



MEMORANDO

Bogotá D.C. 14 de febrero de 2018.

**PARA:** ALEJANDRO FAJARDO LÓPEZ  
Coordinador GIT Acompañamiento Etnico y Rural Comunitario

**DE:** JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

**ASUNTO:** Concepto jurídico sobre requisitos de comunidades afro e indígenas para contratar

En atención a la comunicación electrónica de fecha 12 de febrero de 2018, mediante la cual solicita concepto jurídico en relación con los requisitos que deben cumplir las comunidades afro e indígenas y sus distintas formas organizativas para celebrar un contrato con Prosperidad Social, esta oficina presenta las siguientes consideraciones:

**I. PROBLEMA JURÍDICO.**

*¿Cuáles son los requisitos que deben cumplir las comunidades afro e indígenas para celebrar un contrato con Prosperidad Social?*

**II. ANTECEDENTES**

Mediante solicitud electrónica de fecha 19 de mayo de 2017, el Grupo de Trabajo de Enfoque Diferencial, solicitó a la Subdirección de Contratación de Prosperidad Social definir la modalidad de contratación aplicable a las comunidades étnicas en territorios colectivos reconocidos por el Estado organizadas bajo la figura de Cabildos para Indígenas y Concejos Comunitarios para Territorios Colectivos de Comunidades Negras; ello, teniendo en cuenta la necesidad de definir los alcances que se formularán en la reglamentación de la Ley 1785 "Red Unidos", en lo concerniente a la implementación de la estrategia de acompañamiento a dichas comunidades.

La solicitud del concepto fue reiterada el 30 de junio y 03 de noviembre de 2017, por parte de la Coordinación GIT Acompañamiento Etnico y Rural Comunitario de la Subdirección General para la Superación de la Pobreza a la Subdirección de Contratación de Prosperidad Social.

Las comunicaciones electrónicas emitidas desde la Subdirección de Contratación de Prosperidad Social durante el mes de noviembre de 2017, señalan que si bien la solicitud se venía trabajando por correo electrónico, posteriormente Diego Niño habría quedado de enviarla de manera formal concretando su alcance, dado que el tema era confuso e impreciso; esta fue remitida por Carolina Queruz a finales del mes de julio, y se revisaría con la

OFICINA ASESORA JURÍDICA

Comitadador (571) 5960800 Ext. 7815 Calle 7 No. 6-51 Urbina 209. Código Postal 110231 - Bogotá D.C. - Colombia  
[www.prosperidadsocial.gov.co](http://www.prosperidadsocial.gov.co)



Subdirectora de Contratación, dado que había divergencia entre la capacidad jurídica de las comunidades indígenas y las comunidades negras.

El Coordinador GIT Acompañamiento Étnico y Rural Comunitario de Subdirección General para la Superación de la Pobreza, mediante comunicación electrónica de fecha 12 de febrero de 2018, solicita a la Oficina Asesora Jurídica y Subdirección de Contratación colaboración en la emisión del concepto para contratar con comunidades afro e indígenas y sus distintas formas organizativas; menciona que revisada la trazabilidad de la solicitud, a la fecha no cuentan con ese importante insumo que les permita emitir una respuesta a las solicitudes enviadas por las comunidades étnicas, razón por la cual solicitan sea emitido el concepto, en razón a que el próximo 20 de febrero en el municipio de Tumaco, Nariño, se sostendrá una agenda de trabajo con las organizaciones en mención y uno de los puntos de la agenda es exponerles la posición de la entidad en relación con la posibilidad y los requisitos que las organizaciones deberían cumplir para celebrar un contrato con Prosperidad Social.

Frente a la respuesta dada por parte de la Subdirección de Contratación, se indica que la emisión de conceptos jurídicos no es una competencia asignada a ella, ya que la oficina que fija posición institucional es la Oficina Asesora Jurídica.

### III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

Para dar respuesta a la consulta y al problema jurídico planteado, el análisis se adelantará en los aspectos que se señalan a continuación.

#### 1. Consideraciones previas sobre la competencia para dar respuesta a los derechos de petición de consulta al interior de Prosperidad Social.

Sobre el particular, esta Oficina Asesora ya se había pronunciado mediante memorando radicado No. 20171900208483 del 15 de septiembre de 2017, en el cual se fijó la posición jurídica institucional sobre el ejercicio de la labor de asesoría jurídica al interior de la Entidad, por lo que se reitera lo allí señalado, en los siguientes términos:

##### a. De los términos para dar respuesta a las peticiones de consulta:

El artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015 establece sobre el derecho de petición lo siguiente:

*"Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción.*

*Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:*

#### 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.



**Parágrafo.** Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad deberá informar de inmediato, y en todo caso antes del vencimiento del término señalado en la ley, esta circunstancia al interesado expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, el cual no podrá exceder del doble del inicialmente previsto. (Subrayado fuera de texto).

En cuanto al trámite que se debe dar a la petición cuando el funcionario de una dependencia que recibe la solicitud no es el competente para resolverla, el artículo 3º de la Resolución 289 de 2017 (Por la cual se establece el Reglamento Interno para el trámite de las Peticiones, Quejas, Reclamos y Denuncias del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y el Fondo de Inversión para la Paz - FIP y se adoptan otras disposiciones), dispone sobre la petición de consultas, lo siguiente:

**"5. Consulta.** Solicitud por medio de la cual se busca someter a consideración de la Entidad aspectos en relación con las materias a su cargo. Los conceptos que se emiten en respuesta a la consulta no comprometen la responsabilidad de la Entidad, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución y carecen de fuerza vinculante."

En lo que atañe a la competencia para resolver la petición, el artículo 13 de la Resolución 289 de 2017, señala:

**Competencia para resolver las peticiones.** Las dependencias de la Entidad estipuladas en el artículo 9 del Decreto 2094 de 2016 y sus respectivos Grupos Internos de Trabajo descritos en las Resoluciones 00083 de 2016 y la 00192 de 2016, o la norma que la sustituya o remplace, deberán resolver de fondo y de manera oportuna las peticiones que sean recibidas en el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y que sean de su competencia. Esta se determinará según las funciones a cargo de cada Grupo Interno de Trabajo y el contenido de la petición, de forma que se resuelva de fondo lo indicado en la misma.

Cada dependencia y funcionario de la Entidad será responsable de dar trámite oportuno y de fondo a las peticiones que le sean asignadas según su competencia en la ruta de peticiones: recepción, radicación, asignación, resolución, remisión y respuesta.

(...)

**Parágrafo 2.** En caso de que la dependencia considere que no es de su competencia la resolución de una petición asignada, deberá devolverla inmediatamente a la dependencia encargada de orientar la gestión de peticiones al interior de la Entidad; para que se asigne a quien se considera competente. (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con todo lo anterior, cuando una dependencia reciba una petición debe determinar si es competente para dar respuesta de fondo, para lo cual revisará, de manera armónica e integral, las funciones señaladas en el Decreto 2094 de 2016 y la Resolución 03901 de 2016, además del contenido mismo de la petición.

En caso que la dependencia, luego de hacer el análisis antes referido, concluya que la competente para dar respuesta a la petición es otra área del Departamento, deberá remitirla

Las Resoluciones 00083 de 2016 y la 00192 de 2016 fueron derogadas por la Resolución 3901 de 2016.

OFICINA ASESORA JURÍDICA

Conmutador (57 1) 5960800 Ext. 7315 Calle 7 No. 5-54 Oficina 209. Código Postal 110231\* Bogotá D.C. - Colombia  
[www.prosperidadsocial.gov.co](http://www.prosperidadsocial.gov.co)



inmediatamente a la dependencia encargada de orientar la gestión de peticiones al interior de la Entidad, para que se asigne a quien se considera competente.

b. De las competencias de la Oficina Asesora Jurídica y la Subdirección de Contratación al interior de Prosperidad Social.

El artículo 14 del Decreto 2094 de 2016 establece las funciones de la Oficina Asesora Jurídica dentro de las cuales se destacan las siguientes:

1. Asesorar al despacho del Director del Departamento y a las demás dependencias de la Entidad en los asuntos jurídicos de competencia de la misma.

(...)

6. Dirigir la interpretación y definir los criterios de aplicación de las normas relacionadas con la misión y la gestión institucional.

(...)

8. Atender y resolver las consultas y peticiones de carácter jurídico elevadas al Departamento y por las diferentes dependencias de la Entidad.

Este conjunto de funciones se asumen a través del Grupo Interno de Trabajo de Asesoría y Producción Normativa que, de acuerdo con la Resolución 3901 de 2016, se desarrollan así:

**"ARTÍCULO 4. Oficina Asesora Jurídica.** Harán parte de la Oficina Asesora Jurídica los siguientes Grupos Internos de Trabajo, desarrollando las funciones que a continuación se asignan:

(...)

a. El Grupo Interno de Trabajo - Asesoría y producción normativa, tendrá las siguientes funciones:

1. Asesorar al despacho del Director General del Departamento y a las demás dependencias de la entidad, en los asuntos jurídicos de competencia de la misma, previo análisis de procedencia.
2. Dirigir la interpretación y definir los criterios de aplicación de las normas relacionadas con la misión y la gestión institucional.
3. Estudiar, conceptuar, elaborar y/o efectuar el control de legalidad sobre los proyectos de actos administrativos generales necesarios para la gestión de la entidad.
4. Atender y resolver las consultas de carácter jurídico elevadas al Departamento por las diferentes dependencias de la entidad y las entidades del sector.
5. Recopilar y mantener actualizada la información de las normas constitucionales, legales y reglamentarias, y la jurisprudencia relacionada con las competencias, misión institucional, objetivos y funciones del Departamento.
6. Estudiar y proyectar las consultas dirigidas a la Sala Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, promovidas por el Departamento y las entidades adscritas.
7. Elaborar, participar en la construcción y analizar la viabilidad jurídica de los proyectos de decretos presidenciales, en temas propios del Sector Administrativo de la Inclusión Social y la Reconciliación.



8. *Proyectar las intervenciones en las acciones públicas de inconstitucionalidad formuladas en contra de las normas con fuerza de ley que regulan asuntos de competencia del Departamento.*
9. *Analizar la viabilidad jurídica y conveniencia de los proyectos de decreto presentados por las entidades adscritas al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.*
10. *Elaborar los informes requeridos por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica.*
11. *Promover y desarrollar continuamente la implementación, mantenimiento y mejora del Modelo Integrado de Planeación y Gestión en sus actividades.*
12. *Las demás inherentes a la naturaleza y funciones del grupo."*

De otra parte, en cuanto a la Subdirección de Contratación, el Decreto 2094 del 2016 en su artículo 25 señala:

*"Subdirección de Contratación. Son funciones de la Subdirección de Contratación, las siguientes:*

1. *Asesorar al Secretario General y coordinar el control de legalidad de los procesos contractuales que celebre la Entidad.*
2. *Dirigir, coordinar, asesorar y adelantar los procesos de contratación, a nivel nacional y territorial, de conformidad con la normativa vigente.*
3. *Diseñar, asesorar, coordinar, bajo los lineamientos de la Secretaría General, estudios, recomendaciones, metodologías y procedimientos de contratación.*
4. *Planear, asesorar, vigilar, controlar y verificar el cumplimiento de los procesos y procedimientos relacionados con la Planeación y Gestión Contractual del Departamento Administrativo, determinados en forma legal o estatutaria.*
5. *Asesorar a las dependencias sobre las investigaciones de mercado que permitan orientar la adquisición de bienes y servicios que mejor satisfagan las necesidades del Departamento Administrativo y sus entidades adscritas y vinculadas.*
6. *Liderar el proceso de registro, actualización y seguimiento de proveedores teniendo en cuenta las políticas que establezca el Departamento Administrativo.*
7. *Vigilar, controlar y verificar la custodia de los documentos generados en los diversos procedimientos de contratación del Departamento Administrativo.*
8. *Dirigir los procesos de organización, coordinación, evaluación y control de los sistemas de información relacionados con la contratación del Departamento Administrativo.*
9. *Realizar la asistencia legal en los procesos contractuales sobre incumplimientos y sus reclamaciones frente a entidades aseguradoras.*
10. *Adelantar el procedimiento para la imposición de las multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, a que haya lugar en materia contractual.*
11. *Brindar asistencia técnica y soporte, en lo que respecta a los procedimientos de contratación a las entidades adscritas y vinculadas del Departamento Administrativo.*
12. *Promover y desarrollar continuamente la implementación, mantenimiento y mejora del Sistema Integrado de Gestión en la Dependencia.*
13. *Las demás inherentes a la naturaleza y funciones de la Dependencia." (Subrayado y negrilla fuera del texto)*

Se evidencia del numeral 2 de la norma antes transcrita el establecimiento de una función especial de asesoría en materia contractual, como quiera que los procesos de contratación involucran las etapas de planeación, precontractual, contractual y poscontractual. A su vez, del numeral 3 se desprende la función especial de asesoría, pero abarcando la generalidad de los estudios, recomendaciones, metodologías y procedimientos de contratación, esto es, ya no sujeto a un proceso de contratación en particular sino de forma abstracta.

**OFICINA ASESORA JURÍDICA**



Por su parte, la Resolución 3901 de 2016, reglamenta el Grupo Interno de Trabajo de Gestión Pre- Contractual, que dispone en su artículo 15, lo siguiente:

"b. El Grupo Interno de Trabajo - Gestión Pre Contractual, tendrá las siguientes funciones:

1. **Coordinar, asesorar, y adelantar los procesos de selección de la entidad de conformidad con la normatividad vigente.**
2. Ejercer control de legalidad en los procesos de selección, desde la revisión de estudios previos hasta la legalización del contrato que resulte del proceso de selección.
3. Proyectar y revisar los actos administrativos inherentes a los procesos de contratación hasta su adjudicación o declaratoria desierta o fallida.
4. Participar en las audiencias de los procesos de selección.
5. Realizar acompañamiento en los procesos de selección, hasta la legalización del contrato que resulte del proceso de selección o declaratoria desierta o fallida.
6. Elaborar los informes requeridos por el Subdirector de Contratación y la Secretaría General.
7. Promover y desarrollar continuamente la implementación, mantenimiento y mejora del Modelo Integrado de Planeación y Gestión en sus actividades.
8. Las demás que le sean asignadas de acuerdo con su naturaleza." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Complementario a las funciones entregadas por la Resolución 3901 de 2016 a la Subdirección de Contratación, vemos como de igual manera al Grupo Interno de Trabajo de Gestión Pre- Contractual le asiste, entre otras, el coordinar, asesorar, y adelantar los procesos de selección de la entidad de conformidad con la normatividad vigente.

La anterior labor implica que, en cada caso particular y concreto, debe orientar a las áreas responsables de los proyectos, en cuanto a las modalidades de selección que se deben utilizar para escoger a los contratistas que desarrollarán los mismos.

c. De la competencia en el caso concreto.

En el aparte anterior se relacionaron las disposiciones normativas que fijan las funciones para la Subdirección de Contratación y la Oficina Asesora Jurídica de Prosperidad Social. De acuerdo con las mismas, es evidente que las dos áreas tienen labores de asesoría, especiales para la Subdirección de Contratación en materia de contratación, y generales para la Oficina Asesora Jurídica en los demás casos.

Para ello se debe acudir a un análisis integral de las normas, en donde se debe tener en cuenta la naturaleza y razón de ser de cada una de las áreas.

Bajo este precepto resulta claro que la labor de asesoría de la Subdirección de Contratación se caracteriza por lo siguiente:

- Se da en el desarrollo de cada una de las etapas de la contratación a cargo del Departamento, especialmente en la de ejecución contractual;
- Tiene como finalidad el coordinar, asesorar, y adelantar los procesos de selección de la entidad.



Por la naturaleza de esta Subdirección, el campo jurídico de acción en el que se desenvuelve la asesoría, claramente es la contratación estatal. En tal virtud, la labor de asesoría tiene un carácter especializado y específico para cada caso concreto, vale decir, para cada contrato o proceso contractual, así como para cualquier tema en materia de contratación, para lo cual debe acudir a las fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales que desarrollan la contratación estatal y materias afines.

De conformidad con la característica anterior, los problemas jurídicos que surjan en relación con la interpretación de las estipulaciones contractuales, deben ser resueltos por esta Subdirección.

Por su parte, la Oficina Asesora Jurídica tiene una labor de asesoría que se caracteriza por lo siguiente:

- Es general para la Dirección y todas las áreas que integran Prosperidad Social, sin perjuicio que quien deba solicitar el concepto sea, además del Director, los Subdirectores, Secretario General, Directores Técnicos y Jefes de Oficina o dependencia. En este sentido, la Subdirección de Contratación puede solicitar consultas, en los eventos que considere necesaria realizarlas, a la Oficina Asesora Jurídica.
- Abarca temáticas jurídicas amplias en las diferentes ramas del derecho.
- La solución al problema jurídico planteado a la consulta, tiene un carácter general y abstracto, es decir, establece criterios jurídicos orientadores generales que deben ser aplicados en cada caso concreto que comparta los supuestos de hecho y de derecho motivo de la consulta.

En tal virtud y de cara al caso concreto, se debe señalar que es competencia de la Subdirección de Contratación, a través de su Grupo Interno de Trabajo de Gestión Pre- Contractual, asesorar a las áreas de la Entidad, en la escogencia de la modalidad de selección, de las previstas en el Régimen de Contratación Pública, para cada caso concreto y particular; así como señalar los requisitos que los futuros contratistas deben cumplir para la escogencia y suscripción del respectivo contrato.

Por su parte, la Oficina Asesora Jurídica imparte lineamientos de carácter general y abstracto para que sirvan de guía u orientación para que las distintas áreas de la Entidad, adopten las decisiones que correspondan y es, en ese marco, en el que se expide el presente concepto.

**2. De la capacidad para celebrar contratos de las comunidades Indígenas y Afro.**

**a. Comunidades indígenas**

El Decreto 1088 de 1993 regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas y establece que las mismas son entidades de Derecho Público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa:

OFICINA ASESORA JURÍDICA

Computador (57 1) 5960800 Ext. 7315 Calle 7 No. 6-54 Oficina 209, Código Postal 110231 Bogotá D.C. - Colombia  
[www.prosperidadsocial.gov.co](http://www.prosperidadsocial.gov.co)

2

3



**"Artículo 1° Aplicabilidad.** Los Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, en representación de sus respectivos territorios indígenas, podrán conformar asociaciones de conformidad con el presente Decreto.

**Artículo 2° Naturaleza Jurídica.** Las asociaciones de que trata el presente Decreto, son entidades de Derecho Público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Nótese que la norma consagra la calidad de entidades de derecho público a las asociaciones que regula dicho Decreto, es decir a las conformadas por cabildos o autoridades tradicionales indígenas, luego, es importante desde ya señalar que, estas instituciones, individualmente consideradas (no asociadas entre sí), no tendrán tal calidad, pues para ello, como lo señala la norma, deben estar asociadas.

A su turno, el Decreto 1953 de 2014 fija un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política; en su contenido dispone que los resguardos podrán asociarse para efectos de administrar y ejecutar los recursos de la asignación especial del Sistema General de Participaciones, en tanto que serán consideradas como personas jurídicas de derecho público especial.

La norma en comento, señala:

**"Artículo 3° Funcionamiento de los Territorios Indígenas.** Los Territorios Indígenas podrán ponerse en funcionamiento, de manera transitoria, de conformidad con las disposiciones del presente decreto, mientras el Congreso expide la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial que crea las entidades territoriales indígenas. Dichos territorios podrán entrar en funcionamiento en los siguientes casos:

1. Cuando un resguardo constituido por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, o su antecesor el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (Incora), tenga sus linderos claramente identificados.

2. Cuando un resguardo de origen colonial y republicano haya iniciado un proceso de clarificación que permita determinar sus linderos.

3. Cuando respecto de un área poseída de manera exclusiva, tradicional, ininterrumpida y pacífica por los pueblos, comunidades, o parcialidades indígenas que tenga un gobierno propio, se haya solicitado titulación como resguardo por las respectivas autoridades.

4. Cuando una o más categorías territoriales de las enunciadas en los numerales anteriores decidan agruparse para efectos de lo previsto en el presente decreto.

Para efectos de lo establecido en el numeral 4 del presente artículo, cuando existan conflictos por linderos internos entre dos o más resguardos contiguos y estos se agrupen para poner en funcionamiento un Territorio Indígena, no será necesario que tales linderos internos estén claramente identificados.



**"Artículo 4º. Asociaciones para la Administración Conjunta de la Asignación Especial del Sistema General de Participaciones. Los resguardos podrán igualmente asociarse para efectos de administrar y ejecutar los recursos de la asignación especial del SGP, siempre que acrediten los requisitos establecidos en el presente decreto para administrar dichos recursos. Para estos efectos las asociaciones de que trata el presente artículo serán consideradas como personas jurídicas de derecho público especial.**

Estas entidades tendrán un órgano colegiado, integrado por autoridades propias de los resguardos o Territorios Indígenas que las conforman, así como un representante legal, y deberán registrarse ante el Ministerio del Interior.

Para la conformación de las asociaciones de que trata el presente decreto se tendrá en cuenta la Ley de origen, derecho propio o derecho mayor de los respectivos pueblos indígenas que lo conforman." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Los artículos 9 y 12 de la mencionada norma señalan que para efectos del desempeño de las funciones públicas, los Territorios y Resguardos indígenas que hayan sido autorizados y se asocien entre sí, son considerados entidades estatales de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993; su capacidad será ejercida a través de su representante legal. Los Consejos Indígenas o estructuras colectivas similares de gobierno propio registrarán el nombramiento del representante legal del Territorio indígena ante la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, entidad que tendrá la función de certificar la representación legal.

En efecto, el artículo 9 del Decreto 1953 de 2014, dispone:

**"Artículo 9º. Capacidad Jurídica. Para los efectos del desempeño de las funciones públicas y de la consecuente ejecución de recursos de que trata el presente decreto, los Territorios y Resguardos Indígenas que hayan sido autorizados para administrar recursos del SGP conforme a lo dispuesto por este decreto serán considerados entidades estatales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993. Dicha capacidad será ejercida a través de su representante legal, conforme a lo dispuesto en el presente decreto." (Subrayado y negrilla fuera de texto)**

En lo que respecta a la ejecución de los recursos, el artículo 20 establece que se regirán por las normas del Estatuto Orgánico de Presupuesto, el Estatuto de Contratación Estatal, las normas contables que para este efecto defina la Contaduría General de la Nación y demás disposiciones.

**"Artículo 20. Ejecución de recursos. Los actos o contratos que expidan o celebren los Territorios Indígenas, según sea el caso, para la ejecución de los recursos a que hace referencia el presente decreto, se regirán por las normas del Estatuto Orgánico de Presupuesto, el Estatuto de Contratación Estatal, las normas contables que para este efecto defina la Contaduría General de la Nación y las demás disposiciones complementarias, y por las disposiciones vigentes para aquellos sectores en los cuales haya sido certificado.**

**Parágrafo.** Cuando los Territorios Indígenas requieran celebrar contratos con las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas constituidos bajo lo dispuesto en el Decreto



Al contestar por favor cite estos datos:  
Radicado No.: 20181900025123  
Fecha: 2018-02-15 14:16:50 PM

1088 de 1993, la modalidad de selección se surtirá de acuerdo con lo establecido en el literal c) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Y el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, consagra:

“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 ordenes y niveles.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Se dispone entonces, que los territorios indígenas, en materia contractual, son considerados como entidades estatales pero ¿qué se entiende por territorio indígena?

El artículo 13 numeral 2 del Convenio 169 de 1989 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, señala que por territorio indígena se debe entender *lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan, de alguna otra manera.*

De conformidad con todo lo anterior, para efectos contractuales ha de tenerse en cuenta que tienen la calidad de entidades estatales y, por tanto, capacidad para contratar, los territorios indígenas, los resguardos y las asociaciones de cabildos o autoridades tradicionales indígenas.

En este sentido se pronunció Colombia Compra Eficiente al señalar:

**“1. El artículo 329 de la Constitución Política establece que la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.**

**2. El artículo 56 transitorio de la Constitución Política señala que mientras se expide la Ley orgánica de ordenamiento territorial, el Gobierno podrá dictar las normas relativas al funcionamiento de los territorios indígenas.**

**3. El artículo 2 del Decreto 2164 de 1995 define al cabildo indígena exclusivamente para fines de dicho Decreto, como una entidad pública especial (Respecto a las entidades públicas especiales ver la Sentencia C508 de 1997 de la Corte Constitucional).**

**4. La Ley 80 de 1993 define a los Territorios Indígenas como Entidades Estatales, y en general a los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para contratar.**

**5. El Decreto 1953 de 2014 considera como Entidades Estatales de acuerdo a lo establecido en la Ley 80 de 1993, a los Territorios y Resguardos Indígenas que hayan**

**sido autorizados para administrar recursos del Sistema General de Participaciones.**

Este Decreto únicamente otorgó capacidad para contratar con el Estado a los Resguardos Indígenas que estén en la situación y hayan cumplido los requerimientos previstos por ese mismo Decreto; sin embargo establece la modalidad de selección cuando los Territorios Indígenas requieran celebrar contratos con las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas.

6. El Consejo de Estado ha manifestado que **“La ley no ha concedido capacidad contractual a los Cabildos Indígenas y por lo mismo ni los gobernadores de éstos, ni los Cabildantes, están habilitados para celebrar ningún tipo de contrato, entre ellos los interadministrativos, que sólo se celebran entre las entidades estatales a que se refieren los artículos 2° de la ley 80 de 1993 y 95 de la ley 489 de 1998. Una vez sean reglamentados los territorios indígenas por la ley de ordenamiento territorial, éstos podrán celebrar todo tipo de contratos, pues están clasificados como entidades estatales con capacidad contractual.”**

7. Así las cosas, **la ley no ha otorgado capacidad para contratar con el Estado a los cabildos indígenas; pues a la luz del Decreto 1953 de 2014 sólo los resguardos indígenas tienen capacidad para contratar.”** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Se puede concluir entonces, que el concepto de territorio indígena es amplio, por lo que la determinación de la capacidad jurídica para contratar, depende de la habilitación legal para ello. En tal virtud, aunque la Ley 80 de 1993 otorga la calidad de entidad estatal a todos los territorios indígenas, al no estar reglamentados éstos en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley 1454 de 2011) **el ordenamiento jurídico vigente solo le otorga esta capacidad a los resguardos y a las asociaciones de cabildos o autoridades tradicionales indígenas.**

**b. Comunidades Afro.**

La Ley 70 de 1993 por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política, les reconoce a las comunidades negras el derecho a la propiedad colectiva, así mismo establece mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

El Decreto 1066 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, en su Parte 5- Grupos Étnicos- Título 1. Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, reglamenta lo concerniente a la conformación, organización y manejo de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales o Palenqueras.

Dicho Decreto, en su artículo 2.5.1.2.12, determina las funciones del Representante-Legal del Consejo Comunitario, entre otras, la de representar a la comunidad, en cuanto a persona

<sup>2</sup> Concepto radicado No. 216130001422.



jurídica y Previa aprobación de la Junta del Consejo Comunitario, celebrar convenio o contratos, así:

**Artículo 2.5.1.2.12 Funciones del Representante Legal del Consejo Comunitario.** Son funciones del Representante Legal del Consejo Comunitario, entre otras, las siguientes:

1. **Representar a la comunidad, en cuanto persona jurídica.**
2. Presentar ante el Incoder previo aval de la Asamblea General y de la Junta del Consejo Comunitario, la solicitud de titulación colectiva del territorio de la comunidad que representa.
3. Presentar, ante la autoridad ambiental competente y ante el Ministerio de Minas y Energía, las solicitudes de aprovechamiento, exploración y explotación de recursos naturales, en beneficio de la comunidad, previa aprobación de la Junta del Consejo Comunitario, exceptuándose los usos por ministerio de la Ley, respecto de los recursos naturales renovables.
4. Las demás que le asigne la ley y el reglamento interno.
5. Previa aprobación de la Junta del Consejo Comunitario, **celebrar convenio o contratos y administrar los beneficios derivados de los mismos.** (Negrilla fuera de texto)

Sin embargo, de estas funciones no es posible derivar la naturaleza de la persona jurídica denominada Consejo Comunitario, por lo cual es pertinente traer a colación el análisis efectuado por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera en la sentencia del 16 de abril de 2015, bajo el radicado número: 11001-03-24-000-2013-00128-00, en el cual se señaló lo siguiente:

*"De suerte que de la interpretación sistemática del artículo 55 Transitorio de la Constitución Política y de la Ley 70 de 1993 vale decir para efectos de uno y otra, que una **comunidad negra es una entidad privada con personería jurídica de origen legal conformada por un conjunto de familias que tienen ascendencia afrocolombiana**; poseen una cultura propia; una historia común o compartida; tradiciones y costumbres propias; asentadas en un territorio determinado de zona rural, que explotan ancestralmente con métodos de producción propios, **cuya administración interna y ejercicio de sus derechos está a cargo del consejo comunitario y un representante legal elegido por éste**." (Negrilla y subraya fuera de texto)*

Por consiguiente, los Consejos Comunitario son entidades de naturaleza privada con personería jurídica sometidas a la formalidad de la inscripción posterior en el Ministerio del Interior y, en tal virtud, sus relaciones contractuales con las entidades estatales, se deben dar en el marco del Régimen de Contratación Pública:

3. **De las modalidades de selección de contratistas aplicables en la contratación estatal.**

El Régimen de Contratación Pública contempla varias modalidades de selección de contratistas, correspondiendo, en cada caso, verificar las condiciones y requisitos para acudir a cada una de ellas.



En efecto, el artículo segundo de la Ley 1150 de 2007, dispone:

*De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas...* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Como se evidencia, la norma hace referencia a varias modalidades de selección de las cuales analizaremos, teniendo en cuenta el caso sometido a consideración, la licitación pública y la contratación directa.

a. Licitación Pública.

El numeral 1º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 señala que la escogencia del contratista se efectuará **por regla general** a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 de dicho artículo.

Sobre esta modalidad de selección, recogiendo pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales, MATA LLANA ha señalado que *el ordenamiento jurídico le impone a la Administración, la obligación de hacer licitaciones públicas para la escogencia de la propuesta más favorable para los intereses de la entidad estatal; obligación cuya omisión genera la nulidad absoluta del negocio jurídico por violación de las normas imperativas de orden público. Mediante este procedimiento se protegen los intereses económicos del Estado, porque a través de la libre concurrencia y la oposición, se procura la celebración del contrato con el licitante que presente el precio más favorable y ajustado a las condiciones del mercado, evitando los sobrecostos que se podrían derivar de una contratación directa... la licitación materializa el principio constitucional de la igualdad ante la ley, al brindarle la oportunidad a todos los asociados de acceso a los beneficios del Estado y, de paso, garantiza un adecuado control de la sociedad sobre la gestión pública; por cuanto este procedimiento respalda la selección objetiva y la transparencia, evitando la discrecionalidad de la Administración.*<sup>3</sup>

Como se evidencia, la licitación pública materializa los principios constitucionales y legales que rigen la contratación pública que se erigen en un mandato de obligatorio cumplimiento para las autoridades sujetas a este régimen.

Por lo tanto, **siempre que se requiera adelantar un proceso de selección de contratistas, lo primero a lo que se debe acudir es a la licitación pública, salvo que, en el caso concreto, se den las condiciones previstas legalmente para contratar por otra modalidad.**

b. Contratación Directa.

El numeral 4º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 dispone:

MATA LLANA, CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1995. Universidad Externado de Colombia. 4ª Edición. Diciembre de 2015. Página 582 y 583.

P



Al contestar por favor cite estos datos:  
Radicado No.: 20181900025123  
Fecha: 2018-02-15 14:16:50 PM

4. *Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:*

a) *Urgencia manifiesta;*

b) *Contratación de empréstitos;*

c) *Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.*

*En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.*

*En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.*

*Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales;*

d) *La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;*

e) *Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas;*

f) *Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las Leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen; siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público;*

g) *Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;*

h) *Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;*

i) *El arrendamiento o adquisición de inmuebles.*

Se evidencia entonces que, mediante esta modalidad, se puede prescindir de la obtención de varias ofertas cuando se configure alguno de los eventos señalados en la norma.



Merece especial atención, una de las causales de contratación directa, como lo es la referida a los contratos interadministrativos.

La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes del territorio colombiano, conforme con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política y las leyes colombianas.

El artículo 2° de la Constitución Política, establece como fines esenciales del Estado los siguientes:

*"servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)"*

En complemento, el inciso 2° del artículo 209 de la Constitución Política, ordena que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Por su parte el artículo 6° de la Ley 489 de 1998 manifiesta que, en virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales.

Esta premisa se complementa en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, al dictaminar lo siguiente:

*"Las entidades públicas podrán asociarse 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"*

Esta coordinación entre entidades puede realizarse, facultarse o formalizarse a través de la celebración de uno o varios convenios o contratos interadministrativos que en últimas son herramientas del derecho público cuya finalidad ulterior consiste en facilitar y convertirse en un medio idóneo para agilizar la administración pública.

De otra parte y aunque no está referida en el Régimen de Contratación Pública, es importante destacar la figura de los convenios de asociación.

Los artículos 209 y 355 de la Constitución Política y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, facilitan a las entidades estatales, a asociarse con personas jurídicas particulares sin ánimo de lucro, mediante la celebración de contratos de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley, con el objeto de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo.

El objeto del contrato, como lo dispone la norma constitucional, se refiriere a programas o actividades de interés público, lo cual hace entender que se trata de la ejecución de proyectos específicos vinculados al objeto propio de la entidad privada sin ánimo de lucro.

**OFICINA ASESORA JURÍDICA**



Los contratos de asociación tenían como régimen normativo lo dispuesto en los Decretos 777 de 1992 y 1403 de 1992, en los cuales se determinaba con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes y el régimen jurídico aplicable a dichos contratos.

Sin embargo, estos Decretos fueron derogados por el Decreto 092 de 2017. Esta norma introdujo cambios significativos a las condiciones y requisitos exigidos para celebrar convenios de asociación.

Es así como el artículo 2º de dicha norma, dispone:

"Artículo 2. Procedencia de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.

Las Entidades Estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y del presente decreto, siempre que el Proceso de Contratación reúna las siguientes condiciones:

a) Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de Entidad Estatal con los cuales está busque exclusivamente promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a paz, manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana;

(b) Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato; y

(c) Que no exista oferta en el mercado de bienes, obras y servicios requeridos para la y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos.

La Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal que contrate bajo esta modalidad deberá indicar expresamente en los Documentos del Proceso, cómo el Proceso de Contratación cumple con las condiciones establecidas en el presente artículo y justificar la contratación con estas entidades en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo.

Estas Entidades Estatales pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del presente decreto, previa autorización expresa de su representante legal para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planea suscribir bajo esta modalidad. El representante legal de la Entidad Estatal no podrá delegar la función de otorgar esta autorización. La Entidad Estatal deberá acreditar en los Documentos del Proceso la autorización respectiva." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

## OFICINA ASESORA JURÍDICA



Se evidencia de lo anterior que para que el convenio de asociación sea procedente, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- i) El objeto del convenio debe enmarcarse dentro de un programa o actividad prevista en el Plan Nacional de Desarrollo y, por tanto, estar a cargo de la entidad contratante.
- ii) Estos programas o actividades deben tener relación estrecha y directa con las siguientes temáticas:
  - Promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión,
  - Promover los derechos de las minorías,
  - Promover el derecho a la educación,
  - Promover el derecho a paz,
  - Promover las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas
  - Promover la diversidad étnica colombiana.

Lo anterior significa que la Entidad Estatal debe verificar que el programa que quiere ejecutar a través del convenio de asociación, tenga como finalidad, alguna de las temáticas antes señaladas.

- iii) No puede pactarse una contraprestación directa para el contratista por la prestación de un servicio al Estado.
- iv) Las personas jurídicas deben ser las únicas que pueden ofrecer la posibilidad de ejecutar el objeto contractual o, en caso de existir más, acreditar que lo pueden hacer de mejor manera que las otras, en términos de optimización de recursos.

**4. Del caso concreto.**

Para dar respuesta al interrogante sobre cuáles son los requisitos que deben cumplir las comunidades afro e indígenas para celebrar un contrato o convenio con Prosperidad Social, es necesario hacer precisión en el hecho de que cada forma organizativa además de poseer en común la obligación de encontrarse debidamente registradas ante el Ministerio del Interior, comprende un conjunto de particularidades propias que determinan el régimen contratación:

En este sentido para determinar, cual es la modalidad de contratación y los requisitos propios de la misma, es necesario realizar un examen en particular del objeto y la naturaleza jurídica de las organizaciones frente a la Ley 80 de 1993.

Es así como, de acuerdo con lo desarrollado a lo largo de este concepto, independientemente de la calidad del futuro contratista, la regla general será la selección por licitación pública. Empero, si se configura algunas de las causales de contratación directa, para el caso de las comunidades indígenas, específicamente resguardos y asociaciones de cabildos o autoridades indígenas, será posible celebrar convenios interadministrativos dada la naturaleza de entidades estatales que les confiere el ordenamiento jurídico vigente. En los demás casos, se

**OFICINA ASESORA JURÍDICA**



les dará el mismo tratamiento que a los particulares en sus relaciones contractuales con el Estado.

Para el caso de las comunidades afro, dado que se consideran de derecho privado, su tratamiento igualmente será el de los particulares que contratan con la administración pública, siendo eventualmente posible, suscribir con estas convenios de asociación siempre y cuando cumplan con los requisitos del Decreto 092 de 2017.

#### **IV. CONCLUSIONES.**

De conformidad con lo desarrollado a lo largo de este concepto, la respuesta al problema jurídico planteado consistente en determinar cuáles son los requisitos que deben cumplir las comunidades afro e indígenas para celebrar un contrato con Prosperidad Social, depende en cada caso de la naturaleza jurídica de las mismas, siempre de conformidad con las normas que regulan la contratación pública, así como el Manual Interno de Contratación de Prosperidad Social en donde se establecen las modalidades de selección de los contratistas y el procedimiento a seguir.

Para finalizar, es importante señalar que la asesoría respecto de las modalidades de contratación aplicables a cada uno de los casos en particular deberá ser definida por la Subdirección de Contratación.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico, constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,

**LUCY EDREY ACEVEDO MENESES**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica

C.C. ANYI CATALINA CARRERA JURADO. Subdirección de Contratación  
C.C. PAULA MORENO LONDOÑO. Dirección de Acompañamiento Familiar y Comunitario

Proyectó: Sandra G  
Revisó: Omar B