

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

PUEBLOS TRIBALES - Convenio No. 169 de la OIT – Compromisos – Derechos / COMUNIDADES NEGRAS, AFRODESCENDIENTES, RAIZALES Y PALENQUERAS – Naturaleza jurídica – Capacidad contractual

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 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 y tribales con acciones concretas dirigidas al reconocimiento de sus derechos y el respeto de su integridad, entre otros compromisos adquiridos.

[...]

En lo que respecta a la expresión “*pueblos indígenas y tribales*”, ha de precisarse que abarca a todos los pueblos y/o comunidades que conservan total o parcialmente sus tradiciones o costumbres, instituciones y organización social, ello quiere decir, que no solo los pueblos indígenas son titulares de los preceptos establecidos en el convenio 169 aprobado por la Ley 21 de 1991, sino que otros grupos étnicos diferenciados, como es el caso de las Comunidades Negras, Afrodescendientes, Raizales y Palenqueras, quienes también son titulares de los derechos ligados a la autonomía, diversidad cultural, defensa de los territorios, participación, entre otros.

[...]

Dentro del marco jurídico aplicable a los contratos estatales existen disposiciones que regulan la celebración de contratos que involucran como cocontratantes de las Entidades Estatales a diferentes instancias de representación de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras. A través de estas disposiciones el legislador ha atribuido capacidad jurídica y contractual a diversas formas organizativas, estableciendo unos supuestos de hecho y requisitos con sujeción a los cuales procede la celebración de acuerdos de naturaleza contractual con dichos agentes.

CAPACIDAD PARA CONTRATAR – Consejos comunitarios de las comunidades negras Organizaciones de Base – Formas o expresiones organizativas

La Ley 2160 del 2021 “*por medio del cual se modifica la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007*”, confirió de manera expresa capacidad jurídica a las organizaciones de base de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras para celebrar contratos con Entidades Estatales. Esto en atención a la necesidad de incluir dentro del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública disposiciones que facilitaran la celebración de contratos estatales con objetos dirigidos a proteger los elementos propios de la identidad y los derechos de estas comunidades, integrando de manera directa a sus formas organizativas dentro del ciclo de la contratación.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

[...]

El artículo 3 de la Ley 2160 de 2021 modificó el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, norma que hasta entonces se limitaba a regular las nociones de consorcio y unión temporal en el marco del EGCAP. La modificación efectuada consistió en la incorporación de definiciones de los sujetos a los que alude el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, en atención a la modificación realizada por el artículo 1 de la Ley 2160 de 2021. Entre las definiciones incluidas se destacan las de Organizaciones de Segundo nivel, Consejo comunitario de las comunidades negras, formas o expresiones organizativas, organizaciones de base de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

CONTRATACIÓN DIRECTA – Aplicación restrictiva – Literales M y N, numeral 4, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007

Ley 2160 de 2021 también introdujo modificaciones en la Ley 1150 de 2007, específicamente en el artículo 2, adicionando los literales M y N al numeral 4, creando unas causales de contratación directa aplicables de manera exclusiva a los entes organizativos a los que les atribuyen capacidad contractual los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993, por cuenta de las modificaciones aquí explicadas. Estas causales enfocan la colaboración entre la Entidades Estatales y los entes organizativos de la población negra, afrodescendiente, raizal y palenquera a objetos que busquen unas finalidades específicas.

[...]

Los literales M) y N) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 consagran disposiciones que autorizan a las Entidades Estatales a contratar de manera directa con los consejos comunitarios de las comunidades negras y organizaciones de base de personas pertenecientes a comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras o con otras formas y expresiones organizativas. En ese sentido, al igual que las otras causales de contratación directa previstas en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, estas suponen una excepción a la regla general que impone la selección del contratista a través del adelantamiento de proceso competitivo, estableciendo unas condiciones en atención a las cuales es permitido contratar de manera directa.

COMUNIDADES NEGRAS, AFRODESCENDIENTES, RAIZALES Y PALENQUERAS – Autonomía – Gobierno propio – Autonomía– Identidad cultural – Garantía de derechos – Nociones

La *autonomía*, el *gobierno propio*, la *identidad cultural*, y la *garantía de los derechos de las comunidades*, se ofrecen como un conjunto de conceptos jurídicos indeterminados. Un concepto adquiere esta denominación en el Derecho cuando se trata de un enunciado que goza de vaguedad y que debe materializarse en cada caso, atendiendo a las técnicas de la interpretación jurídica. La Corte Constitucional ha reconocido que el Congreso de la República, dentro de su libertad de configuración legislativa, puede emplear este tipo de



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

conceptos, que se caracterizan por tener un cierto halo de incertidumbre en su interpretación, quedando referida su determinación concreta a la actividad de los operadores jurídicos.

OBRA PÚBLICA – Noción / INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE – Noción – Integración / OBRA PÚBLICA DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE – Contratación directa con Consejos Comunitarios y Organizaciones de Base

Es conveniente explicar que, la obra es una tipología de los contratos estatales, entendidos estos últimos como los actos jurídicos generadores de obligaciones que han sido celebrados por alguna de las entidades estatales enlistadas en el artículo 2 del EGCAP.

[...]

La infraestructura de transporte es definida por el artículo 2 de la Ley 1682 de 2013 como un “[...] un sistema de movilidad integrado por un conjunto de bienes tangibles, intangibles y aquellos que se encuentren relacionados con este, el cual está bajo la vigilancia y control del Estado, y se organiza de manera estable para permitir el traslado de las personas, los bienes y los servicios, el acceso y la integración de las diferentes zonas del país y que propende por el crecimiento, competitividad y mejora de la calidad de la vida de los ciudadanos”.



Bogotá D.C., 21 de febrero del 2024



Doctora:

María Victoria Arbeláez González

Subdirectora de procesos de selección contractuales

Instituto Nacional de Vías - INVIAS

Bogotá D.C.

Concepto C-025 del 2024

Tema PUEBLOS TRIBALES - Convenio No. 169 de la OIT – Compromisos – Derechos / COMUNIDADES NEGRAS, AFRODESCENDIENTES, RAIZALES Y PALENQUERAS – Naturaleza jurídica – Capacidad contractual / CAPACIDAD PARA CONTRATAR – Consejos comunitarios de las comunidades negras Organizaciones de Base – Formas o expresiones organizativas / CONTRATACIÓN DIRECTA – Aplicación restrictiva – Literales M y N, numeral 4, artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 / COMUNIDADES NEGRAS, AFRODESCENDIENTES, RAIZALES Y PALENQUERA – Autonomía – Gobierno propio – Autonomía– Identidad cultural – Garantía de derechos – Nociones / OBRA PÚBLICA – Noción / INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE – Noción – Integración / OBRA PÚBLICA DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE – Contratación directa con Consejos Comunitarios y Organizaciones de Base

Respuesta a consulta Nro. P20240206001175

Estimada doctora Arbeláez:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8º del artículo 11 y el numeral 5º del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de



Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 07 de febrero del 2024.

1. Problema planteado

En la petición de la referencia se realiza solicitud de consulta sobre la aplicación de los literales m y n del artículo, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, adicionados por la Ley 2160 del 2021. Estas disposiciones prevén sendas causales de contratación directa aplicables a Consejos Comunitarios y Organizaciones de Base de comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, siempre que se satisfagan unas condiciones. Al respecto usted pregunta:

“[...] 1. ¿Cómo debe entender los criterios **(el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad étnica y cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos de las mismas comunidades.)** en materia contractual determinados en los literales m) y n) del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 incorporados por la ley 2160 de 2021, y si dentro de estos conceptos cabe la realización de obras de infraestructura de transporte.

2 En el entendido que en el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026, autoriza la contratación de obras de infraestructura con los indígenas de manera directa ¿en virtud del principio de igualdad debe darse la misma interpretación para los NARP? [...]”.

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta Entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta Entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos contractuales de donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la Entidad que suscribió el contrato y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) naturaleza jurídica y capacidad contractual de las diferentes formas de organización de comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras; ii) ámbito de aplicación de las casuales de contratación directa previstas en beneficio de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, y iii) la contratación directa de obras públicas de infraestructura de transporte con comunidades, negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –en adelante la ANCP-CCE– se ha pronunciado sobre el marco jurídico de la contratación con comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras en los conceptos Nro. C-731 del 26 de enero del 2022 y C- 052 del 21 de abril del 2023². Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente para dar respuesta a su consulta.

2.1. Naturaleza jurídica y capacidad contractual de las diferentes formas de organización de comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras

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”

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>.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

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 constitucionalidad³ 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 y tribales con acciones concretas dirigidas al reconocimiento de sus derechos y el respeto de su integridad, entre otros compromisos adquiridos. Al respecto, el artículo 2 de la Ley 21 de 1991 prescribe que:

"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."

Ahora bien, en lo que respecta a la expresión "*pueblos indígenas y tribales*", ha de precisarse que abarca a todos los pueblos y/o comunidades que conservan total o parcialmente sus tradiciones o costumbres, instituciones y organización social, ello quiere decir, que no solo los pueblos indígenas son titulares de los preceptos establecidos en el convenio 169 aprobado por la Ley 21 de 1991, sino que otros grupos étnicos diferenciados, como es el caso de las Comunidades Negras, Afrodescendientes, Raizales y Palenqueras, quienes también son titulares de los derechos ligados a la autonomía, diversidad cultural, defensa de los territorios, participación, entre otros. Sobre el asunto la Corte Constitucional en ha, precisado lo siguiente:

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 [...]".



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

"[...] las comunidades afrocolombianas son un grupo culturalmente diferenciado titular de derechos grupales especiales y que puede clasificarse como "pueblo tribal" para efectos de la aplicación del Convenio. La Corte ha rechazado que criterios raciales, espaciales –ubicación geográfica- o jurídico formales –existencia de una organización legalmente reconocida- sean criterios determinantes de la existencia de las comunidades negras como grupo étnico diferenciado. Para la Corporación, siguiendo el Convenio 169 de la OIT, los factores que ayudan en mayor medida a la identificación de "los pueblos tribales" –como las comunidades negras- son, en primer lugar, uno objetivo relacionado con la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo y que lo diferencian de los demás sectores sociales; y uno subjetivo que hace referencia a la existencia de una identidad grupal que lleva a sus integrantes a asumirse como miembros de la colectividad. En este orden de ideas, la Corte ha resaltado que el concepto de comunidad negra es mucho más amplio que el contemplado por la Ley 70 de 1993; este último es sólo aplicable a los supuestos previstos en la disposición y, en todo caso, no es condición de acceso a otras medidas de protección. [...]"⁴

Por su parte, el artículo 55 transitorio constitucional⁵ otorgó la calidad de grupo étnico a las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras de modo que poseen similares derechos de reconocimiento de identidad y diversidad cultural que los pueblos indígenas. Sobre este aspecto vale la pena aclarar que las obligaciones constitucionales no dependen de las garantías que se reconozcan a estos últimos, puesto que tanto en la constitución y la ley se ha reconocido la identidad diferencia de estos sujetos colectivos⁶.

Así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 21 de 1991, el Estado colombiano se comprometió a implementar las acciones necesarias para garantizar que los pueblos indígenas y tribales, 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.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-823 del 17 de octubre del 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵ Constitución Política: "Artículo transitorio 55. Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley. En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas. La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley. La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.

Parágrafo 1o. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

Parágrafo 2o. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley."

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-189 del 01 de junio del 2022, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

El cumplimiento de este compromiso ha requerido la creación de un marco jurídico legal y reglamentario que permita desarrollar las acciones pertinentes para alcanzar dicha finalidad. Esta es la razón por la que en el ordenamiento jurídico colombiano existen múltiples preceptos dirigidos a promover en diferentes contextos los derechos de los pueblos y comunidades étnicas. Dentro de los ámbitos en los que han incidido estas disposiciones se encuentra el de la contratación pública, en la medida en que las actuaciones orientadas a la satisfacción de derechos de los grupos étnicos diferenciados en situaciones concretas requieren de la concertación entre estos y las Entidades Estatales, lo que ha suscitado la necesidad de un tratamiento jurídico particular para tales acuerdos.

Hoy día, dentro del marco jurídico aplicable a los contratos estatales existen disposiciones que regulan la celebración de contratos que involucran como cocontratantes de las Entidades Estatales a diferentes instancias de representación de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras. A través de estas disposiciones el legislador ha atribuido capacidad jurídica y contractual a diversas formas organizativas, estableciendo unos supuestos de hecho y requisitos con sujeción a los cuales procede la celebración de acuerdos de naturaleza contractual con dichos agentes. Esto con el fin de garantizar la igualdad material, procurar la satisfacción de derechos sociales, económicos y culturales, así como la preservación de la identidad social y cultural de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, se han regulado algunos aspectos contractuales en relación con sus órganos representativos.

Es por esto por lo que, la Ley 2160 del 2021 "*por medio del cual se modifica la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007*", confirió de manera expresa capacidad jurídica a las organizaciones de base de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras para celebrar contratos con Entidades Estatales. Esto en atención a la necesidad de incluir dentro del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública disposiciones que facilitaran la celebración de contratos estatales con objetos dirigidos a proteger los elementos propios de la identidad y los derechos de estas comunidades, integrando de manera directa a sus formas organizativas dentro del ciclo de la contratación⁷. Con este propósito se dispuso la

⁷ Sobre la necesidad de extender reconocer capacidad jurídica a estas organizaciones, en el marco del trámite legislativo se consideró lo siguiente: "[E]l Decreto 1640 de 2020 que sustituyó y adicionó el Decreto 1066 de 2015, prevé en el artículo 2.5.1.1.22, la existencia de organizaciones de base de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, así como de organizaciones de segundo nivel, entendidas como asociaciones de consejos comunitarios, formas y expresiones organizativas y/o organizaciones de base que agrupan a más de dos (2) organizaciones, inscritas en el Registro Único de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, siempre y cuando el área de influencia de dichas organizaciones corresponda a más de la tercera parte de los departamentos donde existan comisiones consultivas.



FORMATO PQRS

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

modificación del artículo 6 de la Ley 80 de 1993, el cual regula la capacidad jurídica en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en los siguientes términos⁸:

“ARTÍCULO 1°. Modifíquese el Artículo 6 de la Ley 80 de 1993, el cual quedara así:

Artículo 6°. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. *También podrán celebrar contratos con las entidades estatales los Cabildos Indígenas*, las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, los **consejos comunitarios de las comunidades negras regulados por la Ley 70 de 1993**.

Para **las organizaciones de base de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y las demás formas y expresiones organizativas, deberán contar con diez (10) años** o más de haber sido incorporados por el Ministerio de: Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro; y los consorcios y uniones temporales [...]”. [Énfasis fuera de texto]

En concordancia con lo anterior, el artículo 3 de la Ley 2160 de 2021 modificó el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, norma que hasta entonces se limitaba a regular las nociones de consorcio y unión temporal en el marco del EGCAP. La modificación efectuada consistió en la incorporación de definiciones de los sujetos a los que alude el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, en atención a la modificación

⁸ “Aquellas razones hacen necesario aplicar la propuesta legislativa a los consejos comunitarios de las comunidades negras y las organizaciones de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y sus asociaciones de segundo nivel el régimen general de contratación, por lo cual se busca precisar la capacidad de contratación y autorizar la aplicación de la contratación directa, prevista en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2017, a los mencionados consejos y organizaciones [...]”

“[R]esulta importante traer a colación el Acta de la Décimo Segunda Sesión Plenaria del Espacio Nacional de Consulta Previa de Medidas Legislativas y Administrativas de Amplio Alcance Susceptibles de Afectar a las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, donde se acordó que “El Ministerio del Interior, conformará una mesa entre el DNP y Colombia Compra Eficiente para revisar y ajustar de conformidad a la normatividad, los asuntos correspondientes a la capacidad jurídica y legal para la contratación con las formas organizativas de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras” Por tanto, en cumplimiento de este compromiso, el Ministerio del Interior efectuó los análisis respectivos con el Departamento Nacional de Planeación, DNP y con Colombia Compra Eficiente, y se concluyó que resultaba necesaria esta iniciativa legislativa que se somete”.

⁸ En la exposición de motivos del Proyecto de Ley 418-21 Senado y 485-20 Cámara, que terminó en la expedición de la Ley 2160 de 2021 se explicó que: “las Comunidades, Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, la Ley 70 de 1993 “por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”, previó en su artículo 5 la existencia de Consejos Comunitarios como formas de administración interna, encargados de 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 actuar como amigables compondores en los conflictos internos factibles de conciliación. Asimismo, el artículo 2.5.1.2.12 del Decreto 1066 de 2015 Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, estableció dentro de las funciones del representante legal del Consejo Comunitario, entre otras las de “1. Representar a la comunidad, en cuanto persona jurídica”, y “5. Previa aprobación de la Junta del Consejo Comunitario, celebrar convenios o contratos y administrar los beneficios derivados de los mismos”. Igualmente, el Decreto 1640 de 2020 que sustituyó y adicionó el Decreto 1066 de 2015, prevé en el artículo 2.5.1.1.22, la existencia de organizaciones de base de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, así como de organizaciones de segundo nivel, entendidas como asociaciones de consejos comunitarios, formas y expresiones organizativas y/o organizaciones de base que agrupan a más de dos (2) organizaciones, inscritas en el Registro Único de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, siempre y cuando el área de influencia de dichas organizaciones corresponda a más de la tercera parte de los departamentos donde existan comisiones consultivas. Aquellas razones hacen necesario aplicar la propuesta legislativa a los consejos comunitarios de las comunidades negras y las organizaciones de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y sus asociaciones de segundo nivel el régimen general de contratación, por lo cual se busca precisar la capacidad de contratación y autorizar la aplicación de la contratación directa, prevista en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2017, a los mencionados consejos y organizaciones”. Gaceta del Congreso, Senado y Cámara, Año XXX, No. 315 del 22 de abril de 2021.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

realizada por el artículo 1 de la Ley 2160 de 2021. Entre las definiciones incluidas se destacan las de Organizaciones de Segundo nivel, Consejo comunitario de las comunidades negras, formas o expresiones organizativas, organizaciones de base de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras:

“ARTÍCULO 3°. Modifíquese el Artículo 7 de la Ley 80 de 1993, el cual quedara así:

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

[...]

2. Consejo comunitario de las comunidades negras: Es la persona jurídica que 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.

3. Formas o expresiones organizativas: Son manifestaciones que, en ejercicio del derecho constitucional de participación, asociación y de la autonomía de conjuntos de familias de ascendencia negra, afrocolombiana, raizal o palenquera que reivindican y promueven su cultura propia, su historia, sus prácticas tradicionales y costumbres, para preservar y proteger la identidad cultural y que estén asentados en un territorio que por su naturaleza no es susceptible de ser titulada de manera colectiva.

4. Organizaciones de Base de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras: Son asociaciones comunitarias integradas por personas de las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales o Palenqueras; que reivindican y promueven los derechos étnicos y humanos de estas comunidades.

5. Organizaciones de Segundo Nivel. Son asociaciones de Consejos Comunitarios, formas y expresiones organizativas y/o organizaciones de base que agrupan a más de dos (2), inscritas en el Registro Único de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, siempre y cuando el área de influencia de la organización de segundo nivel corresponda a más de la tercera parte de los departamentos donde existan comisiones consultivas. [...]"

Con estas disposiciones no solo se atribuye capacidad jurídica a los mencionados entes representativos y asociativos de la población negra, afrodescendiente, raizal y palenquera, sino que además se les da el tratamiento de “entidades a contratar”, de acuerdo con las condiciones incorporadas en las anotadas definiciones, que la Ley 2160 de 2021 incorporó en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Con estas disposiciones se adecua entonces el marco normativo que se requiere para que los Consejos Comunitarios



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

y las Organizaciones de Base de comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras funjan con colaboradores de la Administración, participando de la ejecución de los contratos estatales dirigidos.

Fuera de las disposiciones arriba transcritas, la Ley 2160 de 2021 también introdujo modificaciones en la Ley 1150 de 2007, específicamente en el artículo 2, adicionando los literales M y N al numeral 4, creando unas causales de contratación directa aplicables de manera exclusiva a los entes organizativos a los que les atribuyen capacidad contractual los artículos 6 y 7 de la Ley 80 de 1993, por cuenta de las modificaciones aquí explicadas. Estas causales enfocan la colaboración entre la Entidades Estatales y los entes organizativos de la población negra, afrodescendiente, raizal y palenquera a objetos que busquen unas finalidades específicas, los cuales se explican en el siguiente acápite.

2.2. Ámbito de aplicación de la causales de contratación directa previstas en beneficio de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras

La protección especial por parte del Estado de la que son objeto las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras ha tenido específicas repercusiones en la normativa que regula la contratación estatal, las cuales se materializaron con la expedición de la mencionada Ley 2160 de 2021. Según se viene explicando, mediante esta ley no solo se otorgó capacidad contractual a los Consejos Comunitarios, Organizaciones de base y demás formas organizativas de la comunidad negra, afrodescendiente, raizal y palenquera, sino que también se establecieron disposiciones que les permiten contratar de manera directa con las Entidades Estatales sometidas al EGCAP. Dichos preceptos fueron introducidos por el artículo 2 de la Ley 2160 de 2021, el cual adicionó los literales M) y N) al numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en los siguientes términos:

“Artículo 2º Modifíquese el Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, e inclúyase el literal l), m) y n) al numeral 4, el cual quedara así:

Artículo 2º. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[...]

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

[...]



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

m) Los contratos que las entidades estatales suscriban con los consejos comunitarios de las comunidades negras, regulados por la Ley 70 de 1993, que se encuentren incorporados por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad étnica y cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos de las mismas comunidades.

n) Los contratos que las entidades estatales suscriban con las organizaciones de base de personas pertenecientes a poblaciones afrocolombianas, raizales y palenqueras o con las demás formas y expresiones organizativas, que cuenten con diez (10) años o más de haber sido incorporados por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento de sus organizaciones, la identidad étnica y cultural, y/o la garantía de los derechos de las poblaciones de las mismas organizaciones.

[...]

Parágrafo 9. La Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las Contralorías Territoriales, la Procuraduría General de la Nación y la Rama judicial, en el marco de sus competencias constitucionales y legales ejercerán el control judicial, disciplinario y fiscal, según corresponda, sobre los recursos públicos que se ejecuten a través de los contratos celebrados con cabildos indígenas, consejos comunitarios de las comunidades negras; organizaciones de base de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenquera de los que trata el presente Artículo; y los consorcios y uniones temporales y las demás personas naturales y jurídicas con capacidad para contratar, cualquiera sea la modalidad que se aplique a la correspondiente contratación."

Como se desprende del texto transcrito, los literales M) y N) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 consagran disposiciones que autorizan a las Entidades Estatales a contratar de manera directa con los consejos comunitarios de las comunidades negras y organizaciones de base de personas pertenecientes a comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras o con otras formas y expresiones organizativas. En ese sentido, al igual que las otras causales de contratación directa previstas en el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, estas suponen una excepción a la regla general que impone la selección del contratista a través del adelantamiento de proceso competitivo, estableciendo unas condiciones en atención a las cuales es permitido contratar de manera



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

directa. Esto implica que, conforme ha explicado la jurisprudencia⁹ y la doctrina nacional¹⁰, estas son disposiciones de aplicación *restrictiva* que permiten que la Entidad Estatal desarrolle una relación contractual producto de un proceso no competitivo, con estricta sujeción a las condiciones o requisitos que estipula la causal.

Revisado el texto de las referidas causales se advierte que estas no plantean restricciones en cuanto al tipo o valor de los contratos a los que resultan aplicables, lo que, según el principio general del derecho que reza “*allí donde el legislador no distingue no le corresponde al interprete hacerlo*”, indica que podría las causales pueden ser aplicadas a todo tipo de contratos siempre que se cumplan los requisitos para la contratación directa. Ambas casuales plantean de manera análoga dos tipos de requisitos, unos de naturaleza *subjetiva* y otros de naturaleza *objetiva*, que vienen restringir la aplicación de estas causales en favor de las finalidades que persiguen y que dieron lugar a su inclusión dentro del EGCAP.

Como requisitos subjetivos, ambas causales establecen unos sujetos específicos respecto de los que procede su aplicación, lo que significa que estas causales solo pueden ser aplicadas en relaciones contractuales que involucren de a los sujetos establecidos en la causal. En el caso del literal M) son los Consejos Comunitarios regulados por la Ley 70 de 1993 los beneficiarios exclusivos de la causal. Sin perjuicio de la definición incorporada en el numeral 2 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, para dar aplicación a esta disposición se requiere que el consejo comunitario con el que se contrata haya sido incorporado por el Ministerio del Interior en el correspondiente Registro Público Único Nacional y que haya cumplido con el deber de actualización de información en el mismo registro, de conformidad con lo previsto en el Capítulo 5, del Título 1, de la Parte 5, del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, sustituido y adicionado por el Decreto 1640 de 2020. En ese sentido, para contratar de manera directa al amparo de esta causal no basta con que el con el Consejo Comunitario haya cumplido con el deber de inscripción, sino que es necesario constatar que haya cumplido con el deber de actualización de la

⁹ Sobre la contratación directa el Consejo de Estado ha explicado que “[...] es atribución exclusiva del legislador señalar los mecanismos de selección de los contratos que celebren las entidades del Estado, porque el constituyente confirió al legislador la competencia para regular el tema de la contratación estatal, campo en el cual la función del ejecutivo se limita a reglamentar las normas expedidas por aquel en orden a su correcta ejecución”. Sección Tercera, Auto del 16 de marzo de 2006, Exp. No. 29.393, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰ Al respecto se asevera que: “La interpretación de estas causales es restrictiva y no admite la analogía. Significa lo anterior que cuando una determinada situación no encaja en alguno de los motivos excepcionales, no es dable buscar interpretaciones acomodadas en procura de evitar la licitación. También se afecta el principio, incluso en frente de causales excepcionales, cuando se emplea el procedimiento errado, en particular, cuando siendo el aplicable uno que se caracteriza por la pluralidad de oferentes como la selección abreviada o el concurso de méritos, se “tuerce el cuello de la ley” para usar la contratación directa”. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen jurídico de la contratación estatal, tercera edición, Legis, Bogotá, 2016, pp. -245



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

información contenida en el mencionado registro establecido en el artículo 2.5.1.5.6 del Decreto 1066 de 2015¹¹.

En el literal N) el elemento subjetivo viene dado por el hecho de que la norma contempla su aplicación respecto de las organizaciones de base de personas pertenecientes a comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras –definidas en el numeral 4 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993– o con las demás formas y expresiones organizativas –según lo dispuesto en numeral 3 del artículo 7 *ibídem*–. Respecto de estas organizaciones, de manera similar a lo explicado en el párrafo anterior, también se exige que hayan sido incorporadas en Registro Público Único Nacional y que hayan cumplido con el deber de actualización, pero además se exige una antigüedad. Esto implica que, para la aplicación de la causal no basta con que la organización de base o forma organizativa se haya inscrito y actualizado el registro, sino que además debe acreditar que se ha registrado hace por lo menos diez (10) años, que es el plazo estipulado en la norma.

Por otra parte, en cuanto al elemento objetivo, la causal del literal M) exige que el objeto contractual esté relacionado con el *fortalecimiento del gobierno propio, la identidad étnica y cultural*, el ejercicio de la autonomía, y/o la *garantía de los derechos de los pueblos de las mismas comunidades*, mientras que el literal N) requiere que el objeto esté asociado al *fortalecimiento de sus organizaciones, la identidad étnica y cultural, y/o la garantía de los derechos de las poblaciones de las mismas organizaciones*. En ese sentido, ambas causales coinciden en las finalidades que persiguen en cuanto al fortalecimiento de los entes representativos, la protección de la identidad étnica cultural y la garantía de los derechos de las personas pertenecientes a comunidades negras, afrodescendientes, raizales o palenqueras. Al incluir estas finalidades en esta disposición normativa, el legislador acotó el ámbito de las causales restringiendo su aplicación a aquellos que tengan una relación con determinados elementos culturales y prestacionales que encuentran su fundamento dentro de la protección jurídica particular de la que son objeto los pueblos étnicos.

¹¹ Decreto 1066 de 2015: "Artículo 2.5.1.5.6. Actualización de la información en el Registro Público de Instituciones Representativas. Los Consejos Comunitarios, las formas y expresiones organizativas de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y las organizaciones de base a que se refiere el presente decreto, deberán actualizar la información inscrita en el registro público de instituciones representativas, a más tardar el último día hábil del mes de mayo de cada dos años, todos los años pares, de conformidad con el formulario que determine el Ministerio del Interior.

En caso de que no actualice la información en el plazo antes indicado, en la certificación de inscripción se indicará que los datos inscritos no se encuentran actualizados. Así mismo, cuando se allegue la documentación para la actualización con fecha posterior, la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, procederá a efectuar la respectiva actualización.

Contra el acto administrativo de actualización proceden los recursos de reposición ante la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras y de apelación ante el Viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos".



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

Para estos efectos, la *autonomía*, el *gobierno propio*, la *identidad cultural*, y la *garantía de los derechos de las comunidades*, se ofrecen como un conjunto de conceptos jurídicos indeterminados¹². Un concepto adquiere esta denominación en el Derecho cuando se trata de un enunciado que goza de vaguedad y que debe materializarse en cada caso, atendiendo a las técnicas de la interpretación jurídica. La Corte Constitucional¹³ ha reconocido que el Congreso de la República, dentro de su libertad de configuración legislativa, puede emplear este tipo de conceptos, que se caracterizan por tener un cierto halo de incertidumbre en su interpretación, quedando referida su determinación concreta a la actividad de los operadores jurídicos. Sin embargo, si bien se trata de conceptos para cuya concreción las Entidades Estatales gozan de cierto margen de apreciación, estas deben respetar los límites previstos en las normas de orden público y aplicar las disposiciones normativas que contienen conceptos jurídicos indeterminados de acuerdo con el marco constitucional en el que se fundamentan.

Respecto del tema objeto de estudio, es indispensable denotar que, dentro de dicho marco se encuentra la jurisprudencia de la Corte Constitucional, quien se ha referido en múltiples ocasiones a los mencionados conceptos, al estudiar diferentes asuntos relacionados con los derechos de los pueblos negros, afrodescendientes, raizales y palenqueros, dando a los operadores de las normas contractuales en comento unos elementos materiales que necesariamente deben tener en cuenta en su aplicación. En cuanto a la *autonomía o libre determinación de los pueblos étnicos*, la Corte ha precisado que esta es un derecho en virtud del cual los pueblos tribales tienen la facultad para tomar decisiones sobre los asuntos de relevancia que los afectan, lo que supone una protección múltiples ámbitos de protección por parte del estado, dentro del que se encuentra el respeto de las formas de *autogobierno o gobierno propio* de estos pueblos, como una prerrogativa asociada a las instituciones propias de los pueblos tribales que deviene de lo dispuesto en el literal c) del artículo 6, numeral 1 del Convenio 169 de la OIT¹⁴. Al respecto se ha explicado que:

¹² Según García de Enterría: "Estos conceptos jurídicos indeterminados, o que se contienen en lo que también se llaman las normas flexibles, son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho público [...], son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata". (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. 3º ed. Madrid: Civitas, 1983. pp. 33-34).

¹³ Sentencia C-382 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁴ Dicha disposición, ratificada en la Ley 21 de 1991 establece: "Artículo 6º. 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: [...] c). Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin".



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

“41. Por su parte, el derecho a la **autonomía** refiere a la capacidad de los pueblos tribales para decidir sus asuntos culturales, espirituales, políticos y jurídicos, en consonancia con su cosmovisión. Esta garantía permite que la colectividad y sus miembros preserven su derecho a la identidad étnica, en el marco de la Constitución. Además, su ejercicio asegura la pluralidad porque permite salvaguardar las diferencias y la gestión multicultural de la diversidad.

42. Este derecho tiene tres ámbitos de protección: (i) el externo, que involucra el derecho de los colectivos étnicos a participar de las decisiones que los afectan; (ii) la participación política de las comunidades en el Congreso; y, (iii) el interno, que salvaguarda la posibilidad de que el grupo étnico conserve o modifique **sus formas de gobierno y autodetermine sus dinámicas sociales**. Este último sugiere que, en principio, el Estado no puede intervenir en las decisiones de los grupos étnicos. De lo contrario, desconocería su autonomía, su identidad cultural y el carácter plural y multicultural del Estado. Sin embargo, esas facultades no son absolutas. En caso de conflicto con los derechos de otras personas, deben ponderarse y pueden ceder en relación con otras normas superiores” [Énfasis fuera de texto]¹⁵.

En relación a la cultura ha de tenerse en cuenta que es un concepto que encierra varias dimensiones y funciones sociales y que generan: i) un modo de vivir; ii) cohesión social; iii) creación de riqueza y empleo; y iv) equilibrio territorial.¹⁶ Por otro lado, la *identidad cultural* de los pueblos étnicos es un postulado que se sustenta en normas como los artículos 7, 8, 10, 68 y 72 de la Constitución Política y 1, 2, 4, 5, 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, disposiciones en virtud de las cuales se establece la protección de la diversidad cultural y de las instituciones, prácticas y tradiciones propias de las culturas de los pueblos tribales. En referencia por esto que la Corte Constitucional se ha referido en su jurisprudencia explicando la *identidad cultural* como un derecho de los pueblos étnicos, al siguiente tenor:

“De manera general el reconocimiento al derecho a la identidad cultural está en diversos artículos de la Constitución y en tratados internacionales incorporados al ordenamiento. La definición de cultura ha sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales, y legalmente es entendida como “el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”.

La cultura, según se menciona en la ley referida, tiene manifestaciones materiales e inmateriales. El patrimonio cultural inmaterial “está constituido,

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-219 de 22 de junio de 2022. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Al respecto también Sentencias C-882 del 23 de noviembre de 2011, T-154 del 24 de mayo de 2021, T-281 del 20 de junio de 2019 y C-189 del 1 de junio de 2022.

¹⁶ MOLANO L., Olga Lucía Identidad cultural un concepto que evoluciona Revista Opera, núm. 7, mayo, 2007, pp. 69-84 Universidad Externado de Colombia Bogotá, Colombia.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSO

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

entre otros, por las manifestaciones, prácticas, usos, representaciones, expresiones, conocimientos, técnicas y espacios culturales, que las comunidades y los grupos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio genera sentimientos de identidad y establece vínculos con la memoria colectiva. Es transmitido y recreado a lo largo del tiempo en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia y contribuye a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana".

De este modo la identidad cultural es un conjunto de rasgos característicos (noción de identidad) de una sociedad o de un grupo social relacionados con su forma de vida, sus tradiciones y creencias en el ámbito espiritual, material, intelectual y afectivo que genera en sus integrantes un sentido de pertenencia a dicho colectivo social y que es producto de su interacción en un espacio social determinado (noción de cultural). La identidad cultural constituye un derecho no sólo porque el ordenamiento jurídico lo reconoce como tal (artículo 7 y 8 de la C.P), sino porque está íntimamente ligado con los postulados constitucionales dentro del Estado Social de Derecho de pluralismo, libertad y vida digna que implican el reconocimiento y el respeto a la diferencia, el ejercicio libre de la misma y el enriquecimiento de la vida en sociedad, sin olvidar que el límite lo constituyen los derechos del otro. Es así, un derecho fundamental del colectivo social y de cada una de las personas que pertenecen a él" [Énfasis fuera de texto]¹⁷.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la *autonomía*, el *gobierno propio* y la *identidad cultural* han sido explicados por la Corte Constitucional como prestaciones de las que son titulares los pueblos tribales en virtud de la protección especial de la que son objeto por cuenta de las referidas disposiciones de la carta política y el bloque de constitucionalidad. Es por esto por lo que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional constituye un obligado referente interpretativo para los operadores del sistema de compra pública, al momento de aplicar los literales M) y N), en la medida que establece el contexto normativo y los elementos que definen la *autonomía*, el *gobierno propio* y la *identidad cultural* como derechos de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras.

En relación con la expresión *garantía de derechos*, es necesario indicar que el artículo 2 de la Carta Política Colombiana¹⁸, establece que uno de los fines

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-477 del 25 de junio de 2012, M.P. Adriana María Guillén Arango. Sobre las particularidades de la identidad cultural de los comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, también se pronunció el Alto Tribunal en la Sentencia C-480 del 15 de octubre de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁸ Constitución Política: Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

esenciales del Estado, es garantizar la efectividad de los principios y derechos en ella consagrados, esto quiere decir, que es deber del Estado, propender por su goce efectivo y que para el caso de las comunidades étnicas se traduce en la materialización de las disposiciones sobre las cuales se estructura su especial protección. Estas últimas precisiones resultan particularmente relevantes para comprender a que se refieren los mencionados literales con la expresión *garantía de derechos*, en la medida en que, siendo la *autonomía*, el *gobierno propio* y la *identidad cultural*, la referida expresión cumple la función de una cláusula de *numerus apertus*, que tiene el efecto de incluir dentro del ámbito de aplicación de las causales bajo estudio los objetos contractuales dirigidos a proteger cualquier otro derecho de las comunidades o pueblos negros, afrodescendientes, raizales y la palenqueros. Esto significa que, el requisito objetivo que plantean literales M) y N) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, no solo podría verse satisfecho por objetos contractuales encaminados a proteger la *autonomía*, el *gobierno propio* y la *identidad cultural*, sino también por aquellos dirigidos a proteger los demás derechos de los que son titulares las personas pertenecientes a comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, lo cual incluye no solo aquellos derechos que emanan de la protección especial a los pueblos étnicos– incluyendo el Convenio 169 de la OIT–, sino todo el catálogo de derechos que la Constitución Política consagra para todas las personas tales como la igualdad material–art. 13, libre locomoción –art. 24–, salud–arts. 48 y 49–,recreación, deporte y aprovechamiento del tiempo libre –art. 52–, educación –art. 67–, medio ambiente sano–art. 79–, entre otros.

Conforme a lo anterior, la implementación de las causales M) y N) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 está determinada por los requisitos que aquí se han precisado. De esta manera, la aplicación adecuada de la primera causal exige que el eventual contratista acredite la calidad de Consejo Comunitario, así como las actuaciones tendientes a su inscripción y actualización en el Registro Único de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior. Del mismo modo, para acreditar que el requisito subjetivo de la otra causal se requiere que la Organización de Base o Forma Organizativa, demuestre haberse inscrito hace por lo menos diez (10) años en aludido registro, habiendo cumplido con el deber de actualización. Cumplidos estos requisitos, para validar la correcta aplicación de las causales las Entidades Estatales deberán cerciorarse de que, el objeto contractual está relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio–u organizativo–, la identidad étnica y cultural, la autonomía o los derechos de las personas



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

pertencientes a las comunidades y/o organizaciones de la comunidad negra, afrodescendiente, raizal y/o palenquera.

Sin perjuicio del alcance de las nociones previamente expuestas, ha de tenerse en cuenta que los derechos que se derivan de la diversidad étnica y cultural no tienen un alcance absoluto. Las limitaciones a las que se encuentra sometida la autonomía de las comunidades en efecto, surge en primer lugar del propio texto constitucional, que establece unas condiciones para su ejercicio, al resaltar *prima facie* (i) que nuestro país es un Estado *unitario*, con autonomía de sus entidades territoriales y (ii) que la autonomía política y jurídica de las comunidades, puede ejercerse –como se indicó–, *conforme a sus usos y costumbres*, siempre y cuando éstos no sean contrarios a la Constitución y a la ley.¹⁹

Dicho lo anterior, es importante aclarar que, los acuerdo que celebren las Entidades Estatales a las que se refiere la Ley 80 de 1993 en aplicación de las causales bajo estudio, tienen la naturaleza de contratos estatales sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esto no solo implica la aplicación de las disposiciones legales de normas como la Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, sino también de las disposiciones reglamentarias de esta normativa, especialmente las referidas a la contratación directa.

En ese orden, el cumplimiento de los requisitos estudiados en el presente acápite, deber ser validado a través del procedimiento e instrumentos reglados por el Decreto 1082 de 2015. Es por esto por lo que, el contenido de instrumentos como el acto administrativo de justificación la contratación directa²⁰, el análisis del sector²¹, los estudios y documentos previos²², deben contener información

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁰ Decreto 1082 de 2015: "Artículo 2.2.1.2.1.4.1. Acto administrativo de justificación de la contratación directa. La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

1. La causal que invoca para contratar directamente.
2. El objeto del contrato.
3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.
4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 del presente decreto".

²¹ Decreto 1082 de 2015: "Artículo 2.2.1.1.1.6.1. Deber de análisis de las Entidades Estatales. La Entidad Estatal debe hacer, durante la etapa de planeación, el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de Riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso".

²² "Artículo 2.2.1.1.2.1.1. Estudios y documentos previos. Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones y el contrato. Estos deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección:

1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación.
2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto.
3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos.
4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos presupuestales en la estimación de aquellos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

inequívoca sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos por los literales M) y N) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, teniendo en cuenta que su aplicación restrictiva. Esto significa que tales documentos deben abordar y explicar de manera clara como el objeto del contrato se relaciona con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de las comunidades, lo cual suponen una especial carga justificativa que debe asumir la Entidad Estatal contratante, comoquiera que tales finalidades deben ser entendidas a partir del alcance que les da el marco constitucional aquí explicado.

2.3. La contratación directa de obras públicas de infraestructura de transporte con comunidades, negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras

Explicada la capacidad contractual de los entes representativos de la comunidad negra, afrodescendiente, raizal y palenquera, así como el ámbito de aplicación de los literales M) y N) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, para responder su consulta, resta por analizar si tales causales contratación directa admiten su aplicación para la celebración de contratos de obra pública de infraestructura de transporte. En consonancia con lo explicado en el numeral 2.2 del presente concepto, es importante precisar que tales causales no restringen su aplicación a unas tipologías contractuales en concreto, ni tampoco a negocios jurídicos con una cuantía determinada, sino que, únicamente exigen el cumplimiento de los requisitos antes estudiados. En ese sentido, la posibilidad de celebrar un contrato de obra en aplicación de los dispositivos normativos aquí explicados depende de su relación con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía y/o la garantía de los derechos de las comunidades.

En este contexto, es conveniente explicar que, la obra es una tipología de los contratos estatales, entendidos estos últimos como los actos jurídicos generadores de obligaciones que han sido celebrados por alguna de las entidades estatales enlistadas en el artículo 2 del EGCAP. Lo anterior resulta de especial relevancia, en la medida en que dicho tipo contractual se diferencia de la definición y regulación prevista en el derecho privado para el contrato de confección de obra material regulado en el Código Civil.

-
5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable.
 6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo.
 7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el proceso de contratación.
 8. La indicación de si el proceso de contratación está cobijado por un acuerdo comercial.
- El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía*.



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

FORMATO PQRSUD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

En efecto, en el derecho privado brilla por la ausencia una definición del contrato de obra. El artículo 2053 del Código Civil lo tipifica como una de las clases de arrendamiento, y establece reglas para diferenciarlo de la compraventa, para lo cual dispone que “Si al artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra”. Por el contrario, “Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento”; pero “Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta”. En todo caso, en la medida en que los artículos 2060 y 2061 del Código disponen reglas especiales para los contratos de construcción y de arquitectura, es claro que la realización de trabajos materiales recae tanto sobre bienes muebles como inmuebles.²³

En *sentido amplio*, la “obra” es un bien que crea la actividad humana por lo que corresponde a todo trabajo material en cuya creación o realización interviene el Estado. No obstante, el artículo 32, numeral 1 de la Ley 80 de 1993 opta por un *sentido restringido*, al disponer que “*Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago*”, de manera que este tipo de contrato no aplica a los trabajos materiales realizados sobre bienes muebles. Por lo anterior, el criterio de la tipificación del contrato de obra corresponde a actividades realizadas sobre bienes inmuebles, admitiendo, de forma muy amplia, la ejecución de todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles, lo cual incluye trabajos de construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de esos mismos²⁴.

Así, el contrato de obra no se limita a la construcción de inmuebles, pues la definición se extiende a las actividades de mantenimiento e instalación, lo cual supone un bien preexistente. Para la Real Academia Española “construir” significa fabricar, erigir, edificar y hacer de nueva planta una cosa; en tanto que “mantener” significa conservar una cosa en su ser, darle vigor y permanencia; y,

²³ Así, la doctrina considera que: “Puede definirse el arrendamiento de obra o contrato de confección de obra material como aquél por el cual una persona llamada artífice, se obliga, mediante cierto precio, a ejecutar una obra material. Los elementos de este contrato, fuera del consentimiento indispensable en todo contrato, son la ejecución de la obra y el precio. Así como en el arrendamiento de cosas, el arrendador es obligado a suministrar el goce de la cosa, en el arrendamiento de obras es obligado a la ejecución de una obra material; mediante este contrato, el arrendador va a poner su trabajo al servicio de otro para transformar una sustancia en una obra nueva, que puede ser mueble o inmueble; cabe dentro de este contrato los más variados trabajos: el del sastre, del carpintero, del arquitecto, del ingeniero, etc. Lo que caracteriza entonces este contrato es que se haga una obra nueva con una sustancia mediante la transformación de ella por el trabajo del hombre”. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los contratos. Santiago de Chile: Editorial Jurídica EDIAR-CONOCSUR LTDA, 1988. P. 182.

²⁴ OSPINA MENA, Jesús Marino. Régimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación líquida. Bogotá: Dike, 2020. P. 168.



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

finalmente, “instalar” es poner o colocar algo en su lugar debido. Igualmente, el concepto se extiende a cualquier trabajo material realizado sobre bienes inmuebles, tales como la reforma y la demolición.

Respecto a la referencia a los bienes inmuebles, debe considerarse la definición de los artículos 656 y 658 del Código Civil, que incluye en esa categoría tanto a los inmuebles por adhesión como por destinación. De esta manera, la referencia contenida en el numeral 1 del artículo 32 la Ley 80 de 1993 a inmuebles debe entenderse que se extiende a los inmuebles anteriormente mencionados, razón por la cual la tipicidad del contrato de obra incluye cualquier clase de trabajo sobre inmuebles por adhesión o por destinación²⁵. Las diferencias entre ambos tipos de bienes se derivan de que: i) mientras la incorporación de los *inmuebles por adhesión* es material, la de los *inmuebles por destinación* es intelectual; ii) mientras los primeros son incorporados por el dueño o por terceras personas, en los segundos es necesaria la identidad del propietario; finalmente, iii) mientras que aquellos pierden individualidad por la incorporación al inmueble, no sucede lo mismo con los segundos, los cuales conservan su autonomía pese a estar destinados al cultivo de aquel. De esta manera, la distinción del Código Civil entre bienes muebles e inmuebles influye en la identificación de una actividad material como parte de un contrato de obra pública en los términos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ahora bien, la infraestructura de transporte es definida por el artículo 2 de la Ley 1682 de 2013 como un “[...] un sistema de movilidad integrado por un conjunto de bienes tangibles, intangibles y aquellos que se encuentren relacionados con este, el cual está bajo la vigilancia y control del Estado, y se organiza de manera estable para permitir el traslado de las personas, los bienes y los servicios, el acceso y la integración de las diferentes zonas del país y que propende por el crecimiento,

²⁵ El artículo 656 dispone que “inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles”. En concordancia, el artículo 657 prescribe lo siguiente: “Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones que puedan transportarse de un lugar a otro”. Estos bienes se denominan inmuebles por adhesión y la doctrina los caracteriza como “[...] bienes muebles por naturaleza, adheridos permanente y materialmente a un inmueble, incorporados por el propietario o por una persona distinta de él, que por una ficción jurídica del legislador se transforman en bienes inmuebles”.

Por otra parte, el artículo 658 del Código Civil crea la categoría de inmuebles por destinación, disponiendo que «Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo, de que puedan separarse sin detrimento». El mismo artículo crea una lista enunciativa de estos bienes, dentro de los cuales se encuentran: i) las losas de un pavimento; ii) los tubos de las cañerías; iii) los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca; iv) los abonos existentes en ella y destinados por el dueño de la finca a mejorarla; v) las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas, que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste; y vi) los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas y cualesquiera otros vivares, con tal que éstos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo o de un edificio. Así las cosas, para que clasifiquen dentro de esta categoría se requiere que los muebles sirvan para prestar un servicio útil al inmueble por naturaleza, que el servicio sea permanente, además de que ambos sean del mismo propietario. En esta medida: «Por excepción al criterio extraído de la naturaleza física de las cosas, los redactores del Código Civil han considerado como inmuebles las cosas trasladables: las clasifican entre los inmuebles en razón de su destino, porque están afectadas a un inmueble por naturaleza. No han querido que estos muebles, unidos o afectados al inmueble, sigan un régimen jurídico distinto del inmueble mismo [...] El inmueble y todo lo destinado a él forman un conjunto, una suerte de universalidad: el legislador ha querido someter esa unidad económica al mismo régimen”.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

competitividad y mejora de la calidad de la vida de los ciudadanos”. En concordancia con dicha definición el artículo 4 de dicha ley estable como está conformada la infraestructura de transporte indicando lo siguiente:

“Artículo 4º. Integración de la infraestructura de transporte. La infraestructura de transporte está integrada, entre otros por:

1. La red vial de transporte terrestre automotor con sus zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio, instalaciones operativas como estaciones de pesaje, centros de control de operaciones, estaciones de peaje, áreas de servicio y atención, facilidades y su señalización, entre otras.

2. Los puentes construidos sobre los accesos viales en Zonas de Frontera.

3. Los viaductos, túneles, puentes y accesos de las vías terrestres y a terminales portuarios y aeroportuarios.

4. Los ríos, mares, canales de aguas navegables y los demás bienes de uso público asociados a estos, así como los elementos de señalización como faros, boyas y otros elementos para la facilitación y seguridad del transporte marítimo y fluvial y sistemas de apoyo y control de tráfico, sin perjuicio de su connotación como elementos de la soberanía y seguridad del Estado.

5. Los puertos marítimos y fluviales y sus vías y canales de acceso. La infraestructura portuaria, marítima y fluvial comprende las radas, fondeaderos, canales de acceso, zonas de maniobra, zonas de protección ambiental y/o explotación comercial, los muelles, espigones diques direccionales, diques de contracción y otras obras que permitan el mantenimiento de un canal de navegación, estructuras de protección de orillas y las tierras en las que se encuentran construidas dichas obras.

6. Las líneas férreas y la infraestructura para el control del tránsito, las estaciones férreas, la señalización y sus zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio.

7. La infraestructura logística especializada que contempla los nodos de abastecimiento mayorista, centros de transporte terrestre, áreas logísticas de distribución, centros de carga aérea, zonas de actividades logísticas portuarias, puertos secos y zonas logísticas multimodales.

8. La infraestructura aeronáutica y aeroportuaria destinada a facilitar y hacer posible la navegación aérea.

9. Los Sistemas de Transporte por Cable: teleférico, cable aéreo, cable remolcador y funicular, construidos en el espacio público y/o con destinación al transporte de carga o pasajeros.



10. La infraestructura urbana que soporta sistemas de transporte público, sistemas integrados de transporte masivo, sistemas estratégicos de transporte público y sistemas integrados de transporte público; el espacio público que lo conforman andenes, separadores, zonas verdes, áreas de control ambiental, áreas de parqueo ocasional, así como ciclorrutas, paraderos, terminales, estaciones y plataformas tecnológicas.

11. Redes de sistemas inteligentes de transporte.

Parágrafo 1º. La integración a la que se refiere el presente artículo no modifica las competencias, usos, propiedad o destinación adicionales que el legislador haya previsto respecto de los bienes antes descritos.

Parágrafo 2º. Las zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio deberán ser previamente adquiridas por el responsable del proyecto de infraestructura de transporte, cuando se requiera su utilización".

Según estas disposiciones traídas de la Ley 1682 de 2013, es claro que la infraestructura de transporte está integrada por distintos de bienes inmuebles susceptibles de ser intervenidos con trabajos materiales contratados en el marco de relaciones contractuales estructuradas bajo la tipología de obra pública. Es por esto por lo que, en aplicación de este tipo contractual y de distintas modalidades de selección, las Entidades Estatales suelen contratar objetos tendientes a la construcción, mantenimiento, rehabilitación y/o mejoramiento de carreteras, puertos, vías férreas, puentes, viaductos y otras actividades sobre los bienes inmuebles que integran la infraestructura de transporte, con el propósito de garantizar la prestación efectiva del servicio público de transporte y mejorar la calidad de vida de las personas. De hecho, conforme evidencian distintos precedentes jurisprudenciales, existen situaciones en la que infraestructura de transporte por su relevancia para la prestación del servicio de transporte se erige



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

en un presupuesto para acceder a otros derechos como la educación²⁶ y libertad de locomoción²⁷.

En ese sentido, teniendo en cuenta que los literales M) y N) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, no involucran ninguna restricción sobre la tipología contractual a la que resultan aplicables, y considerando que la realización de obras para intervenir la infraestructura de transporte puede tornarse relevante para garantizar de derechos de las personas y comunidades, se estima que es válido aplicar tales causales para celebrar de manera directa contratos de obra con Consejos Comunitarios, Organizaciones de Base y demás formas o expresiones organizativas a las que se refiere la Ley 2160 de 2021. Sin embargo, para que tales negocios jurídicos se ajusten al marco jurídico que habilita su contratación directa es necesario que cumplan los requisitos objetivos explicados en el numeral 2.2 del presente concepto.

Lo anterior significa que, para aplicar de manera válida las causales estudiadas, es necesario que la justificación de la contratación que se materializa en los documentos del proceso sea exhaustiva al explicar las razones por las que se considera que la obra pública a contratar contribuye a los derechos y/o finalidades que condicionan la aplicación de estas causales de contratación directa. Para estos efectos, corresponde a la Entidad Estatal explicar de manera detallada y pormenorizada como los trabajos materiales que se pretenden ejecutar sobre la infraestructura de transporte se relacionan con el fortalecimiento del gobierno

²⁶ Al respecto la CORTE CONSTITUCIONAL ha explicado: "[...] a partir del Artículo 24 Superior todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por todo el territorio nacional, de forma que con fundamento en el mismo la ley define el servicio público de transporte como "... una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector (aéreo, marítimo, fluvial, férreo, masivo y terrestre), en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios sujeto a una contraprestación económica..."[10]. En consecuencia, el servicio público de transporte lleva implícito el derecho de libre locomoción y por tanto de libre acceso, lo cual implica: (i) que el usuario pueda transportarse a través del medio y modo que escoja en condiciones de comodidad, calidad y seguridad, (ii) que los usuarios sean informados sobre los medios y modos de transporte que le son ofrecidos y las formas de su utilización, (iii) que las autoridades competentes diseñen y ejecuten políticas dirigidas a fomentar el uso de los medios de transporte, racionalizando los equipos apropiados de acuerdo con la demanda y propendiendo por el uso de medios de transporte masivo, (iv) que el diseño de la infraestructura de transporte, así como la provisión de los servicios de transporte público de pasajeros, supongan que las autoridades competentes promuevan el establecimiento de las condiciones para su uso por los discapacitados físicos, sensoriales y psíquicos". Sentencia C-439 del 25 de mayo de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Por otra parte, en cuanto a la relación del servicio de transporte con la satisfacción de derechos fundamentales, la CORTE CONSTITUCIONAL ha puesto de presente que: "En el caso del transporte, en general, y su modalidad aérea, en particular, concurren diversas razones para concluir que se trata de un servicio público vinculado estrechamente con la satisfacción de los derechos fundamentales. Las sociedades contemporáneas, signadas por procesos de urbanización y especialización de los factores productivos, obligan a que los individuos deban permanente movilizarse largas distancias, en aras de ejercer sus derechos y competencias, acceder a distintas posiciones jurídicas, cumplir con sus obligaciones contractuales, dirigirse a la infraestructura para la prestación de otros servicios públicos, etc. La libertad de locomoción, así entendida, no se concentra exclusivamente en la garantía de transitar libremente por el territorio nacional, sino también con la existencia de mecanismos que permitan hacerlo en condiciones razonables y adecuadas. Esos instrumentos no son otros que los medios de transporte de pasajeros". Sentencia T-987 del 23 de noviembre de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁷ Sobre la importancia del servicio de transporte la libertad de locomoción la CORTE CONSTITUCIONAL indica: "En el contexto urbano el servicio de transporte público es un medio indispensable para poder ejercer la libertad de locomoción. "El fenómeno de la ciudad —su tamaño y distribución— hace del transporte público urbano un medio indispensable para ciertos estratos de la sociedad, en particular aquellos que viven en las zonas marginales y carecen de otra forma de movilización. La necesidad de trascender la distancia entre los sitios de habitación, trabajo, estudio, mercado, etc. en el menor tiempo y costo posibles, coloca al ciudadano carente de medios de transporte propios, a merced del Estado o de los particulares que prestan este servicio". Sentencia T-595 del 1 de agosto de 2022. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía y/o la garantía de los derechos de las comunidades.

3. Respuesta

"[...] 1. ¿Cómo debe entender los criterios **(el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad étnica y cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos de las mismas comunidades.)** en materia contractual determinados en los literales m) y n) del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 incorporados por la ley 2160 de 2021, y si dentro de estos conceptos cabe la realización de obras de infraestructura de transporte.

2 En el entendido que en el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026, autoriza la contratación de obras de infraestructura con los indígenas de manera directa ¿en virtud del principio de igualdad debe darse la misma interpretación para los NARP? [...]"

Conforme a lo expuesto, los literales M) y N) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, adicionados por la Ley 2160 de 2021, habilitan a las Entidades Estatales para suscribir, sin límite de cuantía, contratos de manera directa con Consejos Comunitarios, Organizaciones de Base y demás formas organizativas de la comunidad negra, afrocolombiana, raizal y/o palenquera, siempre que se cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos en las causales, explicados en el numeral 2.2 del presente concepto. Dentro de los requisitos objetivos, se establece la necesidad de que el objeto del contrato se relacione con el fortalecimiento organizativo y del gobierno propio, la autonomía, la identidad étnica y cultural, y/o la garantía de los derechos de las personas pertenecientes a las comunidades y/o organizaciones.

De acuerdo con lo explicado en el numeral 2.2., el *gobierno propio*, la *autonomía*, la *identidad étnica y cultural* son de derechos que ostentan la comunidad negra, afrodescendiente, raizal y palenquera, que encuentran su fundamento en los artículos 7, 8, 10, 68 y 72 de la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT, los cuales han sido precisados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Es por esto por lo que, la jurisprudencia de la Corte Constitucional constituye un obligado referente interpretativo para los operadores del sistema de compra pública, al momento de aplicar los literales M) y N), en la medida que establece el contexto normativo y los elementos que definen la *autonomía*, el *gobierno propio* y la *identidad cultural* como derechos de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, con los que se deben relacionar los



FORMATO PQRSD

Código: CCE-REC-FM-17

Versión: 02 DEL 31 DE AGOSTO DE 2023

contratos estatales. Por otra parte, *la garantía de derechos* a la que hacen referencia ambos literales deben interpretarse como una cláusula abierta que permite que la aplicación de estas causales no se restrinja a los contratos relacionados con los derechos antes enunciados, sino con todos aquellos de los que son titulares las personas pertenecientes a la comunidad negra, afrodescendiente, raizal y/o palenquera.

En tales términos, teniendo en cuenta que los literales M) y N) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007 no restringen su aplicación a ninguna tipología contractual en específico, se estima que, es posible aplicar los mismos para la celebración de contratos de obra pública de infraestructura de transporte. No obstante, para ello le corresponde a la Entidad Estatal explicar de manera detallada y pormenorizada en los documentos del proceso como los trabajos materiales que se pretenden ejecutar sobre la infraestructura de transporte se relacionan con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía y/o la garantía de los derechos de las comunidades. Esto sin perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables al correspondiente contrato.

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

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Ana María Ortiz Ballesteros
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO