**LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Prohibición – Suscripción de contrato o convenio interadministrativo**

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece la prohibición para gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades de orden municipal, departamental o distrital, para celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección

**CONVENIO O CONTRATO INTERADMINISTRATIVO – Noción**

El contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo en el que concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están definidos por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales o entes del estado.

**CONCEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS – Naturaleza jurídica – Entidad estatales – Restricción en ley de garantías – Suscripción de contratos**

El Decreto 1066 de 2015, en el artículo 2.5.1.2.3, establece que son personas jurídicas que ejercen la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad. El Consejo Comunitario lo integran la Asamblea General y la junta del consejo comunitario.

[…] se demuestra que si bien existe la norma que regula la creación de los consejos comunitarios de comunidades negra, y determina que son la máxima autoridad de administración interna de las Tierras de las Comunidades Negras, no se les otorga la naturaleza de entidades estatales, ni se señala que son personas jurídicas de derecho público. (…9 al considerar a los consejos comunitarios como personas jurídicas de derecho privado, el contrato que celebren con el Municipio de Necoclí no tendrá la naturaleza de interadministrativo, y, por lo tanto es posible celebrarlo durante la vigencia de la Ley de Garantías.

Bogotá D.C., **25/09/2019 Hora 16:18:1s**

# N° Radicado: 2201913000007128

Señor

# Ferlis Narváez Cordero

Necoclí, Antioquia

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4201913000005744 |
| **Temas:** | Aplicación Ley de Garantías, contratación directa |
| **Tipo de asunto consultado:** | Celebración de un contrato de comodato durante la vigencia de la Ley de Garantías. |

Estimado señor Narváez,

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, responde su consulta del 22 de agosto de 2019 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. Su consulta fue remitida por la Procuraduría General de la Nación mediante radicado No. 2207 del 20 de agosto de 2019.

# Problema planteado

¿Es posible celebrar un contrato de comodato entre el concejo comunitario de comunidades afrocolombianas y el municipio de Necoclí durante la vigencia de la Ley de Garantías? ¿De qué forma o en qué fechas podría proceder la firma de dichos contratos por parte del alcalde municipal?

# Consideraciones

El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece la prohibición para gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades de orden municipal, departamental o distrital, para celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección, en los siguientes términos:

Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

(…)

Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

Lo anterior quiere decir que los gobernadores, alcaldes distritales y municipales, secretarios de despacho, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, tienen prohibido, a partir del día 27 de junio y hasta el 27 de octubre de la actual vigencia fiscal, celebrar convenios o contratos interadministrativos para la ejecución de recursos públicos.

Entonces, para determinar la aplicación de anterior parágrafo, es necesario identificar la naturaleza jurídica de las entidades públicas que celebrarán el convenio o contrato interadministrativo, toda vez que, de acuerdo con lo definido en la Ley 996 de 2005, la prohibición de celebrar esa clase de convenios o contratos está dirigida a las entidades territoriales y a las entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital.

En primer lugar, se estudiará la naturaleza jurídica del Municipio de Necoclí para señalar si ésta es una entidad de orden territorial o una entidad descentralizada del orden municipal, departamental o distrital, y luego, la naturaleza jurídica del concejo comunitario de las comunidades afrocolombianas para saber si esta es un ente del estado o si es una entidad privada que la celebración del contrato con este concejo implica o no la celebración de un contrato interadministrativo.

De acuerdo con el artículo 286 de la Constitución Política son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas[[1]](#footnote-1). En este sentido, por expreso mandato constitucional los municipios son entidades territoriales y están restringidos a celebrar contratos interadministrativos que ejecute recursos públicos durante la vigencia de la Ley de Garantías.

Ahora, surge el interrogante si la celebración del contrato o convenio del Municipio Necoclí con el Consejo Comunitario de Comunidades Afrocolombianas es un contrato interadministrativo.

El contrato o el convenio interadministrativo fue creado en la Ley 80 de 1993, y aunque no lo definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”, califica a los contratos o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[2]](#footnote-2).

De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo en el que concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos nominados en la Ley 80 de 1993 están definidos por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales o entes del estado.

La inquietud que surge es la siguiente: ¿los consejos comunitarios de comunidades afrodescendientes son entidades estatales o entes del Estado que hagan parte de la estructura del Estado? El artículo 5 de la Ley 70 de 1993, normativa que reconoce a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas ribereñas establece que para recibir la propiedad colectiva de tierras adjudicables cada comunidad formará un Consejo Comunitario como forma de administración interna. Las principales funciones son: i) delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas, ii) velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, iii) la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales, iv) escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica y, finalmente, v) hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación[[3]](#footnote-3).

Posteriormente, el Decreto 1066 de 2015, en el artículo 2.5.1.2.3, establece que son personas jurídicas que ejercen la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad. El Consejo Comunitario lo integran la Asamblea General y la junta del consejo comunitario[[4]](#footnote-4).

Por su parte, el artículo 2.5.1.2.12 establece que una de las funciones en cabeza del representante legal del Consejo comunitario es, previa aprobación de la Junta, celebrar convenios o contratos y administrar los beneficios derivados de los mismos. Por lo tanto, se le otorga la capacidad al representante legal de celebrar cualquier tipo de contratos o convenios con personas naturales o jurídicas del derecho público o privado[[5]](#footnote-5).

Del estudio de las normas señaladas, se demuestra que si bien existe la norma que regula la creación de los consejos comunitarios de comunidades negra, y determina que son la máxima autoridad de administración interna de las Tierras de las Comunidades Negras, no se les otorga la naturaleza de entidades estatales, ni se señala que son personas jurídicas de derecho público.

Además, de los elementos que definen a los consejos comunitarios de Comunidades Negras:-i) la persona jurídica que ejerce la máxima administración interna de las comunidades negras, ii) está integrado por la Asamblea General y una junta del consejo comunitario y iii) las funciones están orientadas a preservar la identidad cultural de las comunidades negras-; no se puede inferir que sean entidades estatales de las definidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993[[6]](#footnote-6), o de la estructura del Estado que se encuentran enunciadas en el artículo 38 de la ley 489 de 1998[[7]](#footnote-7).

En este sentido, al no preverse en la norma que sean entidades estatales, de las previstas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 o un organismo o entidad de la rama ejecutiva del orden nacional del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, o de sus elementos estructurales que sean entidades del Estado, se entiende que son personas jurídicas de derecho privado y no tendrán la connotación de entidades estatales o entidades de derecho público.

Por lo tanto, al considerar a los consejos comunitarios como personas jurídicas de derecho privado, el contrato que celebren con el Municipio de Necoclí no tendrá la naturaleza de interadministrativo, y, por lo tanto es posible celebrarlo durante la vigencia de la Ley de Garantías.

# Respuesta

Durante la vigencia de la Ley de Garantías es posible celebrar el contrato de comodato entre el municipio de Necoclí y el consejo comunitario de Comunidades Negras porque su celebración no es un contrato interadministrativo. Si bien, en un principio, el municipio de Necoclí sí se encuentra restringido por la Ley de Garantías a celebrar con cualquier otra entidad estatal un contrato o convenio; en este caso, el consejo comunitario de comunidades negras por ser una persona jurídica de derecho privado, la celebración de este contrato no será interadministrativo.

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

Atentamente,



Proyectó: Sara Milena Núñez Aldana

1. Constitución Política: “Articulo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Decreto 1082 de 2015: artículo 2.2.1.2.1.4. *“*La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

“Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 70 de 1993: “Artículo 5. Para recibir en propiedad colectiva las tierras adjudicables, cada comunidad formará un Consejo Comunitario como forma de administración interna, cuyos requisitos determinará el reglamento que expida el Gobierno Nacional.

“Además de las que prevea el reglamento, son funciones de los Consejos Comunitarios: delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas; velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica, y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Decreto 1066 de 2015: “Artículo 2.5.1.2.3 Definición. Una comunidad negra podrá constituirse en Consejo Comunitario, que como persona jurídica ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad.

“En los términos del numeral 5o., artículo 2o. de la Ley 70 de 1993, Comunidad Negra es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia e identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

“Al Consejo Comunitario lo integran la Asamblea General y la Junta del Consejo Comunitario”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Decreto 1066 de 2015: “Artículo 2.5.1.2.12. Funciones del representante legal del consejo comunitario**.** Son funciones del Representante Legal del Consejo Comunitario, entre otras, las siguientes:

(…)

“5. Previa aprobación de la Junta del Consejo Comunitario, celebrar convenio o contratos y administrar los beneficios derivados de los mismos”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 80 de 1993: “Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. para los solos efectos de esta ley:

“1 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.

“b) El senado de la república, la cámara de representantes, el consejo superior de la judicatura, la fiscalía general de la nación, la contraloría general de la república, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la procuraduría general de la nación, la registraduría nacional del estado civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 489 de 1998: “Artículo 38. Integración de la rama ejecutiva del poder publico en el orden nacional**.** La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

“1. Del Sector Central:

“a) La Presidencia de la República;

“b) La Vicepresidencia de la República;

“c) Los Consejos Superiores de la administración; “d) Los ministerios y departamentos administrativos;

“e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica. “2. Del Sector descentralizado por servicios:

“a) Los establecimientos públicos;

“b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

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

“d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios; “e) Los institutos científicos y tecnológicos;

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

“g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público”. [↑](#footnote-ref-7)