**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Tipos de restricciones** **‒** **Ámbito temporal**

[…] la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. En primer lugar, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las citadas excepciones. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. En segundo lugar, también se encuentra la prohibición del parágrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición por elección de cargos populares – Convenios y contratos interadministrativos – Definición – Criterio orgánico**

Los convenios o contratos interadministrativos que se restringen en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, son únicamente aquellos en que se dispone la ejecución de recursos públicos, para evitar que mediante la suscripción de estos se comprometa el erario con fines políticos o partidistas.

[…] para determinar el alcance de la prohibición consagrada por la Ley de Garantías Electorales, conviene precisar la tipología de convenios o contratos interadministrativos. Aunque la ley no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales. De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

**CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Modalidad de selección**

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes. Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

**MODIFICACIÓN DE LA LEY 2159 DE 2021 – Ley Anual de Presupuesto – Parágrafo del artículo 38 Ley de Garantías – Transitoriedad**

En su inciso segundo, el artículo 124 dispone la modificación del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 sin establecer un nuevo texto sino simplemente anunciando que tal disposición se entenderá modificada «únicamente en la parte pertinente». Debe advertirse que la modificación introducida por la Ley del Presupuesto al parágrafo del artículo 38 resulta ser meramente temporal o transitoria, toda vez que se halla circunscrita, solamente, a un lapso específico, comprendido entre la fecha en que se publique la Ley de Presupuesto y el término de la vigencia fiscal del año 2022. Por tanto, la variación efectuada será aplicable a las elecciones de cargos de elección popular que sean llevadas a cabo en el lapso mencionado en la disposición, lo cual quiere decir que una vez culmine la vigencia fiscal del 2022, el texto del parágrafo del artículo 38 se entenderá en su sentido y contenido original. De ahí que, para ser más precisos, técnicamente se trata de una suspensión transitoria de la prohibición, teniendo en cuenta que la norma es de carácter temporal y que en realidad no varía o cambia de forma permanente una norma general prevista en la Ley 996 de 2005, sino que prevé su inaplicación desde que comience a regir la Ley de Presupuesto y durante la vigencia fiscal 2022.

[…] la Ley 2159 de 2021 modificó parcial y transitoriamente el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en aspectos temporales, subjetivos y teleológicos. En particular, suspende la prohibición de celebrar convenios y contratos interadministrativos contenida en el parágrafo del artículo 38, siempre y cuando tales acuerdos se suscriban entre la Nación y las entidades territoriales, dentro de la vigencia fiscal del año 2022 y para la ejecución de programas o proyectos de inversión incluidos en el Presupuesto General de la Nación.

**MODIFICACIÓN DE LA LEY 2159 DE 2021 – Ley Anual de Presupuesto – Modificación artículo 38 Ley de Garantías – Nación – Entidades descentralizadas**

[…] la expresión «Nación» utilizada por la Ley 2159 de 2021 hace referencia a las entidades públicas del sector central de la rama ejecutiva y de las demás ramas del poder público, así como a los órganos autónomos e independientes que se han previsto por la Constitución Política para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, los cuales cuentan con capacidad para celebrar contratos en nombre de ella, pues comparten su personería jurídica. En caso contrario, esto es, cuando la entidad tenga personería jurídica propia y, por tanto, no celebre contratos en nombre de la Nación, permanecerá incólume la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales.

**LEY 80 DE 1993 − Contrato interadministrativo − Convenio interadministrativo**

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista, debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que se eleve a escrito. Por otra parte, si bien actualmente el EGCAP hace referencia de manera expresa al contrato interadministrativo o en términos generales a los interadministrativos y no al convenio, no por esto puede concluirse que se trate de figuras totalmente diferentes, pues las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

**CABILDOS INDÍGENAS – Autoridades indígenas – Asociaciones**

Con fundamento en el artículo 56 transitorio de la Constitución Política, el Gobierno Nacional fue autorizado para expedir las normas fiscales y las demás necesarias para el funcionamiento de los territorios indígenas, hasta tanto la Ley de Ordenamiento Territorial fuera expedida. De este modo, basados en el artículo 56 de la Constitución Política, en junio de 1993 se expidió el Decreto 1088, «Por el cual se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas», que otorgó a los cabildos y/o autoridades indígenas la posibilidad de conformar asociaciones, atribuyéndoles la naturaleza de entidades de derecho público, de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

**RESGUARDOS INDÍGENAS – Naturaleza jurídica**

Posteriormente se expidió el Decreto 2164 de 1995, «Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional», norma compilada por el Decreto 1071 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural», y contiene las definiciones de resguardo, cabildo y autoridad indígena.

**AUTORIDAD TRADICIONAL – Cabildo indígena – Definiciones**

4. Autoridad tradicional. Las autoridades tradicionales son los miembros de una comunidad indígena que ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización, gobierno, gestión o control social.

Para los efectos de este título, las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas tienen, frente al Incoder, la misma representación y atribuciones que corresponde a los cabildos indígenas.

5. Cabildo Indígena. Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por esta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad. [...] (Cursiva fuera de texto).

**ORGANIZACIONES INDÍGENAS – CONTRATOS O CONVENIOS INTEADMINISTRATIVOS – Se entenderán que son interadministrativos si la ley cataloga a estos sujetos como entidades públicas - Cabildos indígenas – Resguardos indígenas – Naturaleza jurídica – Ley de Garantías electorales**

De acuerdo con las consideraciones del numeral 2.2, los contratos o convenios interadministrativos se definen por la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. En este contexto, con respecto a lo previsto en el Decreto 252 de 2020, al permitir la contratación directa de entidades públicas con cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia, se entenderán que son interadministrativos si la ley cataloga a estos sujetos como entidades públicas. En estos casos aplicará la restricción del artículo 38 de la Ley de Garantías modificado transitoriamente por el artículo 124 de la Ley del Presupuesto en los términos explicados ut supra.

**CCE-DES-FM-17**



Bogotá, 1 de Abril

Señor

**Orlando Rayo Acosta**

Bogotá D.C.

 **Concepto C – 141 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Tipos de restricciones ‒ Ámbito temporal / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES ‒ Prohibición comicios cargos de elección popular – Convenios y contratos interadministrativos – Definición – Criterio orgánico / CONTRATOS Y CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Modalidad de selección / MODIFICACIÓN DE LA LEY 2159 DE 2021 – Ley Anual de Presupuesto - parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías – transitoriedad / MODIFICACIÓN DE LA LEY 2159 DE 2021 – Ley Anual de Presupuesto - parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías – Nación – entidades descentralizadas / LEY 80 DE 1993 − Contrato interadministrativo − Convenio interadministrativo / CABILDOS INDÍGENAS – Autoridades indígenas – Asociaciones / RESGUARDOS INDÍGENAS – Naturaleza jurídica / AUTORIDAD TRADICIONAL – Cabildo indígena – Definiciones / ORGANIZACIONES INDÍGENAS – Cabildos indígenas – Resguardos indígenas – Naturaleza jurídica |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220217001579 |

Estimado señor Rayo:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde la consulta radicada el 16 de febrero de 2022.

**1. Problema planteado**

Teniendo en cuenta el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 modificó transitoriamente la restricción del artículo 38 de la Ley de Garantías para la suscripción de contratos o convenios interadministrativos, usted solicita «[…] que la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente generé (sic) lineamientos dirigidos a la contratación con las comunidades de pueblos indígenas del país, por medio de sus distintas formas organizativas […]».

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto-Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. En este sentido, la Subdirección de Gestión Contractual –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Para estos efectos, se realizará un análisis de los siguientes temas: i) definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales, ii) restricciones en los comicios para cargos de elección popular, iii) modificaciones de la Ley de Garantías Electorales realizadas por la ley anual del presupuesto de la vigencia fiscal 2022 y iv) naturaleza jurídica de las formas de asociación indígena.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha impartido lineamientos sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005 y también se ha pronunciado al respecto, entre otros, en los Conceptos 4201912000004632 del 6 de agosto de 2019, 2201913000005655 del 8 de agosto de 2019, 2201913000006283 del 27 de agosto de 2019, 2201913000006521 del 3 de septiembre de 2019, 2201913000006634 del 6 de septiembre de 2019, 2201913000006639 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000007430 del 7 de octubre de 2019, 2201913000007565 del 10 de octubre de 2019, 2201913000008259 del 6 de noviembre de 2019, C-074 del 17 de marzo de 2021, C-075 del 16 de marzo de 2021, C-227 de 2021 del 5 de mayo de 2021, C-259 del 2 de junio de 2021, C-296 del 22 de junio de 2021, C-337 del 13 de julio de 2021, C-350 del 16 de julio de 2021, C-352 del 27 de julio de 2021, C-374 del 16 de septiembre de 2021, C-381 del 2 de agosto de 2021, C-391 del 11 de agosto de 2021, C-396 del 13 de agosto de 2021, C-401 del 10 de agosto de 2021, C-413 del 17 de agosto de 2021, C-439 del 27 de agosto de 2021, C-456 del 3 de septiembre de 2021, C-481 del 98 de septiembre de 2021, C-495 del 15 de septiembre de 2021, C-497 del 15 de septiembre de 2021, C-499 del 15 de septiembre de 2021, C-523 del 10 de octubre de 2021, C-528 del 27 de septiembre de 2021, C-543 del 9 de noviembre de 2021, C-550 del 5 de octubre de 2021, C-557 del 7 de octubre de 2021, C-563 del 8 de octubre de 2021, C-606 del 3 de noviembre de 2021, C-614 del 2 de noviembre de 2021, C-633 del 11 de noviembre de 2021, C-634 del 11 de noviembre de 2021, C-636 del 16 de noviembre de 2021, C-674 del 6 de diciembre de 2021, C-677 del 4 de diciembre de 2021, C-695 del 22 de diciembre de 2021, C-699 del 6 de enero de 2022, C-700 del 6 de enero de 2021, C-723 del 28 de diciembre de 2021, C-715 del 21 de enero de 2022, C-718 del 24 de enero de 2022, C-726 del 24 de enero de 2022 y C-023 del 22 de febrero de 2022. La tesis desarrollada en estos conceptos se reitera y complementa a continuación:

**2.1. Definición y finalidad de la Ley de Garantías Electorales: alcance de las restricciones**

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración pública*.* Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los servidores públicos y en cuanto a aspectos políticos establece restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral[[1]](#footnote-1).

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005, conocida como «Ley de Garantías Electorales», se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial[[2]](#footnote-2). En esta medida, introduce limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional ha abordado la definición de la Ley de Garantías Electorales. De esta manera, explica que tiene como propósito:

[…] la definición de reglas claras que permitan acceder a los canales de expresión democrática de manera efectiva e igualitaria. El objetivo de una ley de garantías es definir esas reglas.

[…]

Una ley de garantías electorales es una guía para el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa. Un estatuto diseñado para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para a los electores. Una ley de garantías busca afianzar la neutralidad de los servidores públicos que organizan y supervisan las disputas electorales, e intenta garantizar el acceso igualitario a los canales de comunicación de los candidatos. Igualmente, una ley de garantías debe permitir que, en el debate democrático, sean las ideas y las propuestas las que definan el ascenso al poder, y no el músculo económico de los que se lo disputan.[[3]](#footnote-3)

En este contexto, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes y paralelamente se incluyen restricciones en el actuar de los servidores públicos, evitando interferencias en la contienda electoral, así como la posible desviación de recursos públicos en aspiraciones electorales. Por ello, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al analizar la referida ley, precisó lo siguiente:

No está de más recordar que las prohibiciones, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal; la tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; y su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris y la interpretación extensiva. Las normas legales de contenido prohibitivo hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas, modificadas, ampliadas o adicionadas por acuerdo o convenio o acto unilateral.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional[[4]](#footnote-4) y del Consejo de Estado[[5]](#footnote-5), coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación -así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador[[6]](#footnote-6).

 De conformidad con lo anterior, la Ley de Garantías Electorales fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. Así, con la finalidad de preservar la igualdad entre los candidatos en las elecciones, aumentó las garantías en materia de contratación, de forma que no exista siquiera sospecha de que, por ese medio, en los periodos previos a la contienda electoral, se altere las condiciones de igualdad entre los candidatos. Específicamente, las restricciones consagradas en la citada ley se dirigen a dos (2) tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como a nivel territorial.

Por un lado, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe «[…] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado» durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo «[…] lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias»[[7]](#footnote-7).

Por otro lado, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital «[…] celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista»[[8]](#footnote-8). La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha aclarado la distinción en la aplicación de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005, dependiendo del tipo de elección que se trate. Al respecto, considera que:

La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.[[9]](#footnote-9)

De conformidad con lo anterior, la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. *En primer lugar*, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las citadas excepciones. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. *En segundo lugar*, también se encuentra la prohibición del parágrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

Ambas restricciones no son excluyentes, lo que permite concluir que en el período preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, tratándose de elecciones en general, excluyendo las correspondientes al Presidente de la República, las autoridades allí mencionadas sólo deben aplicar las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005, señaló que, para que la garantía sea plena, era necesario que la prohibición se aplicara para el Presidente o el Vicepresidente desde que éstos –estando en ejercicio de su cargo– manifiesten el interés de ser candidato presidencial, lo cual debe ocurrir seis meses antes de la elección en primera vuelta, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 996 de 2005. Sin embargo, el condicionamiento impuesto por la Corte Constitucional, relacionado con el momento en que estas restricciones empiezan a regir para el Presidente y el Vicepresidente de la República, ha perdido vigencia ante la prohibición de la reelección presidencial, restablecida por el Acto Legislativo 2 de 2015, excepto para el Vicepresidente que no haya ejercido la presidencia o que la haya ejercido por un tiempo inferior a tres (3) meses durante el respectivo cuatrienio, en forma continua o discontinua, conforme al artículo 197 de la Constitución Política.

**2.2.** **Restricciones** **para la celebración de contratos y convenios interadministrativos en los comicios para cargos de elección popular**

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 dispone que «[l]os Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos». Los convenios o contratos interadministrativos que se restringen en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, son únicamente aquellos en que se dispone la ejecución de recursos públicos, para evitar que mediante la suscripción de estos se comprometa el erario con fines políticos o partidistas[[10]](#footnote-10).

Para determinar el alcance de la prohibición consagrada por la Ley de Garantías Electorales, conviene precisar la tipología de convenios o contratos interadministrativos. Aunque la ley no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[11]](#footnote-11). De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes[[12]](#footnote-12). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

La Corte Constitucional expresó en la Sentencia C–671 de 2015 que «Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública». Así las cosas, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales[[13]](#footnote-13).

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, ya que comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, por regla general, a la celebración de los contratos interadministrativos.

Así las cosas, la ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso donde sea posible la participación de los interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa, pues, como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, de la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades estatales.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista, debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que se eleve a escrito. Por otra parte, si bien actualmente el EGCAP hace referencia de manera expresa al contrato interadministrativo o en términos generales a los interadministrativos y no al convenio, no por esto puede concluirse que se trate de figuras totalmente diferentes, pues las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Es bueno destacar que el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que no hay lugar a dudas que representan lo mismo en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. De este modo, es posible concluir que en la contratación estatal no existen mayores diferencias entre convenio y contrato y, dando aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil, puede afirmarse que se trata de figuras equivalentes.

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que «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 […]», esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que «Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil […]»[[14]](#footnote-14).

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena tener en cuenta que cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia han establecido algunas diferencias o caracterización de los contratos interadministrativos frente a los convenios interadministrativos de que trata el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. Por ejemplo, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de junio de 2019 expresó:

La Sala de Consulta y Servicio Civil[[15]](#footnote-15) de esta Corporación se ha referido a los *“convenios interadministrativos”* a los cuales alude el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, calificándolos de *“puros”* y entendiendo que estos, además de perseguir la finalidad de cooperación antes indicada, no implican intereses contrapuestos ni tampoco se circunscriben a un *“intercambio patrimonial”*. Sin perjuicio de lo anterior, en otra oportunidad, la misma Sala[[16]](#footnote-16) había indicado que, si bien en dichos convenios no se daba un *“verdadero intercambio de bienes o servicios (contrato conmutativo)”*, ello no impedía que se conviniera una remuneración a cargo de alguna(s) entidad(es).

Lo expuesto evidencia que, en general, las interpretaciones en torno a los *“convenios interadministrativos”* previstos en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en el propósito de encasillarlos dentro de una categoría normativa delimitada en su estructura, elementos y régimen jurídico, han sido dubitativas al vincular o no las obligaciones propias de dichos convenios con las de los contratos estatales sometidos al EGCAP, las cuales tienen por objeto prestaciones patrimoniales[[17]](#footnote-17)[[18]](#footnote-18).

 Vale la pena reiterar que el legislador y el ordenamiento jurídico, en general, en distintas ocasiones utiliza de forma indistinta los conceptos de contrato o convenio para referirse a la misma institución jurídica[[19]](#footnote-19). Incluso, la Corte Constitucional fundamenta la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos de forma directa, con fundamento en la causal establecida en la Ley 1150 de 2007 respecto a los contratos interadministrativos[[20]](#footnote-20).

 En desarrollo de lo anterior, se destaca que la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, pese a reconocer que se han realizado algunas distinciones jurisprudenciales en torno a los contratos y convenios interadministrativos, relacionados con el alcance de las obligaciones que los caracterizan, señala que no existe una definición legal que diferencie los conceptos de convenio o de contrato. En tal sentido, de acuerdo con las consideraciones expuestas en este numeral los asimila para efectos de aplicar las disposiciones que tangencialmente se refieren a uno u otro vocablo, por ejemplo, lo que resulta bastante relevante para este concepto, para la aplicación de la Ley de Garantías. En este sentido, la Circular, refiriéndose al parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, expresa:

Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos. Toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para tal fin, se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas.

No obstante, por vía jurisprudencial se ha establecido que en los contratos interadministrativos existe una contraprestación directa a favor de la entidad que ha entregado el bien o prestado el servicio a la Entidad contratante, habilitado para ello por su objeto legal como entidad ejecutora, como quiera que las obligaciones asignadas legalmente a aquella entidad pública están directamente relacionadas con el objeto contractual. Por su parte, en los convenios interadministrativos las entidades se asocian con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, sin que exista una contraprestación para ninguna de las entidades ni la prestación de un servicio a cargo de alguna de ellas y en favor de la otra parte del convenio.

En el contexto de la Ley de Garantías, las restricciones además de propender por la igualdad de los candidatos están encaminadas a evitar que por medio de la contratación se altere la voluntad popular, lo cual se puede lograr a través de contratos o convenios. En este sentido, la prohibición que establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías consiste en evitar que los recursos del Estado se ejecuten para lograr apoyos indebidos mediante la suscripción de contratos y/o convenios, que para efectos de la Ley de Garantías tienen la misma connotación y propósito.

 Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera la conclusión en el sentido de que lo que define los contratos o convenios interadministrativos es la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. Además, como se indicó en la Circular citada, no existe una definición legal que diferencie los conceptos de contrato y convenio, por lo que se partió de su asimilación para la aplicación de la Ley de Garantías. En tal sentido, las referencias realizadas por el legislador a estos términos deben asimilarse, salvo que de su contenido se logre inferir que se le quiere otorgar un contenido en particular, pues como se expresó, el legislador utiliza estos conceptos de forma indistinta.

Se observa entonces que el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. En este sentido, si una o ambas partes de la relación contractual es una entidad de aquellas descritas en el parágrafo *ibidem*, no podrá celebrar tales convenios o contratos durante la aplicación de la ley de garantías, toda vez que la citada disposición hace referencia a dicha tipología contractual sin que el legislador hubiere contemplado excepción alguna frente a la modalidad de selección o naturaleza de su objeto[[21]](#footnote-21).

En todo caso, es importante resaltar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de que no se les aplica la restricción de la Ley de Garantías a los convenios o contratos interadministrativos que deben celebrarse en virtud de un fallo judicial. Esto en la medida que la obligatoriedad y la fuerza vinculante de las sentencias ejecutoriadas proferidas por los funcionarios investidos del poder judicial emanan de la autonomía conferida a estos por la Constitución y del derecho que tienen los ciudadanos al acceso y oportuna administración de justicia[[22]](#footnote-22).

**2.3.** **Modificaciones realizadas por la Ley Anual del Presupuesto para la vigencia fiscal de 2022 a la Ley de Garantías Electorales**

El 12 de noviembre de 2021 el Presidente de la República sancionó la Ley 2159[[23]](#footnote-23), por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2022 –Ley Anual del Presupuesto–[[24]](#footnote-24). En el Capítulo V sobre «disposiciones varias» contenido en la Tercera Parte, «Disposiciones Generales», se destaca la inclusión del artículo 124. Esta norma dispone lo siguiente:

Con el propósito de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, a partir de la publicación de la presente ley y durante la vigencia fiscal 2022, la Nación podrá celebrar convenios interadministrativos con las entidades territoriales para ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación.

La presente disposición modifica únicamente en la parte pertinente el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Parágrafo. Todos los convenios que se suscriban bajo el amparo de la presente disposición serán objeto de control especial por parte de la Contraloría General de la República. El Contralor General de la República determinará, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, la forma en que se ejercerá dicho control especial.

 En este contexto, como se puede apreciar, el artículo 124 de la Ley del Presupuesto para la vigencia fiscal del 2022, con la finalidad de promover la reactivación económica y la generación de empleo en las regiones, consagra una autorización a la Nación y a las entidades territoriales para celebrar convenios interadministrativos con el fin de ejecutar programas y proyectos correspondientes al Presupuesto General de la Nación.

Se fijan, entonces, ciertas condiciones temporales, subjetivas y materiales o teleológicas para la celebración de los convenios interadministrativos: i) que sean celebrados a partir de la publicación de la Ley del Presupuesto en el Diario Oficial y hasta el término de la vigencia fiscal 2022, es decir, hasta el 31 de diciembre de dicho año, ii) que sean celebrados entre la Nación, por una parte, y las entidades territoriales, por otra, y iii) que los convenios sean celebrados con el fin de ejecutar programas o proyectos que correspondan al Presupuesto General de la Nación. A continuación, la Agencia se referirá a cada uno de los aspectos o elementos insertos en la mencionada disposición.

***2.3.1. Aspecto temporal***

En su inciso segundo, el artículo 124 dispone la modificación del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 sin establecer un nuevo texto sino simplemente anunciando que tal disposición se entenderá modificada «únicamente en la parte pertinente». Debe advertirse que la modificación introducida por la Ley del Presupuesto al parágrafo del artículo 38 resulta ser meramente temporal o transitoria, toda vez que se halla circunscrita, solamente, a un lapso específico, comprendido entre la fecha en que se publique la Ley de Presupuesto y el término de la vigencia fiscal del año 2022.

Por tanto, la variación efectuada será aplicable a las elecciones de cargos de elección popular que sean llevadas a cabo en el lapso mencionado en la disposición, lo cual quiere decir que una vez culmine la vigencia fiscal del 2022, el texto del parágrafo del artículo 38 se entenderá en su sentido y contenido original. De ahí que, para ser más precisos, técnicamente se trata de una suspensión transitoria de la prohibición, teniendo en cuenta que la norma es de carácter temporal y que en realidad no varía o cambia de forma permanente una norma general prevista en la Ley 996 de 2005, sino que prevé su inaplicación desde que comience a regir la Ley de Presupuesto y durante la vigencia fiscal 2022.

***2.3.2. Aspecto subjetivo***

Ahora bien, según se señaló atrás, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en su texto original, establece una prohibición dirigida a los alcaldes, gobernadores, secretarios, gerentes y directores de las entidades del orden municipal, departamental o distrital. De acuerdo con esta restricción no podrán celebrar convenios y contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos durante el periodo establecido en ese mismo parágrafo. Esto sin hacer diferencia alguna con respecto a la modalidad de selección que se utilice, ante lo cual, cabe la posibilidad de que los contratos o convenios interadministrativos sean celebrados entre entidades territoriales o entre entes territoriales y nacionales.

Como se observa, el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 dispone que la «Nación» podrá celebrar convenios interadministrativos con «las entidades territoriales», razón por la cual en su aplicación resulta relevante el concepto que se tenga de los dos sujetos de derecho autorizados para celebrarlos. En cuanto a las entidades territoriales el artículo 286 de la Constitución Política prescribe claramente que son «los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas» y que la «ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley». Sin embargo, en el derecho constitucional el concepto Nación ha sido de difícil determinación y amplia discusión. La Nación se ha definido de distintas maneras, no obstante, uno de sus sentidos es el que lo identifica con el término de Estado y comprendida en él, es decir, como una estructura política y administrativa[[25]](#footnote-25).

Bajo esta óptica, conforme al artículo 1 de la Constitución Política, es menester recordar que Colombia es un Estado social derecho, organizado en forma de República unitaria pero descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales[[26]](#footnote-26). Además, debe tenerse en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico se utiliza la expresión «Nación», en vez de la expresión «Estado», para aludir a las autoridades centrales y diferenciarlas de las autoridades descentralizadas, bien sea territorialmente y por servicios[[27]](#footnote-27). Así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

[E]n general nuestra normatividad *ha reservado la palabra “Nación”*, en vez de la palabra “Estado”, *para hacer referencia a las autoridades centrales y distinguirlas de las autoridades descentralizadas*. Así, el artículo 182 de la Constitución derogada ordenaba a la ley determinar “los servicios a cargo de la Nación y de las entidades descentralizadas”. Ese lenguaje se ha mantenido en la Constitución de 1991, pues *la Carta utiliza la palabra Nación cuando se refiere a las competencias propias de las autoridades centrales, mientras que la palabra Estado denota en general el conjunto de todas las autoridades públicas*. (Énfasis fuera del texto).

De otro lado, el Estado en su conjunto, esto es, la Nación y otros órganos que realizan las diversas funciones y servicios, actúa en el mundo del Derecho dotado de personalidad jurídica como sujeto de derechos y obligaciones. En efecto, el artículo 80 de la Ley 153 de 1887 prescribe que «La Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley, son personas jurídicas». Bajo este esquema constitucional y legal se ha entendido que «las entidades territoriales, así como las entidades descentralizadas por servicios, tienen su propia personería jurídica, al paso que la personalidad jurídica de la Nación cobija a las ramas del poder público, así como a los otros órganos autónomos e independientes que se han previsto por la Constitución para el cumplimiento de las demás funciones del Estado»[[28]](#footnote-28).

En particular, la Rama Ejecutiva del Poder público se manifiesta en dos (2) órdenes o niveles. Por un lado, el nivel nacional o «administración nacional» que, a su turno, puede contar con entidades descentralizadas por servicios y, por el otro, el nivel descentralizado territorialmente, o «administración territorial». En efecto, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, por medio de la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, dispone que:

La Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

a) La Presidencia de la República;

b) La Vicepresidencia de la República;

 c) Los Consejos Superiores de la administración;

d) Los ministerios y departamentos administrativos;

e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica;

2. Del Sector Descentralizado por Servicios:

a) Los establecimientos públicos;

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c) Las superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

e) Los institutos científicos y tecnológicos;

f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

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

Según la norma transcrita, la organización de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en su nivel nacional, cuenta con dos (2) sectores. Uno central conformado por la Presidencia de la República, la Vicepresidencia, los ministerios, departamentos administrativos, consejos superiores de la administración y las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica. Y otro descentralizado, en el cual se encuentran los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y, en general, las entidades administrativas nacionales que cuenten con personería jurídica diferente a la Nación[[29]](#footnote-29).

 Al respecto debe recordarse que la descentralización es una forma de organización administrativa que implica el traslado de competencias a favor de autoridades o personas distintas a la Nación. Esta se manifiesta en tres formas o modalidades, a saber: descentralización por territorio, por servicios y por colaboración. La primera, tiene que ver con el traslado de competencias hacia entidades del orden territorial; por su parte, la descentralización especializada o por servicios consiste en la transferencia de competencias a ciertas entidades creadas para ejercer una actividad específica o determinada, mientras que la descentralización por colaboración obedece al otorgamiento de competencias a favor de particulares.

En ese sentido, de acuerdo con la explicación precedente, en el nivel nacional de la Rama Ejecutiva existen entidades que pertenecen o bien al sector central, precisamente, por no encontrarse descentralizadas y hacer parte, por ende, de la Nación como persona jurídica y, por otro lado, un sector nacional descentralizado conformado por personas jurídicas distintas a la Nación a quienes se les han transferido o descentralizado competencias en razón a la especialidad o el servicio para cuya prestación han sido creadas.

A su turno, dentro del sector descentralizado por servicios del nivel nacional existen dos modalidades de descentralización según sea la fuente de creación de la respectiva entidad, a saber: una de carácter directo o de primer grado y otra indirecta o de segundo grado. La primera hace referencia a entidades públicas descentralizadas nacionales cuya creación ha correspondido directamente al Estado, trátese del Congreso de la República o del Gobierno Nacional, según sea el caso, a través de la ley formal o material.

Sin embargo, dichas entidades descentralizadas directamente, por ser personas jurídicas, pueden, a su turno, participar con otras personas en la creación de otras completamente nuevas. Estas corresponden, entonces, a las denominadas entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado[[30]](#footnote-30). En otras palabras, los entes descentralizados indirectamente son aquellos creados no por la ley, sino a partir de «la voluntad asociativa de los entes públicos, en unión entre sí o con particulares»[[31]](#footnote-31).

En ese orden de ideas, la descentralización indirecta puede tornar en distintas modalidades, según cual sea la calidad de las entidades participantes. Así, habrán entes descentralizados indirectamente conformados por entidades del nivel nacional y territorial, o por entidades descentralizadas por servicios y nacionales, o por participación de entes nacionales, territoriales y descentralizados por servicios, por asociaciones de entidades descentralizadas del nivel nacional, etc.[[32]](#footnote-32)

De esta manera, la Ley 489 de 1998 regula tres tipos de entidades descentralizadas indirectas en sus artículos 94, 95 y 96. Estas normas se refieren, respectivamente, a las asociaciones entre empresas industriales y comerciales del Estado, entre estas y entidades territoriales o descentralizadas, así como a la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro entre entidades estatales y a la constitución de asociaciones y fundaciones a través de los convenios de asociación suscritos entre entidades estatales y personas jurídicas particulares.

Dicho lo anterior, es importante destacar que las entidades descentralizadas indirectamente son una especie del género que corresponde a las entidades descentralizadas, y «[…] por ello y porque gozan de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente, es decir, reúnen los requisitos establecidos para las entidades descentralizadas por el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, forman parte del sector descentralizado de la administración pública»[[33]](#footnote-33).

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 rompió con la noción ortodoxa que venía del régimen anterior respecto a lo que se entendería como «entidad estatal» para efectos de la contratación del Estado, y que se fundaba bajo la égida de la personalidad jurídica como elemento determinante para la capacidad o competencia para contratar. Con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se separan tales nociones y se admite la posibilidad de que entidades que no cuenten con personería, puedan tener capacidad jurídica para celebrar contratos.

Así, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 determinó que ciertas entidades que no tienen personalidad jurídica diferente a la Nación –como, por ejemplo, los ministerios, departamentos administrativos, las superintendencias y las unidades administrativas especiales sin personería jurídica– pueden celebrar contratos. Además, el artículo 11 *ibidem* señaló que los funcionarios con competencia para hacerlo en la entidad son los ministros, los directores de los departamentos administrativos, los superintendentes y los presidentes de las unidades administrativas especiales, respectivamente.

En este punto, como lo ha dicho la Corte Constitucional, «Es claro que si la Nación, los departamentos, municipios y distritos, son personas jurídicas, y las entidades estatales a que se refiere la ley 80, no lo son, por fuerza los contratos que estas últimas celebren corresponden a la Nación, a los departamentos o a los municipios»[[34]](#footnote-34), lo que implica que la «actuación del funcionario competente, a nombre de la correspondiente entidad estatal, vincula a la Nación, al departamento o al municipio como persona jurídica»[[35]](#footnote-35). Por ejemplo, cuando la presidencia de la república, o un ministerio o departamento administrativo celebren contratos públicos, lo harán en nombre de la Nación, precisamente, por hacer parte de esta. No sucederá lo mismo cuando el ente respectivo sea una persona jurídica distinta a la Nación, como ocurre con los departamentos, los distritos, los municipios, las entidades descentralizadas por servicios de cualquier orden y demás entes que, por virtud de la norma que los regulan, ostenten este atributo.

Igualmente, en la estructura del Estado colombiano existen órganos que no pertenecen a la rama ejecutiva sino a las otras ramas del poder público –legislativa y judicial–, así como organismos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado[[36]](#footnote-36). Estas entidades también hacen parte de la Nación y cuentan con capacidad jurídica para contratar según las normas del EGCP, por ejemplo, el Senado de la República, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Auditoría General de la República, entre otros.

Con fundamento en todo lo dicho, la Agencia considera que la expresión «Nación» utilizada por la Ley 2159 de 2021 hace referencia a las entidades públicas del sector central de la rama ejecutiva, de las demás ramas del poder público, así como de los órganos autónomos e independientes que se han previsto por la Constitución Política para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, los cuales cuentan con capacidad para celebrar contratos en nombre de ella, pues comparten su personería jurídica. En caso contrario, esto es, cuando la entidad tenga personería jurídica propia y, por tanto, no celebre contratos en nombre de la Nación, permanecerá incólume la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales.

***2.3.3. Aspecto teleológico***

En lo relacionado al elemento teleológico o material de la reforma incluida en el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, la cual consiste en la celebración de convenios o contratos interadministrativos para ejecutar programas o proyectos que correspondan al Presupuesto General de la Nación, esta Agencia estima que aquel elemento hace referencia a los programas y proyectos de inversión nacional contenidos en el rubro de gastos de inversión de la ley de apropiaciones, y que corresponderán a los determinados como tales en el Plan Nacional de Inversiones incluido en el Plan Nacional de Desarrollo.

En efecto, el artículo 36 del Decreto 111 de 1996 determina que el presupuesto de gastos está configurado por tres grandes rubros. Por un lado, los gastos de funcionamiento que, a su vez, estarán subdivididos en servicios personales, gastos generales y transferencias y gastos de operación. Por otra parte, el servicio a la deuda, conformado por la deuda interna y externa. Finalmente, los gastos de inversión, dentro de los cuales se incluirá, según el artículo 36 del Estatuto Orgánico, los proyectos establecidos en el «Plan Operativo Anual de Inversión».

Este «Plan Operativo Anual de Inversión» al que hace referencia el citado artículo 36, es, junto al presupuesto anual de la Nación, y al Plan Financiero, uno de los componentes del «Sistema Presupuestal»[[37]](#footnote-37). Dentro de este se señalarán los proyectos de inversión clasificados por sectores, órganos y programas, siempre en concordancia con el Plan Nacional de Inversiones contenido en el Plan Nacional de Desarrollo[[38]](#footnote-38). Por lo demás, de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, la ley de gastos o apropiaciones «solo» estará conformada por los siguientes rubros:

1. Los créditos judicialmente reconocidos;

2. Los gastos decretados conforme a la ley;

3. Las destinadas a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo económico y social y a las obras públicas tratados en los artículos 339 y 341 de la Constitución Política, siempre que hayan sido aprobadas por el Congreso Nacional, y;

4. A las leyes que organizan la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, que constituyen título para incluir en el presupuesto partidas para gastos de funcionamiento, inversión y servicio de la deuda pública.

Uno de los aspectos que deberán figurar dentro de la ley de apropiaciones o gastos, serán las partidas destinadas a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo y social y a las obras públicas regulados en los artículos 339 y 341 de la Constitución. En ese sentido, recuérdese que el Plan Nacional de Desarrollo está «[…] conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución».

Como corolario de todo lo anterior, se concluye que la Ley 2159 de 2021 modificó parcial y transitoriamente el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en aspectos temporales, subjetivos y teleológicos. En particular, suspende la prohibición de celebrar convenios y contratos interadministrativos contenida en el parágrafo del artículo 38, siempre y cuando tales acuerdos se suscriban entre la Nación y las entidades territoriales, dentro de la vigencia fiscal del año 2022 y para la ejecución de programas o proyectos de inversión incluidos en el Presupuesto General de la Nación.

Es de anotar, por ser relevante para la consulta que se resuelve, que la modificación de la ley del Presupuesto aplica, únicamente, frente al parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías, no en relación con las prohibiciones del artículo 33 *ibidem*. Como se explicó *ut supra*, esta última restricción tiene una naturaleza distinta, aunque concurrente con la del parágrafo analizado en la Ley 996 de 2005. Por tanto, las restricciones a la contratación directa dentro del periodo preelectoral presidencial y vicepresidencial, se mantienen invariables a partir de la publicación de la Ley del Presupuesto.

En efecto, la Agencia advierte que para el año 2022 están programadas las elecciones para elegir miembros del Congreso de la República, así como las jornadas para la elección del Presidente y Vicepresidente de la República. Las primeras para el domingo 13 de marzo de 2022[[39]](#footnote-39) y las segundas para el 29 de mayo del mismo año[[40]](#footnote-40), respectivamente. De esta manera, resulta palmario que el periodo preelectoral de restricción de cuatro meses anteriores a la correspondiente elección de que tratan los artículos 33 y 38 de la Ley 996 de 2005 coincidirá parcialmente. En este sentido, las prohibiciones para la contratación directa y para la celebración de convenios y contratos interadministrativos concurren durante la coincidencia de periodos preelectorales.

Así, durante el periodo preelectoral de elección al Congreso de la República aplicará, únicamente, la prohibición del parágrafo 38. Sin embargo, una vez inicie el periodo preelectoral para la elección de Presidente y Vicepresidente, deberán aplicarse ambas restricciones, es decir, tanto la del parágrafo del artículo 38 como la del artículo 33 de la Ley de Garantías. En este punto, atendiendo a la modificación parcial del parágrafo del artículo 38 realizada por la Ley del Presupuesto, cabría preguntarse cómo se aplicarían las mentadas prohibiciones.

En opinión de esta Agencia, con el fin de armonizar los textos de los artículos comentados, luego de la modificación realizada por la Ley del Presupuesto, cuando resulte aplicable sólo el parágrafo del artículo 38, se podrán celebrar convenios y contratos interadministrativos siempre y cuando estos se lleven a cabo dando cumplimiento a los requisitos del artículo 124 de la Ley del Presupuesto, entre ellos, que sean suscritos entre entidades del orden nacional y territorial. No sucederá lo mismo cuando sean celebrados entre entidades del orden territorial, en cuyo caso aplicará la prohibición plena sin la modificación en mención.

Por otra parte, cuando empiece el periodo preelectoral de las elecciones para Presidente y Vicepresidente de la República, aplicará la prohibición de contratación directa contenida en el artículo 33 de la Ley de Garantías, así como a la prohibición del parágrafo del artículo 38 *ibidem* que, como se explicó en acápites precedentes, rige en todo tipo de elección popular. Así, dentro de los cuatro meses anteriores a tales elecciones, las entidades destinatarias de las normas mencionadas, no podrán celebrar convenios y contratos interadministrativos a través de contratación directa, por lo que solo podrán suscribirse a través de mecanismos de selección que impliquen convocatoria pública y pluralidad de oferentes, siempre que se cumplan con los requisitos del artículo 124 de la Ley 2159 de 2021.

**2.4. Naturaleza y régimen jurídico de la población indígena y sus formas de organización**

Para resolver su consulta se expondrá el marco legal aplicable a la población indígena y sus formas de organización, para determinar la capacidad contractual de las organizaciones indígenas reguladas en el Decreto 252 de 2020, y específicamente, la naturaleza jurídica de este tipo de organizaciones, para determinar si se está ante entidades públicas.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201912000004171 del 11 de septiembre de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos No. 4201913000006260 del 03 de octubre de 2019, 4201913000005753 del 4 de octubre de 2019, 4201913000006529 del 21 de octubre de 2019, 4201913000006859 del 19 de noviembre del 2019, 4201913000007429 del 25 de noviembre de 2019, C-235 del 13 de marzo de 2020, C-361 del 22 de julio de 2020, C-499 del 19 de agosto de 2020, C-590 del 31 de agosto de 2020, C-677 del 10 de noviembre de 2020, C-213 del 13 de mayo de 2021, C-305 del 20 de mayo de 2021 y C-720 de 25 de enero de 2021, analizó el marco jurídico relacionado con la contratación por parte de indígenas, y las normas y jurisprudencia sobre la materia. La tesis propuesta en estos conceptos se expone a continuación y se complementa en lo pertinente:

Con la suscripción del Convenio No. 169 de 1989 «Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes» de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, incorporado al bloque de constitucionalidad[[41]](#footnote-41) mediante la Ley 21 de 1991, «Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ava reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989», el Estado colombiano se comprometió a promover el desarrollo de los pueblos indígenas con acciones concretas dirigidas al reconocimiento de sus derechos y el respeto de su integridad, entre otros compromisos adquiridos. Al respecto, la Ley 21 de 1991, en el artículo 2, prescribe:

Artículo 2.

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a). Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b). Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c). Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

En virtud de lo anterior, el Estado colombiano se comprometió a implementar las acciones necesarias para garantizar que los pueblos indígenas fueran respetados en igualdad de condiciones, promover sus derechos, respetar su identidad, sus costumbres y tradiciones, de modo que se eliminen las diferencias existentes entre sus miembros y los demás grupos sociales.

En relación con las formas de organización indígena, la Constitución Política de 1991 dispuso que la conformación de las entidades territoriales indígenas se haría conforme a lo dispuesto en la Ley de Ordenamiento Territorial – LOT. El artículo 329 de la Constitución prescribe lo siguiente:

Artículo 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

Esta norma dispuso que la conformación de las entidades territoriales indígenas se realizaría de acuerdo con lo indicado en la Ley de Ordenamiento Territorial. No obstante, mientras esa ley era expedida por el Congreso de la República, la Constitución dispuso un mecanismo para poner en funcionamiento los territorios indígenas de manera transitoria. En efecto, el artículo 56 transitorio de la Constitución Política prescribe lo siguiente:

Artículo Transitorio 56. Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales.

Con fundamento en el artículo 56 transitorio de la Constitución Política, el Gobierno Nacional fue autorizado para expedir las normas fiscales y las demás necesarias para el funcionamiento de los territorios indígenas, hasta tanto la Ley de Ordenamiento Territorial fuera expedida. De este modo, basados en el artículo 56 de la Constitución Política, en junio de 1993 se expidió el Decreto 1088, «Por el cual se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas», que otorgó a los cabildos y/o autoridades indígenas la posibilidad de conformar asociaciones, atribuyéndoles la naturaleza de entidades de derecho público, de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Al respecto, la disposición prescribe:

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.

Con base en lo anterior, los cabildos y las autoridades tradicionales indígenas pueden asociarse en representación de sus territorios, y esas asociaciones tienen la naturaleza de ser entidades de derecho público de carácter especial, que gozan de personería jurídica y tienen capacidad para adquirir obligaciones.

Posteriormente se expidió el Decreto 2164 de 1995, «Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional», norma compilada por el Decreto 1071 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural», y contiene las definiciones de resguardo, cabildo y autoridad indígena:

Artículo 2.14.7.5.1. Naturaleza Jurídica. Los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de este y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.

Parágrafo. Los integrantes de la comunidad indígena del resguardo no podrán enajenar a cualquier título, arrendar por cuenta propia o hipotecar los terrenos que constituyen el resguardo. (Decreto número 2164 de 1995, artículo 21) (Cursiva fuera de texto).

Artículo 2.14.7.5.2. Manejo y Administración. Las áreas que se constituyan con el carácter de resguardo indígena serán manejadas y administradas por lo respectivos cabildos o autoridades tradicionales de las comunidades, de acuerdo con sus usos y costumbres, la legislación especial referida a la materia y a las normas que sobre este particular se adopten por aquellas.

[...]

Artículo 2.14.7.1.2. Definiciones. Para los fines exclusivos del presente título, establécense las siguientes definiciones:

 [...]

4. Autoridad tradicional. Las autoridades tradicionales son los miembros de una comunidad indígena que ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización, gobierno, gestión o control social.

Para los efectos de este título, las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas tienen, frente al Incoder, la misma representación y atribuciones que corresponde a los cabildos indígenas.

5. Cabildo Indígena. Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por esta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad. [...] (Cursiva fuera de texto).

En octubre de 1993 se expidió la Ley 80, «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública». El artículo 2 define las entidades estatales a las cuales le aplican sus disposiciones, e incluye a los territorios indígenas:

Artículo 2o. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, *los territorios indígenas* y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles [...] (énfasis fuera de texto).

De acuerdo con la Ley 80 de 1993, los territorios indígenas son entidades estatales. No obstante, la existencia de ellos se encuentra condicionada a la expedición de la Ley de Ordenamiento Territorial, por lo que la aplicación de la Ley 80 de 1993, para este tipo de entidades, presenta dificultades por no existir una norma que defina los territorios indígenas a los que hace referencia esta Ley, lo que necesariamente remite a otras normas para determinar qué se entiende por territorios indígenas y cuáles tienen capacidad para adquirir obligaciones.

Posteriormente se expidió la Ley 1454 de 2011, «Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones», que reguló asuntos relacionados con el ordenamiento territorial, pero no constituyó a los territorios indígenas, como lo demuestra el parágrafo 2° del artículo 37, al disponer que el Gobierno debía presentar al Congreso un proyecto de ley que regulara los Territorios Indígenas:

Parágrafo 2°. En virtud de lo establecido en el artículo 329 de la Constitución Política el Gobierno Nacional presentará al Congreso de la República, dentro de los diez (10) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas, acogiendo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, en estricto cumplimiento de los mecanismos especiales de consulta previa, con la participación de los representantes de las comunidades indígenas y de las comunidades afectadas o beneficiadas en dicho proceso.

En desarrollo de esta norma y cuando corresponda, el Gobierno Nacional hará la delimitación correspondiente, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial, como instancia consultiva del proceso.

Por su parte, la Corte Constitucional, en Sentencia C-489 de 2012, se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley 1454 de 2011, determinando que existe una omisión legislativa respecto de los territorios indígenas[[42]](#footnote-42):

2.8.43. Sobre este punto encuentra la Corte que la norma de la cual se predica la omisión legislativa es la Ley 1454 de 2011 en su integridad. Esta ley, "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones" está compuesta por cuarenta artículos organizados en cinco títulos: el Título Primero de "Las Disposiciones Generales", el Título Segundo del "Marco Institucional"; el Título III "De las Competencias", el Título IV "De las Regiones Administrativas y de Planificación" y el Título V sobre "Disposiciones Finales"[95].

2.8.44. Al hacer el estudio integral de la ley encuentra la Corte que en efecto como aducen los demandantes se excluye de la Ley 1454 de 2011 lo referente a la regulación de las regiones como entidades territoriales y las entidades territoriales indígenas, ya que solo se establecen en este cuerpo normativo disposiciones que no regulan el tema sino que sirven de remisión a posteriores desarrollos. [...]

El Congreso de la República expidió luego la Ley 1551 de 2012, modificatoria de la Ley 134 de 1994, «Por medio de la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios». Esta norma asignó competencias a los municipios e hizo algunas autorizaciones relacionadas con los cabildos, autoridades y organizaciones indígenas:

Artículo 6°. El artículo 3° de la Ley 136 de 1994 quedará así:

Artículo 3°. Funciones de los municipios. Corresponde al municipio:

[…]

16. En concordancia con lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política, los municipios y distritos podrán celebrar convenios solidarios con: los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, los organismos de acción comunal y demás organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio, para el desarrollo conjunto de programas y actividades establecidas por la Ley a los municipios y distritos, acorde con sus planes de desarrollo.

17. Elaborar los planes y programas anuales de fortalecimiento, con la correspondiente afectación presupuestal, de los cabildos, autoridades y organizaciones indígenas, organismos de acción comunal, organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio. Lo anterior deberá construirse de manera concertada con esas organizaciones y teniendo en cuenta sus necesidades y los lineamientos de los respectivos planes de desarrollo.

18. Celebrar convenios de uso de bienes públicos y/o de usufructo comunitario con los cabildos, autoridades y organizaciones indígenas y con los organismos de acción comunal y otros organismos comunitarios. […]

Así, los municipios y los distritos, por expresa autorización del legislador, pueden celebrar convenios solidarios con cabildos, autoridades y organizaciones indígenas para el desarrollo conjunto de programas y actividades establecidas por la Ley a los municipios y distritos acorde con sus planes de desarrollo. En relación con los convenios solidarios y qué debe entenderse por éstos, la Ley, en el parágrafo 3 del artículo 6, prescribe lo siguiente:

Parágrafo 3°. Convenios Solidarios. Entiéndase por convenios solidarios la complementación de esfuerzos institucionales, comunitarios, económicos y sociales para la construcción de obras y la satisfacción de necesidades y aspiraciones de las comunidades.

Parágrafo 4°. Se autoriza a los entes territoriales del orden departamental y municipal para celebrar directamente convenios solidarios con las juntas de acción comunal con el fin de ejecutar obras hasta por la mínima cuantía. Para la ejecución de estas deberán contratar con los habitantes de la comunidad.

Parágrafo 5°. Los denominados convenios solidarios de que trata el parágrafo 3° del presente artículo también podrán ser celebrados entre las entidades del orden nacional y los organismos de acción comunal para la ejecución de proyectos incluidos en el respectivo Plan Nacional de Desarrollo.

Los convenios solidarios que pueden suscribir los municipios y distritos con los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, no tienen límites en cuanto a su cuantía, pues el tope establecido por la norma, en el parágrafo 4, del artículo 6, hace referencia a los convenios solidarios celebrados con juntas de acción comunal, con el fin de ejecutar obras hasta por la mínima cuantía.

 Posteriormente, se expidió el Decreto 1953 de 2014, «Por el cual se crea 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». Este Decreto fue expedido en virtud de la autorización conferida al Gobierno Nacional por el artículo 56 transitorio de la Constitución Política, y pone en funcionamiento de manera temporal los territorios indígenas, a la vez que regula la forma de administrar y ejecutar los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones.

Los aspectos más relevantes de esta norma son los relacionados con el funcionamiento de los territorios indígenas. Al respecto, dispone que los resguardos podrán asociarse para administrar y ejecutar los recursos del SGP y que dichas asociaciones serán consideradas personas jurídicas de derecho público especial. Adicionalmente, establece que para los fines y la ejecución de los recursos de que trata dicho decreto, los territorios y resguardos indígenas que hayan sido autorizados para administrar recursos del SGP serán considerados entidades estatales de acuerdo con lo indicado en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Finalmente, la norma establece una última posibilidad para los resguardos indígenas que no hayan sido autorizados para administrar de manera directa los recursos del SGP, consistente en la celebración de un contrato de administración suscrito entre la entidad territorial respectiva y el representante legal del resguardo designado por las autoridades propias. La norma prescribe lo siguiente:

Artículo 4°. 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.

[...]

Artículo 9°. 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 2° de la Ley 80 de 1993. Dicha capacidad será ejercida a través de su representante legal, conforme a lo dispuesto en el presente decreto.

Por otro lado, el Decreto 1953 de 2014, en el artículo 20, determina que los actos o contratos que celebren o expidan los territorios indígenas en virtud de ese decreto se regirán por el Estatuto Orgánico del Presupuesto y el Estatuto de Contratación Estatal, entre otras normas. También dispuso que los territorios indígenas pueden celebrar contratos con las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales de que trata el Decreto 1088 de 1993, pero esos negocios jurídicos a los que hace referencia la norma solo podrán celebrarse entre territorios indígenas, cabildos y/o autoridades tradicionales constituidos bajo lo dispuesto en el Decreto 1088 de 1993, no con otras entidades del Estado[[43]](#footnote-43).

A las normas analizadas se adiciona ahora el Decreto 252 de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, que adiciona el Decreto 1088 de 1993, el cual regula las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas y, entre otros aspectos, la naturaleza de sus actos y contratos. En este sentido, el artículo 10 del Decreto 1088 de 1993 dispone que los negocios jurídicos de esas asociaciones –de cabildos y/o de autoridades tradicionales– se rigen por el derecho privado. No obstante, el Decreto 252 de 2020, adicionó un parágrafo, asignándole a las «organizaciones indígenas» capacidad para contratar, sin limitaciones en cuanto al objeto del contrato o por la fuente de los recursos.

En este punto es necesario recordar que las «organizaciones indígenas» se mencionaron en el artículo 6 de la Ley 1551 de 2012 que, entre otros, regula los convenios solidarios entre los municipios y distritos con diferentes agrupaciones indígenas, autorizando que este tipo de contrato sea celebrado con «organizaciones indígenas», cabildos y autoridades indígenas. Como se advierte, allí no se otorgó personería jurídica ni capacidad jurídica general a estas formas de organización indígena, sino que se les asignó la capacidad jurídica contractual concreta para un negocio jurídico específico, celebrado con entidades de derecho público que tienen capacidad para contratar, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

En cambio, el artículo 1 del Decreto 252 de 2020 permite que las asociaciones de cabildos o asociaciones de autoridades tradicionales indígenas y las «organizaciones indígenas» contraten con las entidades estatales definidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, y además pueden hacerlo de manera directa –sin necesidad de participar en licitaciones u otro proceso de selección–, pero condicionado a la composición de esas organizaciones, cuyos miembros deben ser, exclusivamente: i) cabildos indígenas, ii) resguardos indígenas, iii) asociaciones de cabildos indígenas, iv) asociaciones de autoridades indígenas, y v) otras formas de autoridad indígena[[44]](#footnote-44).

En ese sentido, i) la norma le confirió a las «organizaciones indígenas» capacidad para contratar con el Estado y ii) también autorizó a todas las entidades estatales a contratar con ellas de manera directa. Por oposición, antes de esta norma solo podían celebrar convenios solidarios con municipios y distritos. En todo caso, el Decreto 252 de 2020 no califica a las *«organizaciones indígenas»* como entidades estatales, no regula su naturaleza o régimen legal, sino que establece la regulación indicada en materia contractual.

Por último, la Ley 2160 de 2021, «Por medio del cual se modifica la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007», estableció nuevas regulaciones con respecto a la capacidad contractual y naturaleza jurídica de varios tipos de organización, entre ellas los cabildos indígenas y asociaciones de autoridades tradicionales indígenas[[45]](#footnote-45). Teniendo en cuenta esta filosofía y objetivos buscados en el proyecto de ley, esta modificó entre otras cosas, el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 mediante su artículo 3°, cuyo tenor literal dispone:

ARTÍCULO 7°. ENTIDADES A CONTRATAR. Para los efectos de esta ley se entiende por:

1. Cabildo Indígena: Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por esta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad.

[…]

8. Asociaciones de autoridades tradicionales indígenas. Entidad de derecho público, encargada de fomentar y coordinar con las autoridades locales, regionales y nacionales, la ejecución de proyectos en salud, educación y vivienda. Esta entidad estará conformada por diez (10) organizaciones regionales indígenas.

 De acuerdo con las consideraciones del numeral 2.2, los contratos o convenios interadministrativos se definen por la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. En este contexto, con respecto a lo previsto en el Decreto 252 de 2020, al permitir la contratación directa de entidades públicas con cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia, se entenderán que son interadministrativos si la ley cataloga a estos sujetos como entidades públicas. En estos casos aplicará la restricción del artículo 38 de la Ley de Garantías modificado transitoriamente por el artículo 124 de la Ley del Presupuesto en los términos explicados *ut supra*.

**3. Respuesta**

Teniendo en cuenta el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 modificó transitoriamente la restricción del artículo 38 de la Ley de Garantías para la suscripción de contratos o convenios interadministrativos, usted solicita «[…] que la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente generé (sic) lineamientos dirigidos a la contratación con las comunidades de pueblos indígenas del país, por medio de sus distintas formas organizativas […]».

Conforme a la interpretación general de las normas del sistema de compras y contratación pública, de la Ley 996 de 2005 se derivan dos (2) prohibiciones diferentes aplicables a periodos preelectorales distintos. Una de ellas es la restricción derivada del parágrafo del artículo 38 *ibidem*, la cual aplica frente a elecciones para cualquier cargo de elección popular, incluidas las presidenciales. De acuerdo con esta norma, los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades estatales del orden municipal, departamental o distrital no podrán celebrar convenios o contratos interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección de cargos de elección popular.

Sin embargo, luego de la modificación transitoria realizada por el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021 al primer inciso del parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales, podrán celebrarse convenios o contratos interadministrativos cuando estos sean suscritos entre entidades del orden nacional y territorial, siempre que se cumplan con los demás requisitos establecidos en el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021. No sucederá lo mismo cuando sean celebrados entre entidades de diferente naturaleza, en cuyo caso aplicará la prohibición plena del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 sin la modificación mencionada.

De acuerdo con las consideraciones del numeral 2.2, los contratos o convenios interadministrativos se definen por la naturaleza de las partes, de manera que están determinados por un criterio orgánico, en el sentido de que lo serán aquellos celebrados entre entidades estatales. En este contexto, con respecto a lo previsto en el Decreto 252 de 2020, al permitir la contratación directa entidades públicas con cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia, se entenderán que son interadministrativos si la ley cataloga a estos sujetos como entidades públicas. En estos casos aplicará la restricción del artículo 38 de la Ley de Garantías modificado transitoriamente por el artículo 124 de la Ley del Presupuesto en los términos explicados *ut supra*.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nathalia Andrea Urrego JiménezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. El artículo 127 de la Constitución Política señala: «Los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

»A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria». [↑](#footnote-ref-1)
2. Gaceta del Congreso de la República No. 71 del 2005. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencias: C-233 de 4 de abril de 2002, expediente: D-3704; C-551 de 9 de julio de 2003, expediente: CRF-001 de 9 de julio de 2003; C-652 de 5 de agosto de 2003, expediente: D-4330; C-353 de 20 de mayo de 2009, expediente: D-7518, C-541 de 30 de junio de 2010, expediente: DD7966; entre otras. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente número 2004-00823-01(PI). Ver también, de la Sección Tercera. Sentencia de 22 de enero de 2002, expediente número 2001-0148-01 y, Sección Tercera. Sentencia de 20 de noviembre de 2001, expediente número 2001-0130-01(PI), entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-6)
7. «Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

» Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias». [↑](#footnote-ref-7)
8. «Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

» […]

» Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista». [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2015. C.P. William Zambrano Cetina. Radicación No. 11001-03-06-000-2015-00164-00(2269). [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de febrero de2006. Radicación 11001-03-06-000-2006-00023-00(1724). Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. [↑](#footnote-ref-10)
11. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

»Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales». [↑](#footnote-ref-11)
12. Ley 1150 de 2007: «Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo». [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-14)
15. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 1 de noviembre de 2016 [Rad. 11001-03-06-000-2016-00125-00(2305)]. MP. Germán Alberto Bula Escobar». [↑](#footnote-ref-15)
16. [Referencia propia de la cita] «CE. SCSC. Concepto de 30 de abril de 2008 [Rad. 11001-03-06-000-2008-00013-00(1881)]. MP. Enrique José Arboleda Perdomo. En esta oportunidad, la Sala indicó que el contenido *“obligacional”* de los convenios se estructura definiendo el resultado querido por las partes y los medios que cada entidad despliega para la obtención del respectivo objeto». [↑](#footnote-ref-16)
17. [Referencia propia de la cita] «La normativa vigente del EGCAP *[literal c) del numeral 4. del artículo 2 de la Ley 1150/07]* se refiere a *“contratos interadministrativos”* en los que sí existe dicha contraposición de intereses, lo cual obedece a que las relaciones obligatorias que estos plantean, a diferencia de los regulados por el artículo 95 de la Ley 489/98, carecen de la finalidad asociativa, en la medida en que persiguen preponderantemente la satisfacción de necesidades contractuales de las entidades estatales, sin perjuicio de los fines que motivan la contratación en los términos del artículo 3 de la Ley 80/93». [↑](#footnote-ref-17)
18. En línea con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó lo siguiente: «La noción convenio interadministrativo es diferente a la de contrato interadministrativo. Los contratos interadministrativos se distinguen de los convenios interadministrativos en que en los primeros existe entre las entidades estatales partes intereses opuestos y se persigue una contraprestación o precio por la adquisición de bienes o la prestación de servicios o la realización de una obra, mientras que en los segundos las entidades partes se encuentran en pie de igualdad, tienen intereses comunes para lograr una finalidad estatal impuesta por la Constitución o la ley a las mismas, sin que tengan un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia)». (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 26 de julio de 2016. Exp. 2.257. M.P. Álvaro Namén Vargas). [↑](#footnote-ref-18)
19. Es lo que sucede, por ejemplo, con el Decreto 092 de 2017, que en su desarrollo hace referencia tanto a los «contratos» como a los «convenios». [↑](#footnote-ref-19)
20. A pesar de que la norma se refiere únicamente a los contratos interadministrativos, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos». (Corte Constitucional. Sentencia C-671 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos). [↑](#footnote-ref-20)
21. Lo anterior, salvo que se traten de organismos internacionales que se rijan por normas internacionales y se financien con cargo a recursos de esos organismos (Cfr. Colombia Compra Eficiente. Concepto C-559 del 31 de agosto de 2021). [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de noviembre de 2007. Expediente número 1863. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. [↑](#footnote-ref-22)
23. Que en su artículo 141 establece: «La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2022». [↑](#footnote-ref-23)
24. Correspondiente al Proyecto de Ley 158/21 Cámara y 096/2021 Senado, cuyo texto definitivo fue aprobado en plenaria del Senado de la República el día 19 de octubre de 2021, según la Gaceta del Congreso de la República nro. 1496. [↑](#footnote-ref-24)
25. Aunque el Estado sea un concepto más amplio que comprende al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales. [↑](#footnote-ref-25)
26. «Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

» 1. Gobernarse por autoridades propias.

» 2. Ejercer las competencias que les correspondan.

»3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

» 4. Participar en las rentas nacionales,» [↑](#footnote-ref-26)
27. Corte Constitucional, Sentencia C-221 del 29 de abril de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero. [↑](#footnote-ref-27)
28. Corte Constitucional, Sentencia T-247 del 10 de abril de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-28)
29. El artículo 68 de la Ley 489 de 1998 sobre este sector preceptúa: «Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas». [↑](#footnote-ref-29)
30. Rodríguez Libardo, Derecho Administrativo, general y colombiano, Editorial Temis, (2015), Bogotá, Colombia, p. 160. [↑](#footnote-ref-30)
31. Vidal Perdomo Libardo, Derecho Administrativo, editorial Legis, (2016), Bogotá, Colombia, p. 151. En similar sentido se ha expresado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al definir a las entidades públicas descentralizadas indirectamente como «[…]las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal» (Concepto del 26 de octubre de 2000, Rad. 1291, M.P. Augusto Trejos Jaramillo). [↑](#footnote-ref-31)
32. Ver, Tafur Galvis Álvaro, las entidades descentralizadas, Bogotá, Editorial, Montoya y Araujo, (1984), p. 205. [↑](#footnote-ref-32)
33. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad 1291, Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-33)
34. Corte Constitucional, Sentencia C-374 del 25 de agosto de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía. [↑](#footnote-ref-34)
35. *Ibid* [↑](#footnote-ref-35)
36. «ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.» [↑](#footnote-ref-36)
37. ARTÍCULO 6º: «Sistema presupuestal. Está constituido por un plan financiero, por un plan operativo anual de inversiones y por el presupuesto anual de la Nación». [↑](#footnote-ref-37)
38. [↑](#footnote-ref-38)
39. ARTÍCULO 8º: «El plan operativo anual de inversiones señalará los proyectos de inversión clasificados por sectores, órganos y programas. Este plan guardará concordancia con el plan nacional de inversiones. El Departamento Nacional de Planeación preparará un informe regional y departamental del presupuesto de inversión para discusión en las comisiones económicas de Senado y Cámara de Representantes». En similar sentido, el artículo 13 del Estatuto Orgánico dispone que «El presupuesto general de la Nación deberá guardar concordancia con los contenidos del plan nacional de desarrollo, del plan nacional de inversiones, del plan financiero y del plan operativo anual de inversiones». Registraduría Nacional del Estado Civil, Resolución 2098 del 12 de marzo de 2021, mediante la cual «se fija el calendario electoral del Congreso de la República que se realizarán el 13 de marzo». [↑](#footnote-ref-39)
40. Registraduría Nacional del Estado Civil, Resolución 4371 del 18 de mayo de 2021, «por la cual se fija el calendario electoral para las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República (primera vuelta) para el periodo constitucional 2022-2026. [↑](#footnote-ref-40)
41. Constitución Política: «Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

»Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia [...]». [↑](#footnote-ref-41)
42. Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango. [↑](#footnote-ref-42)
43. 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 1088 de 1993, la modalidad de selección se surtirá de acuerdo con lo establecido en el literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-43)
44. Decreto 252 de 2020: «Articulo 1. Adiciónese al artículo 10 del Decreto 1088 de 1993, el siguiente parágrafo:

»Artículo 10. Naturaleza de los actos y contratos.

»[...]

»Parágrafo. Además de las anteriores asociaciones, las organizaciones indígenas, también podrán celebrar contratos o convenios de manera directa con las entidades estatales de acuerdo con lo contemplado en el presente artículo y en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, siempre y cuando estén conformadas exclusivamente por cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia.

»Para la ejecución contractual, la entidad estatal deberá exigir la constitución de una garantía única que consistirá en una póliza de seguros que cubrirá suficientemente los riesgos del contrato o convenio.

»La entidad estatal podrá terminar unilateralmente el contrato o convenio en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la organización indígena.

»En estos convenios se tendrá como aporte de las organizaciones indígenas el conocimiento ancestral». [↑](#footnote-ref-44)
45. Al respecto, la exposición de motivos expresó que: «La iniciativa presentada consiste en conceder capacidad jurídica a los cabildos indígenas para poder contratar directamente con las entidades del Estado, tanto en lo contemplado en la Ley 80 de 1993, como en la Ley 1150 de 2007. Sea lo primero mencionar que, el proyecto de ley se justifica en el análisis normativo realizado de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, las cuales no incluyen disposiciones que otorguen capacidad jurídica a los cabildos indígenas para celebrar negocios con las entidades del Estado, como tampoco se evidencian causales de contratación directa que permita celebrar directamente negocios jurídicos con los cabildos.

[…]

»Bajo este panorama, las comunidades indígenas se han visto gravemente afectadas pues las entidades del Estado han expresado que no existen alternativas jurídicas que permitan la celebración de contratos o convenios con cabildos, ni una causal de contratación directa que habilite eficazmente el desarrollo de programas o inversión de recurso en beneficio de las comunidades indígenas como sujetos de especial protección. Lo anterior, ha ocasionado que las comunidades indígenas en múltiples ocasiones hayan recurrido a las vías de hecho para promover la garantía y materialización de sus derechos. En virtud de lo anterior, es necesario crear una disposición que otorgue plena capacidad Jurídica a los cabildos indígenas y autorice a las entidades del Estado la suscripción de Negocios jurídicos directamente con esta forma de gobierno indígena». CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Informe de ponencia para primer debate en comisiones primeras conjuntas de Senado y Cámara. Proyecto de ley número 418 de 2021 del Senado, 485 de 2020 cámara, por medio del cual se modifica la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-45)