



CIRCULAR N° 005¹

DE: PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

PARA: GOBIERNO NACIONAL, COMISIÓN RECTORA DEL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS Y DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

ASUNTO: ADVERTENCIA SOBRE LA AUSENCIA DE REGLAMENTACIÓN ADECUADA EN RELACIÓN CON LOS CRITERIOS EN LA DESIGNACIÓN DE EJECUTORES DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS

FECHA: 03 JUL 2025

La Procuraduría General de la Nación, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, especialmente las conferidas en el artículo 277 de la Constitución Política de Colombia tiene dentro de sus funciones, entre otras, vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas; como también ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas y defender los intereses colectivos y de la sociedad.

A su vez, el numeral 3 del artículo 24 del Decreto 262 de 2000¹, asigna a las Procuradurías Delegadas el ejercicio, de manera selectiva, del control preventivo de la gestión administrativa y de la contratación pública que adelantan los organismos y las entidades públicas.

Por su parte, el artículo 361 de la Constitución Política de Colombia dispone que los recursos del Sistema General de Regalías financien proyectos de inversión que impulsen el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales.

De acuerdo con el artículo 37 de la Ley 2056 de 2020 y el artículo 1.2.10.1.2 del Decreto 1821 de 2020, la regla general es que los ejecutores de recursos del Sistema General de Regalías sean entidades de naturaleza pública, incluyendo, por ejemplo, ministerios, departamentos administrativos, gobernaciones, alcaldías y esquemas asociativos territoriales designados por las instancias competentes. El artículo 37 establece que estas entidades públicas deben adelantar directamente la ejecución y contratar la interventoría de los proyectos aprobados, mientras que el artículo 1.2.10.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1821 de 2020 confirma que los ejecutores son entidades públicas, salvo las excepciones contempladas en los párrafos de los artículos 84 y 98 de la Ley 2056 y para los recursos de Ciencia, Tecnología e Innovación, donde se habilita, de forma excepcional, la ejecución por parte de otros tipos de entidades. Así, el marco normativo deja claro que los ejecutores del Sistema General de Regalías deben ser públicos, reservando la participación privada únicamente para supuestos específicos y regulados.

¹ Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.



CIRCULAR N°0 0 5¹

Los fondos mixtos en Colombia se clasifican como entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, también conocidas como entidades de participación mixta, cuyas características principales son: i. Ser entidades sin ánimo de lucro y con personería jurídica propia; ii. Constituidas con aportaciones del sector público y del sector privado; iii. Dirigidas a fines de interés público, como cultura, deporte, ciencia o desarrollo regional; iv. Regidas por el derecho privado en su organización interna (estatutos, administración y contratos), aunque gestionan recursos estatales. Sin embargo, al ser vehículos de recursos públicos, están sometidos a la vigilancia de los organismos de control, y; v. Deben respetar principios de la función administrativa en la ejecución de proyectos.²

Los fondos mixtos son entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, también denominadas entidades de participación mixta, cuya creación, aunque no proviene directamente de la ley, está autorizada por ella y se materializa mediante la asociación entre entidades públicas y particulares. Su objeto preponderante es apoyar funciones propias del Estado, lo cual justifica que este les confíe recursos o bienes públicos como aporte. Aunque se rigen por el derecho privado en su organización y operación, su vinculación con el Estado y el manejo de recursos públicos les confiere una naturaleza jurídica pública, lo que implica que están sometidos a los principios del derecho administrativo, especialmente en materia de control fiscal y responsabilidad disciplinaria por el uso y administración de los recursos de las regalías.³

La Procuraduría General de la Nación a través de su delegada para el seguimiento a los recursos del Sistema General de Regalías y con el apoyo técnico del grupo especial de seguimiento a tales recursos, realizó el monitoreo a la designación de ejecutores de recursos del Sistema, en el cual se evidenció el incremento ostensible en la asignación de recursos a entidades descentralizadas indirectas, específicamente a lo que se refiere a fondos mixtos.

Como consecuencia, se realizaron las revisiones técnicas y jurídicas de manera selectiva a proyectos en ejecución por parte de estas entidades, donde se encontraron varias inconsistencias y posibles irregularidades que ponen en riesgo la ejecución eficiente y eficaz de los recursos de las regalías.

Teniendo en cuenta lo anterior, se realizó el análisis de la información pública del banco de programas y proyectos de inversión del Sistema General de Regalías⁴ con corte a 3 de octubre de 2024, donde se refleja que los fondos mixtos son ejecutores de 744 proyectos de inversión que representan 2,6 billones de pesos.

A su vez, de los 744 proyectos, se cuenta con los siguientes datos:

- 39% de los proyectos corresponden al sector transporte y equivalen a 1,4 billones.
- 63% de los proyectos fueron aprobados en el año 2023 y equivalen a 1,2 billones.

De la totalidad de los proyectos aprobados, 2 billones fueron decididos directamente por municipios beneficiarios de las asignaciones del sistema.

Hecho el análisis en plataformas a los proyectos se observó una alta concentración de recursos en estos fondos, por lo tanto, se realizaron solicitudes de información a diferentes fondos mixtos sobre su capacidad financiera, organizacional y el estado de los proyectos

² Inciso 3, Artículo 63 de la Ley 397 de 1997

³ Concepto C-384 de 2024. Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente.

⁴ Plataforma administrada por el Departamento Nacional de Planeación.



CIRCULAR N° 0 0 5

en los que fueron designados ejecutores. Una vez revisada esta información se llegó a las siguientes conclusiones preliminares:

1. En varios casos, existe inquietud sobre la capacidad técnica, administrativa, financiera, experiencia e idoneidad de los fondos mixtos como ejecutores.
2. Se identificó que el mayor porcentaje de designación de los fondos mixtos como entidades ejecutoras fue en el segundo semestre del año 2023 (época de campañas políticas electorales), en donde iniciaría la ejecución de mayor número de proyectos y mayor asignación de recursos.
3. Se identificó el cambio de objeto social de estos fondos mixtos con el fin de poder ser entidades ejecutoras de proyectos, para los cuales, en desarrollo de su objeto inicial no habrían podido asumir tal designación como entidades ejecutoras.
4. Se identifican fondos mixtos que fueron designados ejecutores de proyectos en regiones diferentes a las entidades territoriales en las que se encuentran adscritas como entidades descentralizadas indirectas.
5. Se identificaron fallas en la planeación contractual.
6. Se encontró la ejecución de algunos proyectos en condiciones diferentes a las aprobadas, sin justificación técnica o jurídica.
7. Se identificaron falencias en las labores de supervisión e interventoría.
8. Fallas en el cumplimiento del principio de transparencia y publicidad en la inversión de los recursos de las regalías. Se observaron deficiencias en el reporte de información en aplicativos de gestión de proyectos de regalías y de contratación estatal.
9. Se evidenciaron retrasos en la ejecución de los proyectos afectando la eficacia y eficiencia en la ejecución de recursos del Sistema General de Regalías.

Todos estos hallazgos generaron una preocupación sobre la capacidad jurídica, técnica y financiera de los fondos mixtos para ser ejecutores de recursos del Sistema General de Regalías. En ese sentido, el Gobierno nacional, la Comisión Rectora del Sistema y su secretaría técnica representada en el Departamento Nacional de Planeación deben enfocarse en establecer criterios objetivos y verificables para la selección de los fondos mixtos como ejecutores, con el propósito de que sus capacidades permitan la correcta ejecución de los recursos públicos para beneficio de las comunidades.

I. Descripción y delimitación del problema jurídico

La falta de una regulación integral y detallada sobre el procedimiento de selección del ejecutor de proyectos en el marco del Sistema General de Regalías plantea vacíos que pueden dar lugar a interpretaciones discrecionales, afectando la transparencia y la seguridad jurídica en la toma de decisiones. Esta situación justifica la necesidad de indagar cuáles normas resultan aplicables y qué criterios deben prevalecer para garantizar procesos objetivos y ajustados al marco constitucional y legal.



CIRCULAR N° 005

Al no regular la Ley 2056 de 2020 y el Decreto 1821 de 2020 de manera integral y clara el procedimiento para que la entidad u órganos responsables escojan al ejecutor de naturaleza privada o pública del proyecto, surge la pregunta relativa sobre cuáles son las disposiciones jurídicas aplicables para tal designación.

Ello se explica por cuanto no era objeto de la Ley 2056 de 2020 establecer la forma como se selecciona a una persona jurídica bien de derecho público o de derecho privado para la ejecución del proyecto, pues este aspecto se encuentra regulado por la Ley 489 de 1998, entre otras disposiciones legales, y, a falta de regulación especial, se aplican las disposiciones que existen para este tema en el orden jurídico del país.

En este aspecto surge la inquietud, si por el hecho de que la Ley 2056 de 2020 no establece de manera integral y completa cómo se debe seleccionar al ejecutor del proyecto, se puede interpretar que se trata de una escogencia discrecional o, si al tratarse de una norma especial que regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías, debe adelantarse esta gestión conforme lo señalan la Constitución y la ley para habilitar a las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado para ejecutar proyectos de inversión.

¿Existe algún mecanismo previsto en el marco jurídico del Sistema General de Regalías que permita que la selección de los fondos mixtos como ejecutores se realice con ocasión de criterios objetivos relacionados con sus capacidades?

II. Análisis jurídico

De manera inicial, debe señalarse que por el hecho de que la Ley 2056 de 2020 y el Decreto 1821 de 2020 no hayan regulado integralmente el procedimiento de escogencia como ejecutor de proyectos de regalías a los fondos mixtos, cuya naturaleza jurídica es dual y que pese a operar como entidades de derecho privado, la Corte Constitucional las considera “entidades descentralizadas indirectas” de la Administración Pública⁵, no se puede derivar de lo anterior una facultad discrecional de las instancias que aprueban los proyectos, sin ningún criterio normativo, por las siguientes razones:

- Existe un vacío de esta ley sobre el procedimiento de escogencia. Por ello, consideramos que la norma aplicable es la Ley 489 de 1998 que regula la manera como los particulares pueden contribuir con el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la ejecución de proyectos.

En este orden de ideas, debe esclarecerse que no es objeto de la Ley 2056 de 2020 establecer la forma como se selecciona a una persona jurídica bien de derecho público o de derecho privado para la ejecución del proyecto, pues este aspecto se encuentra regulado por el ordenamiento jurídico antes mencionado y a falta de regulación especial, se aplican las disposiciones que existen para este tema en el orden jurídico del país.

En otras palabras, la Ley 2056 de 2020 no subrogó las disposiciones legales que existen en Colombia en materia de escogencia de las personas jurídicas de derecho privado que pueden ejecutar los proyectos, ni tampoco prevé normas especiales para la escogencia del ejecutor.

⁵Sentencia C-230 de 1995, Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.



CIRCULAR N° 005

- En segundo lugar, debemos tener en cuenta lo consignado por el Departamento Nacional de Planeación sobre el ejecutor de los proyectos de inversión y, en especial, en lo que se refiere a los fondos mixtos^{6,7}.

La premisa a partir de la cual partimos es que no existe en el régimen jurídico colombiano potestad discrecional alguna para conferir el uso del gasto público a personas jurídicas que puedan desarrollar funciones públicas, servicios públicos o ejecuten proyectos, sino con fundamento en lo reglado por el legislador.

Ello implica la definición expuesta por el Consejo de Estado que señala las entidades descentralizadas directas como 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 legal⁸.

Por lo anterior, a partir de la descentralización administrativa indirecta, surge la voluntad asociativa como una de las formas como se puede materializar la gestión pública con el concurso de particulares habilitados para tal fin.

El Departamento Nacional de Planeación en el concepto reseñado señala que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 autoriza a cualquier entidad del Estado, sin consideración a su naturaleza y orden administrativo, a establecer convenios de asociación o a crear una persona jurídica, en concordancia con los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

Con ello, esclareció el Departamento Nacional de Planeación que: «De la normativa del SGR, se concluye que las instancias encargadas de designar al ejecutor de los proyectos de inversión financiados con recursos de Asignaciones Directas, la Asignación para la Inversión Local y de la Asignación para la Inversión Regional en cabeza de los departamentos podrán designar como tal a aquellas asociaciones o personas jurídicas creadas en virtud del Artículo 96 de la Ley 489 de 1998, los cuales deberán ejercer dicha responsabilidad en los términos de las normas antes comentadas».

Dicho concepto expedido por uno de los miembros de la Comisión Rectora que le corresponde definir las directrices generales, procesos, lineamientos, metodologías y criterios para el funcionamiento y direccionamiento estratégico del Sistema General de Regalías, en el marco de lo dispuesto en la normativa que regule la materia, resulta determinante para las entidades u órganos ejecutores, quienes son los responsables de designar el ejecutor con el pleno cumplimiento de las disposiciones legales que entrañan la escogencia de aquel, entre ellos los fondos mixtos y, para ello, ha remarcado el Departamento Nacional de Planeación el cumplimiento del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

- En tercer lugar, resulta evidente que es posible la ejecución de proyectos de inversión financiados con los recursos del Sistema General de Regalías por la asociación entre

⁶ Departamento Nacional de Planeación, Oficina Asesora Jurídica, Concepto Unificado 2022-09 OAJ-DNP

⁷ Los fondos mixtos son entidades sin ánimo de lucro con personería jurídica, que se financian con aportes públicos y privados. Su naturaleza jurídica se define por el acto de creación y por sus estatutos.

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, veintiséis (26) de octubre de dos mil (2000), radicación número: 1291.



CIRCULAR N° 005

entidades públicas, cuyo fundamento está señalado en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, bajo el entendido de que es permitido a las entidades públicas la asociación con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

III. Procedimiento y contenido de la designación de las ejecutoras en lo que tiene que ver con las personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro

Los convenios administrativos de asociación, cuyo marco de actuación se funda en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998⁹, se consideran como un instrumento que el legislador autoriza utilizar para el beneficio colectivo, es decir, en interés general, pero en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado¹⁰.

Se deriva del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 la asociación de las entidades estatales, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo con personas jurídicas particulares, según los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución.

De esta disposición se desprenden:

- El carácter temporal o permanente de los convenios administrativos de asociación constituyen un vínculo entre entidades de naturaleza pública con personas de derecho privado con el fin de realizar objetivos comunes a ambas partes referidas al ejercicio de una función de naturaleza administrativa y,
- Los convenios mixtos de organización, suscritos entre personas de derecho público y personas de derecho privado¹¹, están dispuestos para garantizar los objetivos y funciones atribuidas a la entidad estatal, por cuanto los particulares tienen interés común respecto de las funciones administrativas que a la entidad pública le corresponden.

En relación con los convenios mixtos de organización, estos pueden ser celebrados por entidades estatales de cualquier orden administrativo y cualquiera que sea su naturaleza, siempre y cuando se adecuen tales acuerdos a los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución con personas jurídicas de derecho privado para crear organismos nuevos que pueden ser asociaciones o fundaciones; por ello se denominan de participación mixta, teniendo en cuenta que su propósito es lograr el

⁹ El Artículo. 96 de la misma ley señala: 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 aquellas 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, estas 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".

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹ Chávez Marín, Augusto Ramón, Los convenios de la administración. Entre la gestión pública y la actividad contractual., editorial Temis, Cuarta edición, p. 433.



CIRCULAR N° 005

desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley.

En este caso, nacen nuevas asociaciones o fundaciones de participación mixta, las cuales deben determinar reglas que regulan su organización y régimen jurídico que identifican los mecanismos de funcionamiento y operación.

Ambos convenios nacen del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y difieren de los que se desprenden de lo regulado por los artículos 110 a 114 de la Ley 489 de 1998, debido a que en estos últimos la entidad de naturaleza pública asigna o transfiere a los particulares el ejercicio de una función que le es propia, mientras que en los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 la entidad pública se asocia temporal o permanentemente con las personas jurídicas particulares para ejecutar la función o garantizar la mejor realización.

Ello implica que tales convenios no se construyen sobre la base del principio de conmutatividad de un contrato estatal, sino sobre la idea de colaboración entre las partes para la realización de un fin común que interesa a ambas. En ese orden de ideas, los intereses son concurrentes.

Así mismo, al revisar la Ley 2056 de 2020, se encuentra que el párrafo tercero del artículo 6 establece:

Parágrafo Tercero. Para la designación del ejecutor, el Órgano Colegiado de Administración y Decisión tendrá en cuenta: **i). Las capacidades administrativas y financieras de la entidad propuesta** y ii) los resultados del desempeño de la ejecución de los recursos definidos por el Sistema de Seguimiento, Evaluación y Control del Sistema General de Regalías, cuando a esto haya lugar, conforme los lineamientos del Departamento Nacional de Planeación. En todo caso el ejecutor deberá ser de naturaleza pública y tendrá a su cargo la contratación de la interventoría (negrita fuera de texto).

El aparte citado deja claro que en lo que corresponde a la designación que realizan los Órganos Colegiados de Administración y Decisión, se deben tener cuenta las capacidades administrativas y financieras del posible ejecutor. De manera que la ley ha establecido, al menos de manera incipiente, una verificación de dichas capacidades como condición previa a la designación, con el propósito de que el ejecutor a designar, en lo atinente a sus funciones, garantice la correcta ejecución de los recursos de las regalías.

No obstante, el marco jurídico del sistema aún no ha previsto los criterios de verificación de dichas capacidades. En tal sentido, la Procuraduría General de la Nación advierte sobre la necesidad de que el Gobierno Nacional y la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías defina a través de acuerdo o del instrumento administrativo que se decida sobre la situación descrita.

Con lo anterior, la Procuraduría General de la Nación reitera su compromiso con la vigilancia y el control de la gestión de los recursos del Sistema General de Regalías y espera que las orientaciones contribuyan a una inversión más eficiente, eficaz y equitativa, que impulse el desarrollo sostenible y la reducción de las desigualdades en Colombia. En consecuencia, exhorta a quienes estén facultados a que se tengan en cuenta los siguientes criterios al momento de emitir la reglamentación:



CIRCULAR N° 005

1. Celebración de los convenios de asociación conforme con el artículo 355 de la Constitución

La gestión que deban realizar las partes, en virtud del convenio de asociación, la desarrollan en forma conjunta y coordinadamente a través de la unión de esfuerzos¹². A estos convenios se les aplica lo previsto en el inciso 2 del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en el sentido que deben celebrarse de conformidad con lo previsto en el artículo 355 de la Constitución Política, por lo cual deber ser claro y preciso el objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación, entre otros aspectos que se consideren pertinentes.

Que el convenio de asociación se celebre de conformidad con el artículo 355 de la Carta, significa que la forma del contrato debe atenerse a lo que señale la ley y, en su defecto, es de libre determinación por las partes. Las formalidades que entrañan el conjunto de requisitos que deben cumplirse al momento de la suscripción del contrato y que se refieren al proceso de selección del contratista y a la forma como se perfecciona el convenio, son las siguientes:

- Un especial énfasis en la necesidad de dotar un marco especial de transparencia, en el manejo de los recursos públicos.
- La celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo.
- Por virtud del mandato que se deriva del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para estos convenios de asociación se aplican todos los requisitos y condiciones previstas para los convenios de interés público, con las siguientes salvedades¹³:
 - El contrato de interés público es celebrado por los gobiernos de los distintos niveles territoriales, mientras que los convenios de asociación deben ser celebrados por las entidades estatales cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo.
 - Los sujetos en el contrato de interés público sólo son entidades privadas sin ánimo de lucro, en tanto que en los convenios de asociación se trata de personas jurídicas particulares.
 - El objeto contractual en los contratos de interés público son programas y actividades de interés público, mientras que en los convenios de asociación se trata de cometidos y funciones que les asigna la ley a entidades estatales.
 - En cuanto al modo de ejecución del objeto, en el contrato de interés público recae en el impulso de dichas actividades y programas, mientras que en los convenios de asociación las entidades asociadas, públicas o privadas, desarrollan de manera conjunta las funciones correspondientes.

Por otro lado, se une a la regulación jurídica además del señalado régimen jurídico que aplica a los convenios de asociación, el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, que modificó la Ley 1150 de 2007 y limitó la contratación directa con entidades sin ánimo de lucro, al

¹² Ibidem, p. 434.

¹³ Ibidem, p. 438.



CIRCULAR N° 0 0 5

determinar que se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación 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.

Precisa dicha norma que estos contratos podrán ser ejecutados por estas, siempre que participen en procedimientos de licitación pública o contratación abreviada, por lo que no podrán estos contratos ser objeto de contratación directa.

Además de estar sometidos estos convenios para su celebración al artículo 355 de la Constitución, también se encuentran regulados por todas las reglas que desarrollan esta disposición constitucional, de donde se desprende la competencia privativa del Gobierno nacional de expedir los reglamentos constitucionales o autónomos y que deben regir los contratos celebrados por las entidades públicas con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo y que en la actualidad están sometidos a lo dispuesto en el Decreto 092 de 2017.

Mediante el Decreto 092 de 2017 se reglamentó la forma como las Administraciones públicas nacionales, departamentales, distritales y municipales contratan con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo.

Sin embargo, de esta normatividad surgen distintas posibilidades para el cumplimiento de las funciones administrativas que ameritan una caracterización conceptual sobre las especificidades de cada uno de los tipos de convenios que de allí se originan, sin que esta tarea hasta el momento hubiere sido asumida de manera sistemática por el legislador, como tampoco ha sido definida la relación que debe existir entre la contratación estatal y el ejercicio de funciones públicas.

No obstante, el artículo 5 del Decreto 92 de 2017¹⁴ distingue con toda claridad los contratos de interés público de los contratos de asociación que se desprenden del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

En esta disposición, el Gobierno Nacional señala los condicionamientos para celebrar este convenio de asociación entre una entidad pública con una entidad privada sin ánimo de lucro cuando los recursos en dinero para la ejecución del objeto contractual correspondan a una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

Valga precisar que los convenios de asociación se rigen, además de lo establecido en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, por el artículo 5, 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017.

¹⁴ ARTÍCULO 5o. ASOCIACIÓN CON ENTIDADES PRIVADAS SIN ÁNIMO DE LUCRO PARA CUMPLIR ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Los convenios de asociación que celebren *entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad* y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional.

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

Estos convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2o y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5o, 6o, 7o y 8o del presente decreto.



CIRCULAR N° 005

Asimismo, es de tener en cuenta que **el artículo 8 del decreto en cuestión señala que la contratación a la que hace referencia esta norma está sujeta a la normatividad general aplicable a la contratación pública**, excepto en lo reglamentado especialmente en el decreto; luego, para determinar qué normas son aplicables a la contratación pública, es menester determinar qué es lo regulado de manera especial por el decreto.

En materia de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades se aplican las 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, se aplican a la contratación que se desprende de los convenios de asociación.

Finalmente, en el artículo 7 de Decreto 092 de 2017 se señala que la contratación a la que se hace referencia 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 señalado 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.

Para finalizar, es menester precisar que mientras el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se refiere a las personas jurídicas particulares, el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 remite a las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro. No obstante ello, debe tenerse en cuenta que el inciso 2 del artículo 96 de la Ley 489 ordena que los convenios de asociación de los que trata el artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política (es decir, a la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y agrega que éstas deben ser de reconocida idoneidad); de tal manera que los contratos de asociación tienen como sujeto contratista a las entidades privadas sin ánimo de lucro.

La condición de reconocida idoneidad se encuentra definida por el artículo 3 del Decreto 092 de 2017 y ello ocurre cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del proceso de contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar. En consecuencia, el objeto estatutario de la entidad sin ánimo de lucro deberá permitirle desarrollar el objeto del proceso de contratación que adelantará la entidad estatal del gobierno nacional, departamental, distrital y municipal.

Además, agrega que la entidad estatal debe definir en los documentos del proceso las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Para el efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, la cual deberá tener en cuenta las normas de transparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés.



CIRCULAR N° 057

Se desprende del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 la determinación con precisión de su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Además, se genera por parte de la entidad privada sin ánimo de lucro el compromiso de destinar recursos a la ejecución del contrato en una proporción no inferior al 30% del valor del convenio, dineros que pueden ser propios o de la cooperación internacional.

Conforme con el inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017 si existiera más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de aportar dineros propios o de la cooperación internacional en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la entidad estatal debe seleccionar en forma objetiva a la entidad privada sin ánimo de lucro y justificar los criterios para su selección, que no necesariamente se refieren a licitación pública. Se deduce que cuando se trata de una sola entidad privada sin ánimo de lucro la contratación es directa y se atiene a la norma especial que rige la contratación.

Cuando la entidad privada sin ánimo de lucro no se encuentra en condiciones de aportar el 30% o más del valor del contrato, debe adelantarse un proceso de selección abierta.

2. Frente a los Órganos Colegiados de Administración y Decisión

Dentro de las funciones de la Comisión Rectora, la Ley 2056 de 2020 establece lo siguiente:

Artículo 5. Funciones de la Comisión Rectora. La Comisión Rectora del Sistema General de Regalías tendrá a su cargo las siguientes funciones:

1. Definir las directrices generales, procesos, lineamientos, metodologías y criterios para el funcionamiento y direccionamiento estratégico del Sistema General de Regalías, en el marco de lo dispuesto en la normativa que regule la materia.

En línea con lo expuesto, la Comisión, en cumplimiento de la función establecida y con el propósito de garantizar el funcionamiento y direccionamiento estratégico del sistema, sería la llamada a establecer los criterios bajo los cuales se debe entender que un fondo mixto cuenta con las capacidades necesarias para ser ejecutor de un proyecto del Sistema General de Regalías.

En ese sentido, la Comisión debería establecer que previo a la designación de un fondo mixto como ejecutor, el OCAD debe verificar lo siguiente:

- Capacidad Jurídica: (i) la posibilidad de que el fondo mixto adelante actividades en el marco de su objeto social; (ii) las facultades de su representante legal y la autorización del órgano social competente cuando esto es necesario de acuerdo con sus estatutos; y (iii) la ausencia de conflicto de interés o prohibiciones para contratar, derivadas de la ley.
- Experiencia: la participación previa del posible ejecutor, como ejecutor de proyectos que tengan el mismo objeto del proyecto de inversión.
- Capacidad Financiera: demostrar su aptitud para cumplir oportuna y cabalmente su labor de ejecutor a través del análisis de su liquidez, endeudamiento y razón de cobertura de intereses.



CIRCULAR N° 005

Índice de liquidez: (activo corriente/pasivo corriente) representa la capacidad que tiene el ejecutor para cumplir con sus obligaciones de corto plazo.

Índice de endeudamiento: (activo total/pasivo total) determina el grado de endeudamiento en la estructura de financiación del ejecutor.

Razón de cobertura de intereses: refleja la capacidad del ejecutor de cumplir con sus obligaciones financieras.

- Capacidad organizacional: la aptitud del ejecutor para cumplir oportuna y cabalmente su labor en función de su organización interna.

Rentabilidad sobre el patrimonio: (utilidad operacional/patrimonio) determina la rentabilidad del patrimonio del ejecutor, es decir, la capacidad de generación de utilidad operacional por cada peso invertido en el patrimonio. A mayor rentabilidad sobre el patrimonio, mayor la capacidad organizacional del proponente.

Rentabilidad sobre activos: (utilidad operacional/activo total) determina la rentabilidad de los activos del ejecutor, es decir, la capacidad de generación de utilidad operacional por cada peso invertido en el activo. A mayor rentabilidad sobre activos, mayor es la capacidad organizacional del proponente. Este indicador debe ser siempre menor o igual que el de rentabilidad sobre patrimonio.

Ahora bien, el cálculo de cada una de estas capacidades y la recepción de los documentos que las acreditan debe realizarse por la secretaría técnica de los OCAD que ejerce el Departamento Nacional de Planeación; en desarrollo de lo que establece el artículo 6 de la Ley 2056 de 2020:

Cada Órgano Colegiado de Administración y Decisión Regional, contará con una Secretaría Técnica que estará a cargo del Departamento Nacional de Planeación. **Esta se encargará de proporcionar la infraestructura logística, técnica y humana requerida para el funcionamiento del órgano colegiado**, así como convocar a sus miembros, elaborar la relatoría y las actas de las sesiones y demás funciones asignadas en la presente Ley (subrayado y negrita fuera del texto).

El órgano competente para designar el ejecutor del proyecto debe respetar los principios de selección objetiva, transparencia, publicidad, eficiencia y eficacia, teniendo en cuenta las características, antes explicadas y las siguientes conclusiones:

- Cualquier entidad de la rama ejecutiva puede realizar convenios de asociación con personas jurídicas del derecho privado, sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad¹⁵, como emerge de la remisión que hace el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 al artículo 355 de la Constitución y el artículo 5° del Decreto 092 de 2017.
- Los criterios que se sugiere sean utilizados para acreditar el reconocimiento de la idoneidad son la capacidad financiera, la capacidad técnica y administrativa, el tiempo de constitución, la especialidad en la ejecución de actividades similares y la experiencia específica. Dichos criterios deben gozar de suficiente justificación técnica y objetiva

¹⁵ Se define por reconocida idoneidad como aquella que es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del proceso de contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar



CIRCULAR N° 005

para que se adecuen al cumplimiento de los principios de la contratación estatal, así como también a los descritos en el artículo 209 superior.

- El convenio de asociación es una figura donde las partes asociadas suman voluntades y recursos para que sean utilizados en el desarrollo del acuerdo. En este sentido, resulta impertinente para este tipo de convenio la remuneración o utilidad, ya sea en forma de gastos de administración o de honorarios por parte del contratista-asociado a esta modalidad contractual, lo que implica que todos los aportes deberán ser destinados exclusivamente al desarrollo del objeto.
- En esta misma orientación, en los convenios de asociación no se configuran, en rigor, pagos, sino desembolsos de los aportes, los cuales son inherentes a la modalidad de contratación y dan claridad en materia impositiva.
- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, la regla general para la selección de la entidad con la que debe asociarse la entidad estatal es a través de un proceso competitivo, que permita la comparación y selección objetiva de la oferta más conveniente para el desarrollo de este.
- También es menester precisar que a los convenios de asociación les son exigibles las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial.
- A la luz del artículo 7 del Decreto 092 de 2017, los convenios de asociación están sujetos a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. A título enunciativo, por ejemplo, los principios de legalidad y debido proceso, al igual que los establecidos en los artículos 209 y 267 constitucionales.
- Entre los principios aplicables conviene también destacar los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, eficacia, equidad y publicidad.
- En virtud de lo dispuesto por el artículo 8° del Decreto 092 de 2017, los convenios de asociación están sujetos a las normas generales aplicables a la contratación pública establecidas en el Estatuto General de la Contratación y demás normas concordantes, excepto en lo reglamentado en el mencionado decreto.

En virtud de las anteriores consideraciones, el Procurador General de la Nación:

PRIMERO: EXHORTA al Gobierno nacional, a la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías y al Departamento Nacional de Planeación, para que en el marco de sus facultades emitan una reglamentación integral y adecuada sobre los criterios a cumplirse en la designación de ejecutor de recursos de las regalías conforme a la parte motiva de este acto.

SEGUNDO: ADVIERTE al Gobierno nacional, a la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías y al Departamento Nacional de Planeación, que los criterios mencionados en el numeral anterior deben ser objetivos y verificables, en especial, cuando el designado como ejecutor sea un fondo mixto.



CIRCULAR N° 005

TERCERO: Se advierte que la Procuraduría General de la Nación no coacciona ni coadministra, simplemente, en ejercicio de su función preventiva, actúa como articuladora extendiendo recomendaciones y llamados al cumplimiento normativo legal vigente en las materias objeto de actuación.


GREGORIO E. JACO PACHECO
Procurador General de la Nación

Elaboró: Equipo de consultores de Proyecto Regalías PNUD-PGN 135386

Revisó y aprobó: Marcio Melgosa Torrado / Procurador Delegado Primero para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública
John Harvey Pinzón Navarrete / Procurador Delegado para el Seguimiento a los Recursos del Sistema General de Regalías.
Silvano Gómez Strauch / Viceprocurador General de la Nación