**CABILDOS INDÍGENAS – AUTORIDADES TRADICIONALES INDÍGENAS – ASOCIACIONES DE CABILDOS INDÍGENAS Y/O AUTORIDADES TRADICIONALES INDÍGENAS – CONSEJOS INDÍGENAS Y ORGANIZACIONES INDÍGENAS – Noción – Régimen de contratación – Decreto 1088 de 1993 – Decreto 252 de 2020 – Ley 1551 de 2012 – Decreto 1953 de 2014 – Ley 2160 de 2021 – Ley 2294 de 2023**

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. 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° […]

[…]

[…] el anterior artículo fue modificado por el artículo 354 la Ley 2294 de 2023, Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida”, estableciendo una nueva definición para “Asociaciones de autoridades tradicionales indígenas”, denominándola ahora “Asociaciones de cabildos indígenas y/o autoridades tradicionales indígenas” y adicionó como entidad para contratar al “Consejo Indígena” […]

[…]

De los regímenes de contratación expuestos, puede concluirse que: i) los cabildos indígenas en virtud de lo consagrado en el Decreto 2164 de 1995 y en la Ley 2160 de 2021 que modificó el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, deben entenderse como entidades públicas especiales; ii) las autoridades tradicionales indígenas son consideradas entidades de derecho público de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1088 de 1993 y la Ley 2294 de 2023; iii) las asociaciones de cabildos indígenas y/o autoridades tradicionales indígenas son consideradas entidades de derecho público de conformidad a lo expuesto en los Decretos 1088 de 1993 y 252 de 2020 y en la Ley 2294 de 2023; iv) los consejos Indígenas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 330 constitucional, disponen que a través de estos se representarán ante el Gobierno Nacional y demás entidades a los territorios indígenas, entre otras funciones cuya naturaleza se le puede catalogar de derecho público, no obstante, lo anterior no fue definido expresamente por la Ley 2294 de 2023; v) las organizaciones indígenas, en estricto sentido, no fueron definidas como entidades de derecho público, por el contrario, la Ley 1551 de 2012 permite observar que frente a aquellas se aplicaría derecho privado, sin embargo, hay que tener en cuenta por quiénes estarán constituidas dichas organizaciones, pues en virtud del Decreto 252 de 2020 se les permitió a las organizaciones indígenas celebrar contratos o convenios de manera directa con las entidades estatales, siempre y cuando estén conformadas exclusivamente por cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia; y vi) se considerarán entidades estatales aquellos resguardos que se asocien para administrar y ejecutar los recursos del SGP, en virtud de lo contemplado en el Decreto 1953 de 2014.

**PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS – Art. 353 de la Ley 2294 de 2023 – Contratación directa – Satisfacción de necesidades y/o servicios públicos – Conceptos jurídicos indeterminados – Alcance**

[…] en ausencia de una reglamentación que precise el objeto de la causal de contratación directa, los programas, planes y proyectos del plan de desarrollo relacionados con la satisfacción de necesidades y/o servicios públicos de los pueblos y comunidades indígenas se entienden dentro del sentido general de las palabras, como dispone el inciso primero del artículo 28 del Código Civil. En primer lugar, para la RAE las “necesidades” aluden a la “Carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida” así como al “Especial riesgo o peligro que se padece, y en que se necesita pronto auxilio”. Estas necesidades pueden relacionarse con condiciones precarias de vivienda, dificultades para acceder a los servicios de salud, bajos niveles de educación, malas condiciones sanitarias, dificultades para acceder al empleo, etc. En términos generales, se trata de necesidades cuya satisfacción es indispensable para la existencia humana. Para estos efectos, el DANE construye un Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas, el cual constituye una metodología para identificar carencias críticas de la población y caracterizar la pobreza.

En segundo lugar, los “servicios públicos” son “[…] aquellas actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de los particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda” . Mas allá de una concepción meramente orgánica, el concepto de servicio público está unido a un aspecto material, pues si “Las autoridades de la República están instituidas para […] para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” –inc. 2, art. 2 Constitucional– es claro que “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado” –inc. 1°, art. 365 superior–.

Pueden existir necesidades que estén relacionadas con la prestación de servicios públicos: este es el caso, por ejemplo, de la salud, la educación, el agua potable y el saneamiento básico. Al fortalecerse la prestación de estos servicios, se cubren necesidades de la población. Sin embargo, como se desprende de la redacción de la casual, este nexo no tiene carácter necesario. Por ejemplo, los problemas relacionados con la vivienda o las dificultades para acceder al empleo –más que la prestación de algún servicio de naturaleza asistencial– pueden requerir medidas de fomento. Así, el literal l) del artículo 4.2 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a “[…] la satisfacción de necesidades y/o servicios públicos […], es decir, el objeto del contrato o convenio puede referirse a uno, a otro o a ambos, siempre que se trate de programas, planes y proyectos del plan de desarrollo relacionados con los pueblos y comunidades indígenas.

Como se explicó *ut supra*, los conceptos jurídicos indeterminados no suponen la discrecionalidad de las autoridades. Con esa orientación, el tribunal constitucional ha señalado que, para la determinación de su alcance, los operadores jurídicos deben acudir a los valores, los principios y las reglas de derecho que sirven de fundamento a la institución jurídica en cuya regulación está contenido dicho concepto. Estos criterios o herramientas servirán de apoyo en el proceso intelectivo de los operadores jurídicos. Por regla general, la determinación del alcance de este tipo de conceptos exige que el operador jurídico lleve a cabo juicios de valor, lo cual no excluye el respectivo control.

**ART. 353 DE LA LEY 2294 DE 2023 – Contratación directa – Idoneidad – Conceptos jurídicos indeterminados – Enfoque diferencial – Pueblos y comunidades Indígenas**

[…] el artículo 353 de la Ley 2294 de 2023 –que modificó el literal l) al artículo 4.2 de la Ley 1150 de 2007– dispone que en los contratos o convenios suscritos “[…] se contemplará la ejecución de obras públicas que impliquen actividades de mantenimiento y/o mejoramiento de infraestructura social y de transporte, así como suministrar bienes y/o servicios para los que se acredite idoneidad, la cual deberá ser valorada teniendo en cuenta un enfoque diferencial”. Esto implica una calificación de los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Cabildos Indígenas y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, Consejos Indígenas y Organizaciones Indígenas, pues la idoneidad para ejecutar las obras mencionadas, suministrar bienes o prestar servicios es un requisito sine qua non de la causal de la causal de contratación directa.

Se trata de un requisito plasmado en un *concepto jurídicamente indeterminado* que es necesario llenar de contenido en cada caso concreto. Conforme al diccionario de la RAE, lo “idóneo” se refiere a que es “Adecuado y apropiado para algo”, lo que indica una serie de aptitudes para cumplir un fin determinado. Esto se confirma en el diccionario panhispánico del español jurídico, donde la RAE alude a la “Cualidad personal necesaria para la prestación de un servicio concreto o la asunción de un cargo”. Este requisito también se exige, por ejemplo, para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión –art. 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015– y para suscribir contratos del artículo 355 superior con entidades privadas sin ánimo de lucro –art. 3 del Decreto 092 de 2017–.

Dicha idoneidad, como mínimo, se precisa en términos de conocimiento y de experiencia, es decir, en la combinación entre el “saber” y el “saber hacer”. Estas capacidades se analizan en relación con el objeto del contrato, de donde se deprenden aptitudes teóricas y prácticas para ejecutar el proyecto. Además de lo anterior, puede verificarse con criterios como las capacidades del personal vinculado, una estructura organizacional robusta, la implementación y cumplimiento de indicadores de gestión, reputación del organismo en el medio, entre otras. Como se observa, la idoneidad es un concepto que se determina de forma valorativa, esto es, de acuerdo con el parámetro de verificación que se adopte.

Al tratarse de pueblos y comunidades indígenas, la norma dispone que esta circunstancia “[…] deberá ser valorada teniendo en cuenta un enfoque diferencial […]”. Desde un punto de vista jurídico, estos organismos no tienen como objeto la ejecución directa de grandes obras de infraestructura, aspecto que influye en la imposibilidad de acreditar conocimientos y experiencia en las mismas condiciones que un contratista en el marco de un proceso con pluralidad de oferentes regido por el EGCAP. No obstante, además de establecer la idoneidad en términos de apropiación de los saberes ancestrales y los beneficios de su implementación en el proyecto, la Administración también validarla respecto a las capacidades propias de los pueblos y comunidades o de quienes los conformen, en aspectos como, por ejemplo, la ejecución exitosa de convenios o contratos anteriores con objeto similar o la acreditación de competencias específicas del personal que integren al cumplimiento de obligaciones como mano de obra.

Bogotá D.C., 21 de Marzo de 2024



Señora

**María Camila Ruiz Galvis**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 012 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CABILDOS INDÍGENAS – AUTORIDADES TRADICIONALES INDÍGENAS – ASOCIACIONES DE CABILDOS INDÍGENAS Y/O AUTORIDADES TRADICIONALES INDÍGENAS – CONSEJOS INDÍGENAS Y ORGANIZACIONES INDÍGENAS – Noción – Régimen de contratación – Decreto 1088 de 1993 – Decreto 252 de 2020 – Ley 1551 de 2012 – Decreto 1953 de 2014 – Ley 2160 de 2021 – Ley 2294 de 2023 / PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS – Art. 353 de la Ley 2294 de 2023 – Contratación directa – Satisfacción de necesidades y/o servicios públicos – Conceptos jurídicos indeterminados – Alcance / ART. 353 DE LA LEY 2294 DE 2023 – Contratación directa – Idoneidad – Conceptos jurídicos indeterminados – Enfoque diferencial – Pueblos y comunidades Indígenas |
| **Radicación:**  | Respuesta a la consulta P20240122000569 |

Respetada señora Ruiz Galvis:

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 22 de enero de 2024.

1. **Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas: i) “¿Cuál es el alcance del Artículo 353 de la Ley 2294 de 2023, respecto a la satisfacción de necesidades y/o servicios públicos de los pueblos y comunidades indígenas?”, ii) “¿Qué se entiende por idoneidad de los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Cabildos Indígenas y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, Consejos Indígenas y Organizaciones Indígenas, ¿de acuerdo con lo establecido en el artículo 353 de la Ley 2294 de 2023?”, iii) “Según los lineamientos establecidos por Colombia Compra Eficiente, ¿Qué criterios sugiere se deben aplicar para determinar o verificar la acreditación de la idoneidad con enfoque diferencial?” y iv) “¿Qué normativa le otorga capacidad para contratar a los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Cabildos Indígenas y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, Consejos Indígenas y Organizaciones Indígenas, ¿según lo dispuesto en el artículo 353 de la Ley 2294 de 2023?”.

1. **Consideraciones**

De manera preliminar, conforme a los artículos 3, numeral 5 y 1, numeral 8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública resuelve las consultas sobre temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados[[1]](#footnote-2). Esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la interpretación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública, esto con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades estatales. De esta manera, la función consultiva no puede extenderse a la resolución de controversias ni brindar asesorías sobre casos puntuales.

Por ello, Colombia Compra Eficiente –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción de cualquier situación concreta– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Para estos efectos, se abordarán los siguientes temas: i) regímenes de contratación de los cabildos indígenas, autoridades tradicionales indígenas, asociaciones de cabildos indígenas y/o autoridades tradicionales indígenas, consejos indígenas y organizaciones indígenas; y ii) alcance de la causal de contratación directa del literal l) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007.

La Agencia, en el Concepto 4201912000004171 del 11 de septiembre de 2019, reiterado y desarrollado en los Conceptos 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, C-718 del 23 de enero de 2022, C- 720 del 25 de enero de 2022, C-731 del 26 de enero de 2022 y C-063 del 15 de marzo de 2022, C-305 de 20 de mayo de 2021, C-349 de 1 de junio de 2022, C-359 de 6 de junio de 2022, C-695 de 24 de octubre de 2022, C-707 de 25 de octubre de 2022, C-761 de 12 de octubre de 2022, C- 806 del 19 de diciembre de 2022, C- 899 de 30 de diciembre de 2022, C-928 de 26 de enero de 2023, C-961 del 30 de enero de 2023, RS20230227001739 del 27 de febrero de 2023, C- 084 del 28 de abril de 2023, C-044 del 8 de mayo de 2023, C-182 del 29 de junio de 2023, C-319 del 2 de agosto de 2023 y C-301 del 6 de octubre de 2023, analizó el marco jurídico relacionado con la contratación por parte de indígenas, así como las normas y jurisprudencia sobre la materia[[2]](#footnote-3). La tesis propuesta en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa en lo pertinente.

**2.1. Regímenes de contratación de los cabildos indígenas, autoridades tradicionales indígenas, asociaciones de cabildos indígenas y/o autoridades tradicionales indígenas, consejos indígenas y organizaciones indígenas**

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[[3]](#footnote-4) 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[[4]](#footnote-5):

“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 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 estos, 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 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.

 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[[5]](#footnote-6).

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[[6]](#footnote-7).

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.

Posteriormente, 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[[7]](#footnote-8). 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 dispuso:

“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” (Énfasis fuera de texto).

Finalmente, el anterior artículo fue modificado por el artículo 354 la Ley 2294 de 2023, “P*or el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida”,* estableciendo una nueva definición para “Asociaciones de autoridades tradicionales indígenas”, denominándola ahora “Asociaciones de cabildos indígenas y/o autoridades tradicionales indígenas” y adicionó como entidad para contratar al “Consejo Indígena”, bajo los siguientes términos:

“**ARTÍCULO 354.** Modifíquese el numeral 8 y adiciónese el numeral 9 al artículo 7° de la Ley 80 de 1993, así:

**Artículo 7°. Entidades a contratar.** Para los efectos de esta ley se entiende por:

[…]

8. Asociaciones de cabildos indígenas y/o autoridades tradicionales indígenas. Entidad de derecho público, encargada de fomentar y coordinar con las autoridades locales, regionales y nacionales, la ejecución de programas, planes y proyectos del plan de desarrollo relacionados con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, la garantía de los derechos, satisfacción de necesidades y/o servicios públicos de los pueblos y comunidades indígenas, conforme a los lineamientos que al respecto reglamente el Ministerio del Interior y las demás entidades técnicas con competencias relacionadas para su conformación, dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley.

9. Consejo Indígena. Forma de gobierno indígena, conformados y reglamentados a través de sus usos y costumbres, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 330 de la Constitución Política […]”.

Por su parte, el artículo 353 de la Ley 2294 de 2023, modificó las causales de contratación directa previstas en la Ley 1150 de 2007, en su literal l) del numeral 4 del artículo 2, en virtud de las cuales las entidades estatales suscriben contratos y convenios con Cabildos indígenas, y demás autoridades tradicionales y organizaciones indígenas, de la siguiente forma:

“**ARTÍCULO 353.** […]

l) Los contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Cabildos Indígenas y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, Consejos Indígenas y Organizaciones Indígenas con capacidad para contratar cuyo objeto esté relacionado con la ejecución de programas, planes y proyectos del plan de desarrollo relacionados con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, la garantía de los derechos, satisfacción de necesidades y/o servicios públicos de los pueblos y comunidades indígenas. En el marco de dichos objetos se contemplará la ejecución de obras públicas que impliquen actividades de mantenimiento y/o mejoramiento de infraestructura social y de transporte, así como suministrar bienes y/o servicios para los que se acredite idoneidad, la cual deberá ser valorada teniendo en cuenta un enfoque diferencial […]”.

De los regímenes de contratación expuestos, puede concluirse que: i) los cabildos indígenas en virtud de lo consagrado en el Decreto 2164 de 1995 y en la Ley 2160 de 2021 que modificó el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, deben entenderse como entidades públicas especiales; ii) las autoridades tradicionales indígenas son consideradas entidades de derecho público de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1088 de 1993 y la Ley 2294 de 2023; iii) las asociaciones de cabildos indígenas y/o autoridades tradicionales indígenas son consideradas entidades de derecho público de conformidad a lo expuesto en los Decretos 1088 de 1993 y 252 de 2020 y en la Ley 2294 de 2023; iv) los consejos Indígenas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 330 constitucional, disponen que a través de estos se representarán ante el Gobierno Nacional y demás entidades a los territorios indígenas, entre otras funciones cuya naturaleza se le puede catalogar de derecho público, no obstante, lo anterior no fue definido expresamente por la Ley 2294 de 2023; v) las organizaciones indígenas, en estricto sentido, no fueron definidas como entidades de derecho público, por el contrario, la Ley 1551 de 2012 permite observar que frente a aquellas se aplicaría derecho privado, sin embargo, hay que tener en cuenta por quiénes estarán constituidas dichas organizaciones, pues en virtud del Decreto 252 de 2020 se les permitió a las organizaciones indígenas celebrar contratos o convenios de manera directa con las entidades estatales, siempre y cuando estén conformadas exclusivamente por cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia; y vi) se considerarán entidades estatales aquellos resguardos que se asocien para administrar y ejecutar los recursos del SGP, en virtud de lo contemplado en el Decreto 1953 de 2014.

**2.2. Alcance de la causal de contratación directa del literal l) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007**

Si bien la licitación pública es la modalidad de selección que constituye la regla general para las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el artículo 2, numeral 4, de la Ley 1150 de 2007 consagra algunas excepciones, que atienden a la necesidad de proteger principios como la eficiencia, la eficacia, la economía, la celeridad o la integridad de las personas. Una de las excepciones es la causal de contratación directa prevista en el literal l) del mencionado numeral, modificado por el artículo 353 de la Ley 2294 de 2023, el cual dispone que podrán celebrarse directamente “Los contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Cabildos Indígenas y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, Consejos Indígenas y Organizaciones Indígenas con capacidad para contratar cuyo objeto esté relacionado con la ejecución de programas, planes y proyectos del plan de desarrollo relacionados con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, la garantía de los derechos, satisfacción de necesidades y/o servicios públicos de los pueblos y comunidades indígenas […]”.

 Dicha causal aplica en función de los sujetos y del objeto. *Por un lado*, se circunscribe a los contratos o convenios celebrados entre las entidades públicas con los “[…] Cabildos Indígenas, las asociaciones de Cabildos Indígenas y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, Consejos Indígenas y Organizaciones Indígenas […]”. Las entidades públicas son aquellas definidas en el artículo 2 de las Ley 80 de 1993, mientras que la naturaleza jurídica y la capacidad contractual de las comunidades indígenas se estudió en el punto anterior. *Por otra parte*, además del criterio subjetivo, se requiere que los contratos y convenios se enfoquen en “[…] el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, la garantía de los derechos, satisfacción de necesidades y/o servicios públicos de los pueblos y comunidades indígenas […]”. Es decir, la causal no es absoluta y, por tanto, la excepción a los procedimientos de la convocatoria abierta se refiere a objetos específicos. Sin embargo, es también es necesario que estén “[…] relacionados con la ejecución de programas, planes y proyectos del plan de desarrollo […]”, lo cual implica una delimitación adicional.

 Desde el punto de vista del objeto, la causal de contratación directa del literal l) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 depende de la aplicación de *conceptos jurídicos indeterminados*. Como explican los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, “por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados”[[8]](#footnote-9). En el caso de los primeros, el ámbito de la realidad al que se refieren está bien determinado y, por ende, su aplicación se limita a la constatación del supuesto de hecho objeto de regulación, como pasa, por ejemplo, cuando la ley establece que se debe cumplir cierta edad para acceder al derecho de pensión. Frente a los segundos, sin embargo, “la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado”[[9]](#footnote-10), como es el caso de la expresión “inmediatamente”, contenida en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993, o de “buena fe”, exigida para la tenencia en el caso de la prescripción adquisitiva. Según la doctrina alemana, estos últimos están caracterizados por tener un “halo de significado” (Begriffshof) usualmente amplio en relación con el tamaño de su “núcleo” (Begriffskern)[[10]](#footnote-11).

En ambos casos, por tratarse de conceptos que regulan supuestos concretos, no se admite más de una solución –principio del tercero excluido–, esto es, o se da o no se da el concepto[[11]](#footnote-12). Para los ejemplos propuesto en el párrafo precedente, la documentación se envía o no se envía “inmediatamente” o la tenencia fue o no de buena fe. Se trata, entonces, de un estado de indeterminación que únicamente puede superarse con una actividad de cognición[[12]](#footnote-13) que se orienta por las circunstancias particulares de aplicación del caso en el que se pretende hacer valer, sin que sea posible hacerlo por medio de actividades de volición[[13]](#footnote-14). Esto no significa que el concepto jurídico indeterminado carezca de varias interpretaciones. Incluso la doctrina foránea reconoce que esto último es posible, pues “[s]e trata de conceptos que de manera natural tienen una textura abierta, es decir, que pueden tener diversas interpretaciones, mismas que se llenan de contenido, ya en la aplicación de casos concretos”[[14]](#footnote-15).

 El Consejo de Estado se ha aproximado a la noción de concepto jurídico indeterminado desde dos (2) frentes. Por un lado, en relación con unos casos concretos en los que consideró que estos conceptos son indeterminados: “derecho positivo”[[15]](#footnote-16), establecido en algunas causales de anulación de laudos arbitrales; “favorabilidad”[[16]](#footnote-17), contenido en el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993; “moralidad administrativa”[[17]](#footnote-18); “conducta asumida por las partes”[[18]](#footnote-19), sobre condena en costas; “determinación”[[19]](#footnote-20), frente a los criterios y porcentajes señalados en el anulado artículo 75 del Decreto 2474 de 2008; “tema nuevo”[[20]](#footnote-21), relacionado con la improcedencia del recurso de reposición; “giro ordinario”[[21]](#footnote-22), establecido en el artículo 21 del derogado Decreto 679 de 1994; y “los motivos o causas que impidan la escogencia objetiva”[[22]](#footnote-23), contenido en el artículo 25, numeral 18, de la Ley 80 de 1993, entre otros. Por otro lado, el referido tribunal ha indagado sobre la noción en sí misma. En efecto, en las sentencias del 1 de junio del 2000[[23]](#footnote-24) y del 26 de julio de 2011[[24]](#footnote-25), explicó su entendimiento sobre los conceptos jurídicos indeterminados. En la decisión del 2011, consideró *in extenso* que:

“La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados comporta una sutil técnica de redacción y consecuente aplicación de las normas jurídicas frente a hipótesis específicas. Por regla general, las normas jurídicas se caracterizan por delimitar y definir de manera precisa, a través de los conceptos y términos utilizados, el ámbito de la realidad dentro de la cual están llamadas a operar, en lo que se conoce como el contenido inequívoco de la norma.

En los conceptos jurídicos indeterminados, opera una clara excepción frente a esta caracterización general de la estructuración normativa, en donde precisamente lo característico es el contenido indeterminado de los elementos descriptivos (conceptos, términos utilizados) de la norma, en cuanto conceptos de contornos difíciles de delimitar (no vagos, imprecisos o contradictorios), ante la ausencia en ellos, de contenidos materiales definitivos, concretos e inequívocos, haciendo de la esfera de realidad propuesta un ámbito fructífero de lo indefinido y abstracto (buena fe, premeditación, fuerza irresistible, incapacidad para el ejercicio de funciones, buen padre de familia, justo precio, interés público, bien común, fundamento importante, confiabilidad, necesidad, etc.).

[…]

Los otros conceptos, por el contrario, tienen un contenido específico, cuyo alcance no admite mayores discusiones entre los operadores jurídicos, en relación con su significado, tal es el caso de: servidor público, matrimonio, mayor de edad, Constitución, Ley, Ministerio, establecimiento público, entre muchos otros. Lo común en ellos es que son concretos y precisos, de manera que designan contenidos mucho más puntuales y menos ambivalentes, y por eso la discrepancia sobre su alcance se reduce sustancialmente, aunque no tiene por qué desaparecer, ya que es propio de toda norma su vocación de ser interpretada, con variables lógicas posibles”.

A juicio del Consejo de Estado, los operadores jurídicos –entre ellos la administración y el juez– son quienes deben concretar los conceptos imprecisos y generales, es decir, deben identificar los múltiples significados del concepto, distinguiendo unos escenarios de otros. Este proceso de formación de contenidos del lenguaje jurídico, para la referida autoridad judicial, se traduce en la creación de significados en el derecho. Con todo, igualmente ha reconocido que “los llamados “conceptos jurídicos indeterminados” […] no le dejan a la Administración la libertad de optar entre varias posibilidades de actuación, en tanto no hay múltiples soluciones para la Administración, sino una sola justa, esto es, ajustada a los fines del derecho”[[25]](#footnote-26). Esto significa que no “[…] puede encubrirse tras un concepto jurídico indeterminado una potestad discrecional […] porque una cosa es la alternativa de elección que tiene la administración, para adoptar una decisión entre varias posibles, y otra la dificultad que tienen algunas normas de concretar su contenido, en virtud de la presencia de CJI”[[26]](#footnote-27). Al respecto, en la sentencia transcrita anteriormente, también explicó que:

“La diferencia la advirtió claramente Eduardo García de Enterría, en “La Lucha contra las inmunidades del poder” al señalar que “Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto (…) Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a estas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio (…) Aquí cualquiera de estas soluciones, alternativamente, es igualmente justa, y precisamente porque lo es existe libertad de decisión (la discrecionalidad consiste esencialmente en una libertad de elección), procediendo esta en virtud de otros criterios materiales distintos de los jurídicos, que por ello no pueden jurídicamente ser fiscalizados. En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado (…) lo característico es que ese valor propio del concepto o esa experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión, ley que ha configurado este con la intención expresa de acotar un supuesto concreto, aunque su apreciación esté indeterminada; de este modo la aplicación de estos conceptos será justamente un caso de aplicación de la ley. Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, son un proceso de juicio o estimación (…). Justamente por eso, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado (…), porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales”.

Aunque al operador jurídico le corresponde concretar el alcance de los conceptos jurídicos indeterminados, lo cierto es que en dicha labor no ejerce ninguna potestad discrecional, ya que se trata de un “[…] proceso reglado que se agota en el proceso intelectivo de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interviene ninguna voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una facultad discrecional”[[27]](#footnote-28). De esta forma, a los operadores jurídicos se les impone la carga de justificar, en forma expresa y detallada, las razones que le conducen a concretar el alcance de los conceptos jurídicos indeterminados que se relacionan con el ejercicio de sus funciones, lo que descarta que dichos conceptos otorguen una “vía libre a la arbitrariedad del operador jurídico”[[28]](#footnote-29). En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha decantado cuatro (4) reglas aplicables a este tipo de conceptos:

“1. Los conceptos jurídicos indeterminados no suponen la discrecionalidad de las autoridades, puesto que implican clasificar una situación para tomar una única medida apropiada o justa.

2. Si bien se admite cierto grado de indeterminación y ambigüedad en el lenguaje jurídico, y no obstante no todo concepto jurídico indeterminado sea *per se* inconstitucional, el legislador debe evitar emplear palabras y conceptos que impliquen un grado de ambigüedad tal, que afecten la certeza del derecho y lleven a una interpretación absolutamente discrecional de la autoridad a quien corresponde aplicar determinada disposición, especialmente cuando se trata de normas que restringen el derecho a la libertad en sus múltiples expresiones.

3. Cuando sea posible esclarecer un concepto jurídico indeterminado, a partir de las herramientas hermenéuticas que ofrece el propio ordenamiento, la disposición no será inconstitucional. Por el contrario, si el concepto es tan abierto que no puede ser concretado en forma razonable, se desconoce el principio de legalidad.

4. En materia sancionatoria, ya sea penal o disciplinaria, la exigencia de certeza sobre el supuesto de hecho de una norma es mayor, puesto que la aplicación de la misma puede implicar una afectación más profunda de los derechos y libertades constitucionalmente protegidas”[[29]](#footnote-30).

De acuerdo con la jurisprudencia, los conceptos jurídicos indeterminados no suponen la discrecionalidad de las autoridades. Con esa orientación, el tribunal constitucional ha señalado que, para la determinación de su alcance, los operadores jurídicos deben acudir a los valores, los principios y las reglas de derecho que sirven de fundamento a la institución jurídica en cuya regulación está contenido dicho concepto[[30]](#footnote-31). Estos criterios o herramientas servirán de apoyo en el proceso intelectivo de los operadores jurídicos. Por regla general, la determinación del alcance de este tipo de conceptos exige que el operador jurídico lleve a cabo juicios de valor, lo cual no excluye el respectivo control.

Teniendo en cuenta la competencia del artículo 189.11 superior para la debida ejecución de la ley, nada obsta para que el reglamento precise el ámbito de aplicación de los *conceptos jurídicos indeterminados*. Aunque el artículo 28 del Código Civil dispone que las palabras se entenderán en su sentido natural y obvio, es decir, de acuerdo con su sentido general, también dispone que cuando se definan expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal. Sin embargo, por regla general, la intervención del reglamento es accesoria, no necesaria: el Congreso de la República ejerce su competencia para la expedición de las leyes sin que normas de inferior jerarquía condicionen su vigencia o aplicación. Por ello, la competencia reglamentaria corresponde a un poder discrecional. En este contexto, si la expedición de reglamentos no es obligatoria, la ausencia de estos no excusa la inaplicación de la ley, pues contiene unos elementos mínimos que vinculan directamente a los destinatarios[[31]](#footnote-32).

Respecto al tema de la consulta, en ausencia de una reglamentación que precise el objeto de la causal de contratación directa del literal l) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, los programas, planes y proyectos del plan de desarrollo relacionados con la satisfacción de necesidades y/o servicios públicos de los pueblos y comunidades indígenas se entienden dentro del sentido general de las palabras, como dispone el inciso primero del artículo 28 del Código Civil. Por un lado, para la RAE las “necesidades” aluden a la “Carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida” así como al “Especial riesgo o peligro que se padece, y en que se necesita pronto auxilio”. Estas necesidades pueden relacionarse con condiciones precarias de vivienda, dificultades para acceder a los servicios de salud, bajos niveles de educación, malas condiciones sanitarias, dificultades para acceder al empleo, etc. En términos generales, se trata de necesidades cuya satisfacción es indispensable para la existencia humana. Para estos efectos, el DANE construye un Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas, el cual constituye una metodología para identificar carencias críticas de la población y caracterizar la pobreza.

Por su parte, los “servicios públicos” son “[…] aquellas actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de los particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda”[[32]](#footnote-33). Mas allá de una concepción meramente orgánica, el concepto de servicio público está unido a un aspecto material, pues si “Las autoridades de la República están instituidas para […] para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” –inc. 2, art. 2 Constitucional– es claro que “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado” –inc. 1°, art. 365 superior–.

Pueden existir necesidades que estén relacionadas con la prestación de servicios públicos: este es el caso, por ejemplo, de la salud, la educación, el agua potable y el saneamiento básico. Al fortalecerse la prestación de estos servicios, se cubren necesidades de la población. Sin embargo, como se desprende de la redacción de la casual, este nexo no tiene carácter necesario. Por ejemplo, los problemas relacionados con la vivienda o las dificultades para acceder al empleo –más que la prestación de algún servicio de naturaleza asistencial– pueden requerir medidas de fomento[[33]](#footnote-34). Así, el literal l) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a “[…] la satisfacción de necesidades y/o servicios públicos […]”, es decir, el objeto del contrato o convenio puede referirse a uno, a otro o a ambos, siempre que se trate de programas, planes y proyectos del plan de desarrollo relacionados con los pueblos y comunidades indígenas.

No obstante, además de los requisitos subjetivos y objetivos explicados *ut supra*, la norma dispone que en los contratos o convenios suscritos “[…] se contemplará la ejecución de obras públicas que impliquen actividades de mantenimiento y/o mejoramiento de infraestructura social y de transporte, así como suministrar bienes y/o servicios para los que se acredite idoneidad, la cual deberá ser valorada teniendo en cuenta un enfoque diferencial”. Esto implica una calificación de los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Cabildos Indígenas y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, Consejos Indígenas y Organizaciones Indígenas, pues la idoneidad para ejecutar las obras mencionadas, suministrar bienes o prestar servicios es un requisito *sine qua non* de la causal del literal l) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007.

Nuevamente, se trata de un requisito plasmado en un *concepto jurídicamente indeterminado* que es necesario llenar de contenido en cada caso concreto. Conforme al diccionario de la RAE, lo “idóneo” se refiere a que es “Adecuado y apropiado para algo”, lo que indica una serie de aptitudes para cumplir un fin determinado. Esto se confirma en el diccionario panhispánico del español jurídico, donde la RAE alude a la “Cualidad personal necesaria para la prestación de un servicio concreto o la asunción de un cargo”. Este requisito también se exige, por ejemplo, para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión –art. 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015– y para suscribir contratos del artículo 355 superior con entidades privadas sin ánimo de lucro –art. 3 del Decreto 092 de 2017–.

Dicha idoneidad, como mínimo, se precisa en términos de conocimiento y de experiencia, es decir, en la combinación entre el “saber” y el “saber hacer”. Estas capacidades se analizan en relación con el objeto del contrato, de donde se deprenden aptitudes teóricas y prácticas para ejecutar el proyecto. Además de lo anterior, puede verificarse con criterios como las capacidades del personal vinculado, una estructura organizacional robusta, la implementación y cumplimiento de indicadores de gestión, reputación del organismo en el medio, entre otras. Como se observa, la idoneidad es un concepto que se determina de forma valorativa, esto es, de acuerdo con el parámetro de verificación que se adopte. Al tratarse de pueblos y comunidades indígenas, la norma dispone que esta circunstancia “[…] deberá ser valorada teniendo en cuenta un enfoque diferencial […]”. Como explica el Departamento Nacional de Planeación:

“El enfoque diferencial étnico remite a una perspectiva integrada de análisis, reconocimiento, respeto y garantía de los derechos individuales y colectivos de todos los grupos étnicos existentes en el país, haciendo énfasis en la igualdad de oportunidades desde la diferencia, la diversidad y la no discriminación.

Con esto se busca, por un lado, permear la política pública e incidir en las acciones del Estado, y por otro, divulgar y promover una cultura de reconocimiento, respeto e igualdad en el ejercicio de los derechos para todos los grupos que integran la nación pluriétnica y multicultural, y así dimensionar los alcances de su inclusión en la agenda pública y la incidencia en sus procesos comunitarios y organizativos”[[34]](#footnote-35).

Desde un punto de vista jurídico, estos organismos no tienen como objeto la ejecución directa de grandes obras de infraestructura, aspecto que influye en la imposibilidad de acreditar conocimientos y experiencia en las mismas condiciones que un contratista en el marco de un proceso con pluralidad de oferentes regido por el EGCAP. No obstante, además de establecer la idoneidad en términos de apropiación de los saberes ancestrales y los beneficios de su implementación en el proyecto, la Administración también podría validarla respecto a las capacidades propias de los pueblos y comunidades o de quienes los conformen, en aspectos como, por ejemplo, la ejecución exitosa de convenios o contratos anteriores con objeto similar o la acreditación de competencias específicas del personal que integren al cumplimiento de obligaciones como mano de obra.

De acuerdo con esto, las obligaciones que asuman los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Cabildos Indígenas y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, Consejos Indígenas y Organizaciones Indígenas en el marco de la causal de contratación directa del literal l) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 deben ir en sintonía con la idoneidad que puedan demostrar para asumir las mismas. En otros términos, se trata de aprovechar la capacidad de estas organizaciones para ejecutar obras de mantenimiento y/o mejoramiento de infraestructura social y de transporte, suministrar bienes o prestar servicios en beneficio de sus pueblos y comunidades.

Dado que la Agencia carece de atribuciones para hacer un juicio de validez sobre de los requisitos de idoneidad, la entidad no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva sobre el objeto de la petición, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, corresponderá a cada contratante definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de alguna gestión contractual en específico, sin que sea atribución de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente validar las actuaciones adelantadas.

**3. Respuesta**

i) “¿Cuál es el alcance del Artículo 353 de la Ley 2294 de 2023, respecto a la satisfacción de necesidades y/o servicios públicos de los pueblos y comunidades indígenas?”.

El literal l) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 353 de la Ley 2294 de 2023, aplica en función de los sujetos y del objeto. *Por un lado*, se circunscribe a los contratos o convenios celebrados entre las entidades públicas con los “[…] Cabildos Indígenas, las asociaciones de Cabildos Indígenas y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, Consejos Indígenas y Organizaciones Indígenas […]”. Las entidades públicas son aquellas definidas en el artículo 2 de las Ley 80 de 1993, mientras que la naturaleza jurídica y la capacidad contractual de las comunidades indígenas fue objeto de análisis en el numeral 2.1 del presente oficio.

*Por otra parte*, además del criterio subjetivo, se requiere que los contratos y convenios se enfoquen en “[…] el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, la garantía de los derechos, satisfacción de necesidades y/o servicios públicos de los pueblos y comunidades indígenas […]”. Es decir, la causal no es absoluta y, por tanto, la excepción a los procedimientos de la convocatoria abierta se refiere a objetos específicos. Sin embargo, es también es necesario que estén “[…] relacionados con la ejecución de programas, planes y proyectos del plan de desarrollo […]”, lo cual implica una delimitación adicional. Desde el punto de vista del objeto, la causal de contratación directa del literal l) del artículo 2., numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 depende de la aplicación de *conceptos jurídicos indeterminados*.

Por ello, en ausencia de una reglamentación que precise el objeto de la causal de contratación directa, los programas, planes y proyectos del plan de desarrollo relacionados con la satisfacción de necesidades y/o servicios públicos de los pueblos y comunidades indígenas se entienden dentro del sentido general de las palabras, como dispone el inciso primero del artículo 28 del Código Civil. En primer lugar, para la RAE las “necesidades” aluden a la “Carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida” así como al “Especial riesgo o peligro que se padece, y en que se necesita pronto auxilio”. Estas necesidades pueden relacionarse con condiciones precarias de vivienda, dificultades para acceder a los servicios de salud, bajos niveles de educación, malas condiciones sanitarias, dificultades para acceder al empleo, etc. En términos generales, se trata de necesidades cuya satisfacción es indispensable para la existencia humana. Para estos efectos, el DANE construye un Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas, el cual constituye una metodología para identificar carencias críticas de la población y caracterizar la pobreza.

En segundo lugar, los “servicios públicos” son “[…] aquellas actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de los particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda”[[35]](#footnote-36). Mas allá de una concepción meramente orgánica, el concepto de servicio público está unido a un aspecto material, pues si “Las autoridades de la República están instituidas para […] para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” –inc. 2, art. 2 Constitucional– es claro que “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado” –inc. 1°, art. 365 superior–.

Pueden existir necesidades que estén relacionadas con la prestación de servicios públicos: este es el caso, por ejemplo, de la salud, la educación, el agua potable y el saneamiento básico. Al fortalecerse la prestación de estos servicios, se cubren necesidades de la población. Sin embargo, como se desprende de la redacción de la casual, este nexo no tiene carácter necesario. Por ejemplo, los problemas relacionados con la vivienda o las dificultades para acceder al empleo –más que la prestación de algún servicio de naturaleza asistencial– pueden requerir medidas de fomento. Así, el literal l) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a “[…] la satisfacción de necesidades y/o servicios públicos […], es decir, el objeto del contrato o convenio puede referirse a uno, a otro o a ambos, siempre que se trate de programas, planes y proyectos del plan de desarrollo relacionados con los pueblos y comunidades indígenas.

Como se explicó *ut supra*, los conceptos jurídicos indeterminados no suponen la discrecionalidad de las autoridades. Con esa orientación, el tribunal constitucional ha señalado que, para la determinación de su alcance, los operadores jurídicos deben acudir a los valores, los principios y las reglas de derecho que sirven de fundamento a la institución jurídica en cuya regulación está contenido dicho concepto. Estos criterios o herramientas servirán de apoyo en el proceso intelectivo de los operadores jurídicos. Por regla general, la determinación del alcance de este tipo de conceptos exige que el operador jurídico lleve a cabo juicios de valor, lo cual no excluye el respectivo control.

ii) “¿Qué se entiende por idoneidad de los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Cabildos Indígenas y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, Consejos Indígenas y Organizaciones Indígenas, ¿de acuerdo con lo establecido en el artículo 353 de la Ley 2294 de 2023?”.

iii) “Según los lineamientos establecidos por Colombia Compra Eficiente, ¿Qué criterios sugiere se deben aplicar para determinar o verificar la acreditación de la idoneidad con enfoque diferencial?”

Además de los requisitos señalados en el punto anterior, el artículo 353 de la Ley 2294 de 2023 –que modificó el literal l) al artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007– dispone que en los contratos o convenios suscritos “[…] se contemplará la ejecución de obras públicas que impliquen actividades de mantenimiento y/o mejoramiento de infraestructura social y de transporte, así como suministrar bienes y/o servicios para los que se acredite idoneidad, la cual deberá ser valorada teniendo en cuenta un enfoque diferencial”. Esto implica una calificación de los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Cabildos Indígenas y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, Consejos Indígenas y Organizaciones Indígenas, pues la idoneidad para ejecutar las obras mencionadas, suministrar bienes o prestar servicios es un requisito *sine qua non* de la causal de la causal de contratación directa.

Se trata de un requisito plasmado en un *concepto jurídicamente indeterminado* que es necesario llenar de contenido en cada caso concreto. Conforme al diccionario de la RAE, lo “idóneo” se refiere a que es “Adecuado y apropiado para algo”, lo que indica una serie de aptitudes para cumplir un fin determinado. Esto se confirma en el diccionario panhispánico del español jurídico, donde la RAE alude a la “Cualidad personal necesaria para la prestación de un servicio concreto o la asunción de un cargo”. Este requisito también se exige, por ejemplo, para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión –art. 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015– y para suscribir contratos del artículo 355 superior con entidades privadas sin ánimo de lucro –art. 3 del Decreto 092 de 2017–.

Dicha idoneidad, como mínimo, se precisa en términos de conocimiento y de experiencia, es decir, en la combinación entre el “saber” y el “saber hacer”. Estas capacidades se analizan en relación con el objeto del contrato, de donde se deprenden aptitudes teóricas y prácticas para ejecutar el proyecto. Además de lo anterior, puede verificarse con criterios como las capacidades del personal vinculado, una estructura organizacional robusta, la implementación y cumplimiento de indicadores de gestión, reputación del organismo en el medio, entre otras. Como se observa, la idoneidad es un concepto que se determina de forma valorativa, esto es, de acuerdo con el parámetro de verificación que se adopte.

Al tratarse de pueblos y comunidades indígenas, la norma dispone que esta circunstancia “[…] deberá ser valorada teniendo en cuenta un enfoque diferencial […]”. Desde un punto de vista jurídico, estos organismos no tienen como objeto la ejecución directa de grandes obras de infraestructura, aspecto que influye en la imposibilidad de acreditar conocimientos y experiencia en las mismas condiciones que un contratista en el marco de un proceso con pluralidad de oferentes regido por el EGCAP. No obstante, además de establecer la idoneidad en términos de apropiación de los saberes ancestrales y los beneficios de su implementación en el proyecto, la Administración también validarla respecto a las capacidades propias de los pueblos y comunidades o de quienes los conformen, en aspectos como, por ejemplo, la ejecución exitosa de convenios o contratos anteriores con objeto similar o la acreditación de competencias específicas del personal que integren al cumplimiento de obligaciones como mano de obra.

De acuerdo con esto, las obligaciones que asuman los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Cabildos Indígenas y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, Consejos Indígenas y Organizaciones Indígenas en el marco de la causal de contratación directa del literal l) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 deben ir en sintonía con la idoneidad que puedan demostrar para asumir las mismas. En otros términos, se trata de aprovechar la capacidad de estas organizaciones para ejecutar obras de mantenimiento y/o mejoramiento de infraestructura social y de transporte, suministrar bienes o prestar servicios en beneficio de sus pueblos y comunidades.

Dado que la Agencia carece de atribuciones para hacer un juicio de validez sobre de los requisitos de idoneidad, la entidad no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva sobre el objeto de la petición, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad de adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. De esta manera, corresponderá a cada contratante definir la viabilidad técnica, jurídica y financiera de alguna gestión contractual en específico, sin que sea atribución de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente validar las actuaciones adelantadas.

iv) “¿Qué normativa le otorga capacidad para contratar a los Cabildos Indígenas, las asociaciones de Cabildos Indígenas y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, Consejos Indígenas y Organizaciones Indígenas, ¿según lo dispuesto en el artículo 353 de la Ley 2294 de 2023?”.

**De acuerdo con el marco normativo analizado en la primera parte del presente oficio,** puede concluirse que: i) los cabildos indígenas en virtud de lo consagrado en el Decreto 2164 de 1995 y en la Ley 2160 de 2021 que modificó el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, deben entenderse como entidades públicas especiales; ii) las autoridades tradicionales indígenas son consideradas entidades de derecho público de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1088 de 1993 y la Ley 2294 de 2023; iii) las asociaciones de cabildos indígenas y/o autoridades tradicionales indígenas son consideradas entidades de derecho público de conformidad a lo expuesto en los Decretos 1088 de 1993 y 252 de 2020 y en la Ley 2294 de 2023; iv) los consejos Indígenas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 330 constitucional, disponen que a través de estos se representarán ante el Gobierno Nacional y demás entidades a los territorios indígenas, entre otras funciones cuya naturaleza se le puede catalogar de derecho público, no obstante, lo anterior no fue definido expresamente por la Ley 2294 de 2023; v) las organizaciones indígenas, en estricto sentido, no fueron definidas como entidades de derecho público, por el contrario, la Ley 1551 de 2012 permite observar que frente a aquellas se aplicaría derecho privado, sin embargo, hay que tener en cuenta por quiénes estarán constituidas dichas organizaciones, pues en virtud del Decreto 252 de 2020 se les permitió a las organizaciones indígenas celebrar contratos o convenios de manera directa con las entidades estatales, siempre y cuando estén conformadas exclusivamente por cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia; y vi) se considerarán entidades estatales aquellos resguardos que se asocien para administrar y ejecutar los recursos del SGP, en virtud de lo contemplado en el Decreto 1953 de 2014. Estas normas delimitan la naturaleza jurídica y/o la capacidad para la suscripción de contratos.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Juan David Montoya PenagosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-2)
2. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos%20). [↑](#footnote-ref-3)
3. 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-4)
4. Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango. [↑](#footnote-ref-5)
5. 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-6)
6. 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-7)
7. 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-8)
8. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo (16ª Ed.). Tomo I. España. 2013, p. 501 y 502. [↑](#footnote-ref-9)
9. *Ibidem*. [↑](#footnote-ref-10)
10. Cfr. HECK, Philipp. *Gesetzauslegung und Interessenjurisprudenz*. Tubinga, Alemania. 1914. p. 46; y RÖTHEL, Anne. *Normkonkretisierung um Privatrecht.* Tubinga, Alemania. 2004. pp. 26-28. Citados por: AMBOS, Kai Et. al. Justicia de transición y constitución [en línea]. Editorial Temis. Colombia. 2013. p. 42. [fecha de Consulta 1 de julio de 2020]. ISSN: 978-958-35-1007-6 [↑](#footnote-ref-11)
11. Cfr. En esta perspectiva, “[…] el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o de estimación, que ha atenerse, necesariamente, por una parte a la circunstancias reales que ha calificarse, por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto indeterminado que su precepto emplea. Justamente por eso, el proceso de aplicación de conceptos jurídicamente indeterminados es un proceso reglado […], porque no admite más que una solución justa […]” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. Madrid: Civitas. 1989. pp. 36-38). [↑](#footnote-ref-12)
12. Cfr. JIMÉNEZ LECHUGA, Francisco Javier La función pública española con especial referencia a los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica [en línea]. 2005, (296-297), 281-310 [fecha de Consulta 1 de julio de 2020]. En la página 301 del texto, el autor señala: “Es un proceso reglado que se agota en el proceso intelectivo de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto jurídico indeterminado ha pretendido, proceso en el que no intervine ninguna voluntad de aplicación del aplicador”. [↑](#footnote-ref-13)
13. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo (16ª Ed.). Tomo I. España. 2013, p. 502. [↑](#footnote-ref-14)
14. DORANTES DÍAZ, Francisco Javier. El Derecho a la Ciudad. Sus posibilidades jurídicas de aplicación. Revista Buen Gobierno [en línea]. 2018, (25), 1-14 [fecha de Consulta 1 de Julio de 2020]. ISSN: 1874-4271. [↑](#footnote-ref-15)
15. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Expedientes 11001-03-26-000-2012-00010-00(43089), 11001-03-26-000-2013-00111-00(48117) y 11001-03-26-000-2013-00048-00(46779). Providencias del 8 de agosto de 2012 y del 12 de febrero de 2014 (2). M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-16)
16. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059). Providencia del 14 de marzo de 2013. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-17)
17. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsecciones A, B y C. Expedientes 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP), 88001-23-31-000-2004-00009-01(AP), 25000-23-24-000-2010-00757-01(AP), 66001-23-31-000-2012-10100 01(AP) y 25000-23-24-000-2004-00894-01(AP). Providencias del 5 de octubre de 2005, 30 de agosto de 2007, 25 de abril de 2012, 1 de agosto de 2016 y del 17 de marzo de 2017. MM.PP. Ramiro Saavedra Becerra, Enrique Gil Botero (2), Ramiro Pazos Guerrero y Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-18)
18. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsecciones A y C. Expedientes 25000-23-26-000-1996-12809-01(27986) y 05001-23-31-000-2006-00111-01(48809). Providencia del 12 de noviembre de 2014 y del 13 de junio de 2016. MM.PP. Enrique Gil Botero y Martha Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-19)
19. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Expediente 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B. Providencia del 14 de abril de 2010. M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-20)
20. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Expediente 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054)B. Providencia del 14 de abril de 2010. M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-21)
21. Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 11001-03-26-000-1995-01575-01(11575). Providencia del 6 de julio de 2005. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-22)
22. Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 25000-23-26-000-1994-0042-01(15235)DM. Providencia del 24 de junio de 2004. M.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-23)
23. Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicaciones 12038 y 14092. Providencia del 1 de junio de 2000. M.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-24)
24. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Expediente 25000-23-26-000-1997-03809-01(17661). Providencia del 26 de julio de 2011. M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-25)
25. Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A. Providencia del 16 de marzo de 2005. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-26)
26. *Ibidem* [↑](#footnote-ref-27)
27. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo (16ª Ed.). Tomo I. España. 2013, p. 503-504. [↑](#footnote-ref-28)
28. Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 25000-23-26-000-1994-09730-01 (14462). Providencia del 29 de mayo de 2003. M.P. Ricardo Hoyos Duque. [↑](#footnote-ref-29)
29. Corte Constitucional. Sentencia C-538 de 2016. Idea reiterada en también las Sentencias C-860 de 2006, C-052 de 2012, C-258 de 2015 y C-382 de 2019. [↑](#footnote-ref-30)
30. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2002. [↑](#footnote-ref-31)
31. Si bien en principio el ejercicio de la potestad reglamentaria es discrecional, esta puede ser excepcionalmente obligatoria para efectividad de la ley. Por ejemplo, para la doctrina esto último sucede cuando “[…] la necesidad del reglamento es inminente, y así nace desde la norma que confiere la potestad reglamentaria […]”. En este tipo de situaciones, “[…] las autoridades no tienen -ni tuvieron- la posibilidad de escoger entre expedir el acto o dejar de hacerlo. Es decir, se trata de una potestad reglada, desde el punto de vista de la necesidad de la actuación” (MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. El reglamento, como fuente del derecho administrativo. En: las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. p. 203). Por lo demás, la doctrina también considera que “[…] el ejercicio de la potestad reglamentaria para la ejecución de las leyes […] puede ser necesario y debido siempre que la actividad y aplicabilidad de la ley dependan del complemento reglamentario y cuando, con mayor razón, es la propia ley quien expresamente encarga dicho desarrollo normativo” (GÓMEZ PUENTE, Marcos. El silencio y la inactividad administrativa. En: Silencio administrativo: estudio general y procedimiento sectoriales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 52). [↑](#footnote-ref-32)
32. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-075 de 1997. MP. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-33)
33. Para la doctrina, “El fomento es la actividad que consiste en estimular o ayudar una actividad privada de interés público. A través de la actividad de fomento se trata de garantizar que una serie de actividades, que se consideran relevantes para el interés público, puedan desarrollarse por la iniciativa privada sin necesidad de convertirlas en servicios públicos, o de que se amplíe su esfera de acceso a un mayor número de particulares, que no lo tendrían si se dejara simplemente actuar a las leyes del mercado […]” (COSCULLUELA MONTANER, Luis. Manual de derecho administrativo. Trigésima tercera edición. Madrid: Civitas, 2022. Libro en versión EPUB). Sin embargo, “[…] no pueden calificarse de medidas de fomento ciertas ayudas o subsidios, que tienen por finalidad la mera protección de personas en situación de dificultad o dependencia. Más bien dichas ayudas son prestaciones propias de un servicio público asistencial, pues éste consiste muchas veces en gestionar una aportación dineraria de subsistencia o de integración social, más o menos general o específica […]” (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo: parte general. Décima novena edición. Madrid: Tecnos, 2023. Libro en formato EPUB). [↑](#footnote-ref-34)
34. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. lineamientos para la implementación del enfoque de derechos y la atención diferencial a grupos étnicos en la gestión de las entidades territoriales. Consultado el 6 de marzo de 2024 en la página <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/Lineamientos%20Enfoque%20Diferencial%20%C3%89TNICO%20VPublicable%20FINAL%20260216.pdf>. [↑](#footnote-ref-35)
35. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-075 de 1997. MP. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-36)