado, las cuales son creadas por la ley, las entidades descentralizadas indirectas surgen como producto de la voluntad asociativa de entidades estatales, conocidas como entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado.

Con relación a la distinción entre entidades descentralizadas directas e indirectas, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha manifestado que: "Son entidades descentralizadas directas aquellas cuya creación es obra de la ley, la ordenanza o el acuerdo; en tanto que las descentralizadas indirectas son las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal"⁷. En el mismo sentido, la doctrina nacional ha señalado que, entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado es el nombre que se ha dado en las personas jurídicas que nacen no de la ley, sino de la voluntad asociativa de los entes públicos⁸.

Al respecto, el párrafo del artículo 49 *ibidem* se refiere a las entidades descentralizadas indirectas, las filiales de empresas y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, señalando que su constitución debe realizarse con

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto 1291 de 2000.

⁸ VIDAL PERDOMO, Jaime y MOLINA BETANCUR, Carlos. Derecho Administrativo. Decimoquinta edición. 2019, Legis Editores. pp. 168-169.



sujeción a lo dispuesto en la Ley 489 de 1998, con la autorización del gobierno nacional, de tratarse de entidades de ese orden, o del gobernador o alcalde, tratándose de entidades del orden departamental o municipal.

La Ley 489 de 1998 en su artículo 94 regula la creación de sociedades como producto de la asociación entre empresas industriales y comerciales del Estado, así como entre estas y otras empresas de la misma naturaleza, otras entidades descentralizadas y/o entidades territoriales, estableciendo en su primer inciso que las sociedades que surjan de estas asociaciones se rigen por lo establecido en sus actos de creación y las disposiciones del Código de Comercio, con excepción de lo expresamente regulado en la disposición en comento.

Lo anterior es concordante con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 94, en el que se indica que: "El funcionamiento y en general el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria". Adicionalmente, el numeral 5, se refiere al régimen especial de las filiales de empresas y comerciales del Estado creadas con participación de particulares, al consagrar que: "Las empresas filiales en las cuales participen particulares se sujetarán a las disposiciones previstas en esta ley para las sociedades de economía mixta".

Por su parte, el artículo 95 establece la posibilidad de crear personas jurídicas sin ánimo de lucro a partir de la asociación exclusiva entre entidades públicas, las cuales estarán sujetas a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las demás normas aplicables a las entidades sin ánimo de lucro. Asimismo, el artículo 96 regula posibilidad de que las entidades públicas se asocien con particulares para dar origen a personas jurídicas sin ánimo de lucro, las cuales de acuerdo con el inciso tercero estarán sujetas a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común. Según se desprende del texto de la norma, la constitución de personas jurídicas entre entidades públicas y personas jurídicas particulares se encuentra limitada al desarrollo de actividades de interés público, que se enmarquen en aquellas propias de la naturaleza de las asociaciones civiles de utilidad común.



La Corte Constitucional en la Sentencia C-230 de 1995, al revisar la constitucionalidad del literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, analizó el régimen aplicable a las asociaciones de carácter mixto sin ánimo de lucro que se constituyeron en vigencia del artículo 6º del Decreto Ley 130 de 1976. Manifestó que era perfectamente viable someter las asociaciones que cuenten con una participación pública mayoritaria a las reglas y principios de la contratación pública. Al respecto, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“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 y 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. Consecuencialmente se determinó en el fragmento normativo acusado que sus representantes y los funcionarios de determinados niveles en quienes se delegue la celebración de contratos tienen el carácter de servidores públicos. Es claro, que supuesto lo primero tenía que establecerse lo segundo, porque de otra manera no se lograría alcanzar el propósito práctico de vincular al régimen de responsabilidades a quienes obraran en nombre de tales fundaciones y corporaciones, lo cual se adecua a lo establecido en los arts. 6 y 123 de la C.P.

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, pues, como ya se dijo la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines del manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante la contratación.
[...]

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

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C- 230 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.



Ahora bien, para efectos de determinar la participación de las entidades del Estado en estas asociaciones mixtas, se hace necesario remitir a lo expresamente dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, el cual señala que en el acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá, entre otros aspectos, los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas, así como la participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad. Bajo esa perspectiva, el legislador diferenció dos (2) elementos importantes para el funcionamiento de estas asociaciones mixtas. Por un lado, los aportes realizados al momento de su constitución, los cuales determinan la participación de los asociados en la creación de la persona jurídica, y con ello la naturaleza y el régimen jurídico de la entidad. Por otro lado, las contribuciones que se realizan para el sostenimiento y funcionamiento de la entidad sin ánimo de lucro.

En ese sentido, para la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, las asociaciones de carácter mixto con participación mayoritaria del Estado que se constituyan en virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, se consideran como entidades estatales, sometidas al EGCAP cuando los aportes realizados al momento de su constitución son superiores al 50%. Lo anterior, sin perjuicio de cualquier modificación posterior que se realice de dichos aportes y que impliquen un cambio en la participación de los socios, fundadores o constituyentes.

En todo caso, debe precisarse que una corporación o fundación mixta con participación minoritaria del Estado adquiere la calidad de entidad pública sujeta al EGCAP, cuando la participación del Estado cambie y se torne mayoritaria, siendo igual o superior al 50%. Esto se fundamenta en el alcance explicado del literal a) numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, al establecer que lo que interesa es determinar la participación mayoritaria del Estado, independiente si fue en su constitución o en un momento posterior. Esto significa que, estas entidades podrán estar sujetas a cambios en su régimen de contratación cuando se produzcan variaciones del aporte estatal, sin importar el tiempo en que se presenten.

De esta manera, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 no puede interpretarse aisladamente con respecto a lo prescrito en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, la cual no hace una distinción de los momentos de los aportes, sino que lo que



importa es la participación mayoritaria del Estado, para efectos de determinar la aplicación del EGCAP. Así pues, las personas jurídicas sin ánimo de lucro creadas de conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, al constituir entidades descentralizadas indirectas, son susceptibles de ser consideradas entidades estatales en los términos del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, y en consecuencia, estar sometidas al EGCAP. No obstante, ello solo aplica respecto de aquellas que cuenten con una participación mayoritaria en cabeza de otras entidades públicas, por lo que las entidades descentralizadas indirectas en los que la participación del Estado es minoritaria, no se encontrarían sujetas al régimen de contratación de la Ley 80 de 1993.

En todo caso debe aclararse que, el hecho de que las entidades descentralizadas indirectas con participación pública minoritaria no sean consideradas entidades estatales a luz del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, no significa que no sean entidades estatales. Esto comoquiera que estas asociaciones son una expresión de la descentralización administrativa, por cuanto hacen parte de las demás entidades de naturaleza especial creadas o autorizadas por la ley, las cuales se encuentran previstas en los artículos 38, literal g)¹⁰ y 68 de la Ley 489 de 1998¹¹, como parte de sector descentralizado por servicios. Esto significa

¹⁰ "Artículo 38.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

[...]

"2. Del Sector descentralizado por servicios:

[...]

"g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. [...]"

¹¹ "Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

"Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos. "Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

"Parágrafo 1o. De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.



que, estén o no sometidas al EGCAP, nada obsta para que, en virtud de esa participación pública minoritaria, entidades descentralizadas indirectas puedan ser consideradas en sentido amplio como entidades estatales, considerando que el propio ordenamiento jurídico las ubica dentro de la estructura de la Administración Pública.

3. Respuesta

"a. ¿Para definir el régimen de contratación de los fondos mixtos, se tiene en cuenta el porcentaje de participación del Estado según lo previsto en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, o son una excepción al régimen de contratación pública? Es decir, si en un fondo mixto existe una participación mayoritaria, superior al 50% por parte de la entidad pública, ¿su régimen de contratación se regirá por la Ley 80 de 1993, o podrá constituir su propio manual interno de contratación acatando únicamente los principios de la contratación Pública?

En virtud de lo establecido en el literal a) del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, se encuentra que es determinante el porcentaje de participación del Estado para la definición del régimen de contratación, en particular para las las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista una participación pública mayoritaria, como los Fondos Mixtos creados de conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, al constituirse como entidades descentralizadas indirectas, son susceptibles de ser consideradas entidades estatales en los términos del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, y en consecuencia, estar sometidas al EGCAP. No obstante, ello solo aplica respecto de aquellas que cuenten con una participación mayoritaria en cabeza de otras entidades públicas, por lo que las entidades descentralizadas indirectas en los que la participación del Estado es minoritaria, no se encontrarían sujetas al régimen de contratación de la Ley 80 de 1993.

b. ¿Qué régimen de contratación (Estatuto General de la Contratación Pública o derecho privado) aplica a los fondos mixtos con objeto diferente a promoción de arte y cultura, creados con fundamento en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998?

"Parágrafo 2o. Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional.

"Parágrafo 3o. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993".



c. ¿En caso de aplicar a los fondos mixtos un régimen contractual regido por el derecho privado, cuál es el fundamento legal para ello?

Para la determinación del régimen de contratación para los Fondos Mixtos creados de conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, al constituirse como entidades descentralizadas indirectas, son susceptibles de ser consideradas entidades estatales en los términos del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, y en consecuencia, estar sometidas al EGCAP. No obstante, ello solo aplica respecto de aquellas que cuenten con una participación mayoritaria en cabeza de otras entidades públicas, por lo que las entidades descentralizadas indirectas en las que la participación del Estado es minoritaria, no se encontrarían sujetas al régimen de contratación de la Ley 80 de 1993 y podrían establecer en sus manuales de contratación reglas a la luz del derecho privado.

d. En la actualidad, diferentes Fondos Mixtos constituidos por Departamentos y/o Municipios de Colombia en donde tiene porcentaje mayoritario las entidades estatales, han estipulado en sus estatutos que su régimen de contratación será de derecho privado y han creado su propio Manual Interno de Contratación ¿Dicho actuar es legal o existe una vulneración al artículo 2 de la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes?

Como se indicó los Fondos Mixtos creados de conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, al constituirse como entidades descentralizadas indirectas, son susceptibles de ser consideradas entidades estatales en los términos del numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, y en consecuencia, están sometidas al EGCAP al contar con una participación mayoritaria en cabeza de otras entidades públicas, por lo que no podrían apartarse del postulado normativo que las sometería al EGCAP para su actividad contractual.

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,



Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Gustavo Hinestroza Martínez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Juan David Cárdenas Cabeza
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE

