



CONSTITUCIÓN DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES – Actividades propias –Entidades públicas – Participación de personas jurídicas particulares

El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 regula los convenios de asociación y la constitución de asociaciones o fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de personas jurídicas de derecho privado. Esta norma consagra dos instituciones o mecanismos de colaboración en virtud de los cuales las entidades públicas pueden asociarse con personas jurídicas privadas para el cumplimiento de labores de interés público.

Así, el precepto en mención establece que, con independencia de su naturaleza u orden administrativo, las entidades públicas podrán, con la observancia de los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de *i)* convenios de asociación o *ii)* la creación de personas jurídicas, en ambos casos con un objetivo común: el desarrollo de actividades que guarden relación con los cometidos y las funciones que la ley les haya asignado a las entidades públicas asociadas.

CONVENIOS ADMINISTRATIVOS DE ASOCIACION Y CONVENIOS MIXTOS DE ORGANIZACIÓN – Definición – Diferencias – Participación de personas jurídicas particulares

Los *convenios administrativos de asociación* del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 pueden ser temporales, de acuerdo con las actividades que pretendan desarrollarse entre la entidad y los particulares. En contraste, con los *convenios mixtos de organización* se pretende la creación de organismos nuevos, como son las asociaciones y fundaciones de participación mixta, que son un tipo de entidad sin ánimo de lucro. En esta línea, esta segunda institución que se consagra en el artículo 96 corresponde a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se constituyen entre entidades públicas y personas jurídicas particulares, 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».

ASOCIACIONES Y FUNDACIONES DE CARÁCTER MIXTO – Régimen jurídico – Participación mayoritaria del Estado – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

Su naturaleza es de carácter mixto, pues están constituidas por entidades públicas y por particulares; de ahí que el peticionario aluda a ellas como «fondos mixtos». Asimismo, en cuanto a su régimen, las personas jurídicas creadas en virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se rigen, por una parte, por el Código Civil –en lo relativo a su constitución, organización, funcionamiento y procedimiento de transformación– y, por el otro, se encuentran sujetas a las reglas y principios generales de contratación, por encontrarse dentro del ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993. La conexidad que debe existir entre las actividades de la persona jurídica de carácter mixto y las funciones de las entidades estatales que la integran, así como el carácter público de la participación de las entidades públicas, determinan su sujeción, en algunas materias, a las normas propias del derecho público, evitando que este tipo de entes se conviertan en un mecanismo de «simple traslado de recursos públicos a particulares».





ASOCIACIONES Y FUNDACIONES DE CARÁCTER MIXTO – Naturaleza jurídica – Participación mayoritaria del Estado – Aportes

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 dispondrán, 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.





Bogotá D.C., 22 de Diciembre de 2022



Colombia Compra Eficiente
Rad No. RS20221223015197
Anexos: No Con copia: No
Fecha: 22/12/2022 21:54:15



Señor
Alejandro Castro Bernal
Valledupar, Cesar

Concepto C – 911 de 2022

Temas: CONSTITUCIÓN DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES – Actividades propias – Entidades públicas – Participación de personas jurídicas particulares / CONVENIOS ADMINISTRATIVOS DE ASOCIACION Y CONVENIOS MIXTOS DE ORGANIZACIÓN – Definición – Diferencias – Participación de personas jurídicas particulares / ASOCIACIONES Y FUNDACIONES DE CARÁCTER MIXTO – Régimen jurídico – Participación mayoritaria del Estado – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública / ASOCIACIONES Y FUNDACIONES DE CARÁCTER MIXTO – Naturaleza jurídica – Participación mayoritaria del Estado – Aportes.

Radicación: Respuesta a consultas acumuladas P20221124011687 y P20221122011600.

Estimado señor Castro:

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 sus consultas del 22 y 24 de noviembre de 2022.

1. Problemas planteados

Usted realiza la siguiente consulta:

«Muy respetuosamente nos dirigimos a usted con el fin de solicitar información acerca de las requisitos, condiciones y modalidades basadas en normativas vigentes para que un fondo mixto, ejecute:

- Recursos del Sistema General de Regalías SGR bajo la figura de designación de Ejecutor.



DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente

Tel. [601] 7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



- Recursos del SGP o propios de las entidades estatales según proceda o autorice la normatividad y que figuras contractuales proceden para dicha ejecución.

»Sabido que los fondos mixtos contratan con régimen especial y tienen su propio manual de contratación, pueden estos realizar procesos contractuales, convenios o contratos Interadministrativos y también ser nombrados como ejecutores de recursos públicos con recursos del Sistema General de Regalías (SGR), Sistema General de Participaciones (SGP) o cualquier recurso propio de una entidad pública?» (sic).

2. Consideraciones

Para resolver esta consulta se hará un análisis de los siguientes temas: i) implicaciones del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y ii) la naturaleza y régimen de las corporaciones y fundaciones mixtas con participación mayoritaria del Estado (categoría en la que ingresa aquello que el peticionario denomina «fondos mixtos», constituidos con fundamento en el artículo 96 de la Ley 1489 de 1998).

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se pronunció sobre la contratación con entidades sin ánimo de lucro derivadas de la celebración de convenios de asociación entre entidades públicas y particulares, entre otros pronunciamientos, en los conceptos con radicado No. 2201913000009591 del 24 de diciembre de 2019, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-486 del 13 de septiembre de 2021 y C-659 del 10 de octubre de 2022; por lo que se reiteran dichas consideraciones y se complementan en lo pertinente.

Se precisa, en todo caso, que la competencia consultiva de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se circunscribe a la solución de consultas que versen sobre la interpretación *en abstracto* de las normas de la contratación estatal. Por tanto, corresponde a cada entidad pública, en el marco de su competencia, determinar la viabilidad de suscribir un contrato y de comprometer recursos de una determinada naturaleza. Teniendo en cuenta esto, como se indicará a continuación, las personas jurídicas derivadas de la celebración de convenios de asociación entre entidades públicas y particulares, en principio tienen capacidad para celebrar contratos estatales, pero será la entidad contratante quien deberá decidir en el caso concreto cuál será la fuente de los recursos con los que dichos negocios jurídicos pueden suscribirse, pues esto depende, entre otros factores, del objeto del contrato y de lo que prevea la Constitución, la ley o el reglamento para cada supuesto.

2.1. Implicaciones del artículo 96 de la Ley 489 de 1998

El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 regula los convenios de asociación y la constitución de asociaciones o fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades





públicas con participación de personas jurídicas de derecho privado¹. Esta norma consagra dos instituciones o mecanismos de colaboración en virtud de los cuales las entidades públicas pueden asociarse con personas jurídicas privadas para el cumplimiento de labores de interés público.

Así, el precepto en mención establece que, con independencia de su naturaleza u orden administrativo, las entidades públicas podrán, con la observancia de los principios de la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de *i)* convenios de asociación o *ii)* la creación de personas jurídicas, en ambos casos con un objetivo común: el desarrollo de actividades que guarden relación con los cometidos y las funciones que la ley les haya asignado a las entidades públicas asociadas.

En este sentido, la doctrina plantea que en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se establecieron dos tipos de compromisos: *convenios administrativos de asociación* y *convenios mixtos de organización*². Estos dos tipos de convenios son diferentes a lo establecido respecto al ejercicio de funciones administrativas por particulares dispuesto en los artículos 110 a 114 de la Ley 489 de 1998. La distinción radica en que el artículo 96 no implica una transferencia o asignación de funciones a sujetos de derecho privado, toda vez que se asocian de manera temporal o permanente para el cumplimiento de los fines de la función administrativa.

¹ «Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

»Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

»Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

»En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

»a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;

»b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;

»c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;

»d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;

»e) La duración de la asociación y las causales de disolución».

² CHÁVEZ MARÍN, Augusto Ramón. Los convenios de la administración. Entre la gestión pública y la actividad contractual. Bogotá: Temis, 2020. p. 232.





Así mismo, el artículo 96 de la Ley 1998 se diferencia frente a lo regulado en el artículo 95 de la misma Ley, el cual autoriza a las entidades públicas a que se asocien entre sí, con el propósito de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestación de servicios a su cargo, por medio de la suscripción de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro. En cuanto al inciso segundo del artículo 95 de la citada Ley 489 de 1998, la Corte observa que en él se dispone que las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, «se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género»³. De este modo, la distinción con el artículo 96 radica en que en la creación de las personas jurídicas sin ánimo de lucro existe una participación de entidades y particulares para el cumplimiento de actividades administrativas, mientras en el artículo 95 de la misma ley las partícipes son solo las entidades.

Los *convenios administrativos de asociación* del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 pueden ser temporales, de acuerdo con las actividades que pretendan desarrollarse entre la entidad y los particulares. En contraste, con los *convenios mixtos de organización* se pretende la creación de organismos nuevos, como son las asociaciones y fundaciones de participación mixta, que son un tipo de entidad sin ánimo de lucro. En esta línea, esta segunda institución que se consagra en el artículo 96 corresponde a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se constituyen entre entidades públicas y personas jurídicas particulares, 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».

El acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica en los términos señalados en la norma debe contener, como mínimo, los siguientes requisitos: *i)* los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes; *ii)* los compromisos y aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, atendiendo a las disposiciones presupuestales y fiscales aplicables; *iii)* la participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la persona jurídica; *iv)* la integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y particulares y; *v)* la duración de la persona jurídica y las causales para su disolución.

De acuerdo con estos requisitos, la constitución de personas jurídicas entre entidades públicas y personas jurídicas particulares se encuentra circunscrita al desarrollo de actividades de interés público, que se enmarquen en aquellas propias de la naturaleza de las asociaciones civiles de utilidad común. Así mismo, estas deben relacionarse directamente con las funciones que la ley les haya asignado a las entidades públicas asociadas, de manera que esta figura es excepcional y limitada a su carácter esencial sin ánimo de lucro.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.





2.2. Naturaleza y régimen de las asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares

Para entender la naturaleza y régimen de las asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares, el inciso tercero del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone que «Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común».

Su naturaleza es de carácter mixto, pues están constituidas por entidades públicas y por particulares; de ahí que el peticionario aluda a ellas como «fondos mixtos»⁴. Asimismo, en cuanto a su régimen, las personas jurídicas creadas en virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se rigen, por una parte, por el Código Civil –en lo relativo a su constitución, organización, funcionamiento y procedimiento de transformación– y, por el otro, se encuentran sujetas a las reglas y principios generales de contratación, por encontrarse dentro del ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993⁵. La conexidad que debe existir entre las actividades de la persona jurídica de carácter mixto y las funciones de las entidades estatales que la integran, así como el carácter público de la participación de las entidades públicas, determinan su sujeción, en algunas materias, a las normas propias del derecho público, evitando que este tipo de entes se conviertan en un mecanismo de «simple traslado de recursos públicos a particulares»⁶.

Para comprender lo afirmado anteriormente, en especial, la naturaleza, estructura de organización y régimen contractual de las asociaciones y fundaciones de participación mixta, se acude a la jurisprudencia constitucional, la cual ha tratado el tema en varias sentencias. Al respecto, la Sentencia C-949 de 2001 analizó el siguiente problema jurídico: ¿se vulnera el artículo 123 Constitucional cuando se establece que, tratándose de las asociaciones y fundaciones de participación mixta, solo se consideren servidores públicos sus representantes legales y los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes, en

⁴ La consulta que aquí se resuelve fue efectuada por el Subdirector Ejecutivo del «Fondo Mixto para la Promoción de la Infraestructura, el Desarrollo Integral y la Gestión Social “Sierra Nevada”». Según la información publicada en la página web de dicha institución, para el momento de responder la consulta, en cuanto a la «Naturaleza del Fondo», se indica que es una «Entidad jurídica sin ánimo de lucro, de carácter mixto, de segundo orden, descentralizado e indirecta por servicios, regida por la Constitución Política, Artículo 96 de la Ley 489 de 1998, las normas del Código Civil, constituida con aportes públicos y privados» (cursiva fuera de texto). Por tal razón, la Agencia entenderá, de manera contextual, que aquello a lo que el peticionario llama «Fondos mixtos» se refiere a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, derivadas de la asociación entre entidades públicas y particulares –es decir, constituidas por aportes mixtos (públicos y privados)–, con fundamento en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. La información de esta entidad se ha extraído del siguiente portal web: <https://fondosierranevada.com/>.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 5 de febrero de 2015, expediente 76001-2331-000-2008-01176-01. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz.





quienes se delegue la celebración de contratos en representación de estas? En esta decisión, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

La ley permite a las asociaciones y fundaciones de participación mixta, someterse a la Ley 80 de 1993, con la precisión de que los funcionarios autorizados para suscribir contratos en su nombre, tienen la calidad de servidores públicos para esos efectos, pero para adelantar otras actividades ajenas a los procesos contractuales se someten al régimen de los particulares. Significa esto, que dichos funcionarios responden como servidores públicos en materia penal, disciplinaria y fiscal en el evento en que incurran en irregularidades en la gestión contractual.

Las consideraciones que justifican atribuirle la calidad de servidores públicos a estos funcionarios no están relacionadas únicamente con el tema de la responsabilidad, sino también con la capacidad de contratación, en la medida en que si estas asociaciones y fundaciones de participación mixta manejan recursos públicos, su ejecución para los fines de la correspondiente entidad debe hacerse a través de la institución del contrato estatal.

No obstante, es claro que dichos funcionarios no podrían suscribir los respectivos contratos estatales como particulares, porque es bien sabido que una de las características esenciales del contrato estatal consiste en que uno de los extremos de la relación contractual esté representado por el Estado, y en nombre de él sólo pueden actuar personas que tienen la calidad de servidores públicos.

Por lo tanto, es razonable que tratándose de las asociaciones y fundaciones de participación mixta se le atribuya la calidad de servidor público a los representantes legales y funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas, pues es obvio que en virtud del acto de delegación estas personas comprometen contractualmente la respectiva entidad⁷ (énfasis fuera de texto).

Siguiendo con esta línea, también es necesario tener en cuenta la Sentencia C-671 de 1999, en la que se demandaron apartes de los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998, por la presunta violación de los artículos 150 numeral 7º, 189 numeral 26, 209 210, 38, 71 y 103 de la Carta Política. Además, la Corte Constitucional analizó en esa oportunidad si tales normas quebrantan o no el artículo 355 de la Constitución, por permitir el otorgamiento de auxilios con dineros públicos a entidades privadas. Dentro de lo explicado, se destaca lo expuesto en la revisión de constitucionalidad del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, que si bien tiene un contenido diferente al artículo 96 de la misma ley en algunos aspectos, en ambas se regula la creación de corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro, al tiempo que se establece que se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil. En efecto, la discusión gira en torno a determinar la

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.





naturaleza y el régimen jurídico de este tipo de entidades sin ánimo de lucro. Para dilucidar ese punto de derecho, la Corte Constitucional expresó:

[...] la disposición en estudio sólo podrá considerarse ajustada a las normas superiores cuando la asociación surgida se sujete al mismo régimen que, en consonancia con la naturaleza de las entidades participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de éstas.

Además, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias.

Así las cosas la disposición acusada será declarada exequible bajo la consideración de que las características de persona jurídica sin ánimo de lucro y la sujeción al derecho civil se entienden sin perjuicio de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución, que para el derecho civil y normas complementarias no resultan de aplicación estricta e imperativa⁸.

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-230 de 1995, al revisar la constitucionalidad del literal a) del artículo 2.2 de la Ley 80 de 1993, analizó el régimen aplicable a las asociaciones de carácter mixto sin de 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

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.





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 públicos⁹ (énfasis fuera de texto).

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 dispondrán, 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 esta Subdirección 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 entidades estatales, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 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.

Se precisa también que una corporación o fundación mixta con participación minoritaria del Estado adquiere la calidad de entidad pública sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, cuando la participación del Estado cambie y se torne mayoritaria, siendo igual o superior al 50%. Esta respuesta se fundamenta en el artículo 2.1, literal a), de la Ley 80 de 1993, al establecer que lo que interesa es determinar la participación mayoritaria del

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





Estado, independiente de si fue en su constitución o en un momento posterior. El cambio de régimen de contratación dependerá de una participación mayoritaria del Estado, sin importar el tiempo en que se presenta.

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, el 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 Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por lo anterior, cabe destacar 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 el artículo 68 de la Ley 489 de 1998¹⁰.

A partir de lo expuesto, se colige que estos organismos con participación mayoritaria del Estado tienen la calidad de entidades descentralizadas indirectas y son una forma de la descentralización por servicios. Esto en la medida en que poseen una vinculación con el Estado, participando en el cumplimiento de actividades que involucran la consecución de los fines estatales, hasta el punto de que aquel –al asociarse con particulares– entrega bienes o recursos públicos a título de aporte. Por tanto, si la participación estatal es mayoritaria son destinatarias de la Ley 80 de 1993, pues el literal a) del artículo 2.1 prescribe que son entidades públicas:

- 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

¹⁰ «ARTICULO 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.

»PARAGRAFO 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.

»PARAGRAFO 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.

»PARAGRAFO 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».





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)

Por tanto, las fundaciones y corporaciones con participación mayoritaria de cualquier entidad del Estado tienen la calidad de entidades públicas sujetas al Estatuto General de Contratación de la Administración pública, independientemente de que los aportes hayan sido en el acto de constitución o en un momento posterior. Es decir, lo que interesa es que haya una participación mayoritaria del Estado para activar la aplicación del régimen contractual previsto en el EGCAP. De lo anterior se desprende que a este tipo de entidades sin ánimo de lucro, las cuales tienen la naturaleza de entidades descentralizadas indirectas, solo les aplicarán las normas de derecho civil, en cuanto a la constitución, organización y funcionamiento, conforme al artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

De lo anterior se concluye que las personas jurídicas con participación mixta, cuya conformación permite el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, pueden realizar procedimientos de contractuales en el marco de la competencia y la capacidad de las entidades públicas y privadas que las constituyen. Por su parte, el régimen jurídico aplicable dependerá del carácter mayoritario o no de la participación estatal, pues si el Estado ha efectuado aportes superiores al 50%, eso significa que la actividad contractual de la persona jurídica derivada deberá efectuarse de conformidad con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Así pues, con fundamento en el resultado de ese análisis se podrá saber si la persona jurídica derivada del acuerdo asociativo previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 –es decir, el «fondo mixto», en los términos del peticionario–, puede ejecutar o no recursos públicos a través de la suscripción de un determinado contrato, bien sea que estos provengan del sistema general de regalías, del sistema general de participaciones o de otra fuente financiera. Si dentro del objeto de dicha persona jurídica se encuentra la realización de actividades que comporten la ejecución de dichos recursos y si la entidad contratante tiene competencia para transferírseles mediante la suscripción de un contrato, los procedimientos contractuales de la persona jurídica de segundo grado –o sea, del fondo– deberán ajustarse al régimen que le sea aplicable, de acuerdo con lo explicado en las consideraciones de este concepto.

3. Respuesta

«Muy respetuosamente nos dirigimos a usted con el fin de solicitar información acerca de las requisitos, condiciones y modalidades basadas en normativas vigentes para que un fondo mixto, ejecute:





- Recursos del Sistema General de Regalías SGR bajo la figura de designación de Ejecutor.
- Recursos del SGP o propios de las entidades estatales según proceda o autorice la normatividad y que figuras contractuales proceden para dicha ejecución.

»Sabido que los fondos mixtos contratan con régimen especial y tienen su propio manual de contratación, pueden estos realizar procesos contractuales, convenios o contratos Interadministrativos y también ser nombrados como ejecutores de recursos públicos con recursos del Sistema General de Regalías (SGR), Sistema General de Participaciones (SGP) o cualquier recurso propio de una entidad pública?» (sic).

Conforme a lo explicado, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 habilitó a las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, para que, con observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, se asocien con personas jurídicas particulares para la creación de personas jurídicas sin ánimo de lucro. Estas asociaciones de naturaleza mixta 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 contempladas en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

Ahora bien, para efectos de determinar la participación de las Entidades del Estado en estas asociaciones mixtas, se hace necesario remitir a lo dispuesto expresamente 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 dispondrán, 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 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, 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 entidades estatales, sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 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 implique un cambio en la participación de los socios, fundadores o constituyentes.

Se precisa también que una corporación o fundación mixta con participación minoritaria del Estado adquiere la calidad de entidad pública sujeta al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuando la participación del Estado cambie y se torne mayoritaria, siendo igual o superior al 50%. Esta respuesta se fundamenta en el artículo 2.1, literal a), de la Ley 80





de 1993, al establecer que lo que interesa es determinar la participación mayoritaria del Estado, independientemente de si fue en su constitución o en un momento posterior. El cambio de régimen de contratación dependerá de una participación mayoritaria del Estado, sin importar el momento en que se presenta.

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 interpretativa de los momentos de los aportes, pues el criterio determinante que debe tenerse en cuenta es la participación mayoritaria del Estado, para efectos de determinar la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De lo anterior se concluye que las personas jurídicas con participación mixta, cuya conformación permite el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, pueden realizar procedimientos de contractuales en el marco de la competencia y la capacidad de las entidades públicas y privadas que las constituyen. Por su parte, el régimen jurídico aplicable dependerá del carácter mayoritario o no de la participación estatal, pues si el Estado ha efectuado aportes superiores al 50%, eso significa que la actividad contractual de la persona jurídica derivada deberá efectuarse de conformidad con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Se precisa, en todo caso, que la competencia consultiva de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se circunscribe a la solución de consultas que versen sobre la interpretación *en abstracto* de las normas de la contratación estatal. Por tanto, corresponde a cada entidad pública, en el marco de su competencia, determinar la viabilidad de suscribir un contrato y de comprometer recursos de una determinada naturaleza. Teniendo en cuenta esto, se concluye que las personas jurídicas derivadas de la celebración de convenios de asociación entre entidades públicas y particulares –entidades descentralizadas indirectas, de naturaleza mixta–, en principio tienen capacidad para celebrar contratos estatales, pero será la entidad contratante quien deberá decidir en el caso concreto cuál será la fuente de los recursos con los que dichos negocios jurídicos pueden suscribirse, pues esto depende, entre otros factores, del objeto del contrato y de lo que prevea la Constitución, la ley o el reglamento para cada supuesto.

Así pues, con fundamento en el resultado de ese análisis se podrá saber si la persona jurídica derivada del acuerdo asociativo previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 –es decir, el «fondo mixto», en los términos del peticionario–, puede ejecutar o no recursos públicos a través de la suscripción de un determinado contrato, bien sea que estos provengan del sistema general de regalías, del sistema general de participaciones o de otra fuente financiera. Si dentro del objeto de dicha persona jurídica se encuentra la realización de actividades que comporten la ejecución de dichos recursos y si la entidad contratante tiene competencia para transferírseles mediante la suscripción de un contrato, los procedimientos contractuales de la persona jurídica de segundo grado –o sea, del fondo– deberán ajustarse al régimen que le sea aplicable, de acuerdo con lo explicado en las consideraciones de este concepto.





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

Atentamente,

*Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio*

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

Elaboró: Cristian Andrés Díaz Díez
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual

