**CABILDOS INDÍGENAS – Capacidad contractual – Ley 2160 de 2021 – Contratación directa**

Otro de los sujetos a los que las normas analizadas en el acápite anterior otorgan capacidad para contratar con entidades estatales son los Cabildos Indígenas. No obstante, en el caso de estos, tal como se desprende del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 1551 de 2012, tal capacidad se encontraría limitada a lo establecido por los numerales 16 y 18 de dicha norma, es decir, la celebración de convenios solidarios, de uso de bienes públicos y/o de usufructo comunitario con las entidades territoriales del nivel municipal.  Esto además por cuanto, a pesar de que el Decreto 1071 de 2015 defina a los cabildos indígenas como entidades públicas especiales, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 no los reconoce como entidades estatales. Fuera del artículo 2 de la Ley 136 de 1994, solo el parágrafo del artículo 10 del Decreto 1088 de 1993, adicionado por el Decreto 252 de 2020, permitía a los cabildos indígenas participar de contratos estatales, sin embargo, dicha norma exige que comparezcan a través de una asociación de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales, conforme se explicó en el numeral anterior.  Dado que no existe una norma que permita que los cabildos indígenas individualmente considerados sean parte en contratos estatales –distintos de convenios solidarios y los de uso o usufructo de bienes públicos–, se promulga la Ley 2160 de 2021, *«por medio del cual se modifica la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007»*. Uno de los objetivos de esta norma, conforme se desprende de la exposición de motivos del respectivo proyecto de ley, es asignar capacidad jurídica a los cabildos indígenas, considerando que el marco jurídico existente no la contemplaba, por lo que implica una limitante para el «[…] desarrollo de programas o inversión de recurso en beneficio de las comunidades indígenas como su jetos de especial protección»

**CONTRATACIÓN DIRECTA – Pueblos indígenas – Regímenes – Ambito de aplicación – Decreto 1953 de 2014 – Ley 2160 de 2021**

Comparadas ambas disposiciones, en primer lugar, se advierte que estas aplican a sujetos distintos. En efecto, el Decreto 1953 de 2014 prescribe que los resguardos indígenas autorizados para administrar la asignación especial de los recursos del Sistema General de Participaciones se consideran entidades públicas y los resguardos no autorizados pueden suscribir contratos de administración con las entidades territoriales. Por su parte, la Ley 2160 de 2021, al incorporar el literal L) al artículo 2.4 de la Ley 1150 de 2007, únicamente se refirió a Cabildos Indígenas y Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas. De esta manera, las asociaciones definidas por la Ley 2160 de 2021 solo estarían facultadas para la ejecución de proyectos en salud, educación y vivienda, requiriendo además de al menos diez (10) organizaciones regionales indígenas para su conformación, como indica el precitado artículo 7.8 de la Ley 80 de 1993, mientras el Decreto 1953 se basa en las contrataciones que se derivan de la asignación especial del SGP.

En segundo lugar, el Decreto 1953 de 2014 dispone que los resguardos podrán asociarse para administrar y ejecutar los recursos de la asignación especial del SGP, siempre que acrediten los requisitos establecidos en el decreto, y son personas jurídicas de derecho público especial. Los Territorios y Resguardos Indígenas que hayan sido autorizados para administrar recursos del SGP, conforme a lo dispuesto por ese decreto, se consideran entidades estatales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993. Dicha capacidad será ejercida a través de su representante legal, conforme a lo dispuesto en el decreto. En caso de que un resguardo indígena no administre la asignación especial del Sistema General de Participaciones, o no se haya asociado con otros para administrarlos, su ejecución se realizará mediante la celebración de un contrato de administración suscrito entre la entidad territorial respectiva y el representante legal del resguardo designado por las autoridades propias. Por otro lado, la Ley 2160 de 2020 permite que la contratación directa se realice respecto de objetos contractuales relacionados con el gobierno propio, la identidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas, excluyendo la aplicación de la causal para justificar la celebración de contratos no relacionados con estos temas.

En tercer lugar, con respecto a la naturaleza jurídica y potestades normativas a las que obedecen cada una de estas normas, es importante tener en cuenta que la Ley 2160 de 2021 es una ley ordinaria expedida por el Congreso de la República, en atención a la potestad de configuración normativa atribuida por el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política. Las disposiciones de esta ley modifican el EGCAP, atribuyendo capacidad jurídica a distintas instancias y entes de representación de las comunidades indígenas y étnicas, entre las que se encuentran los Cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, respecto de quienes se incluyen causales de contratación directa que permiten la celebración de contratos con objetos asociados al fortalecimiento del gobierno propio, la identidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas.

En contraste, el Decreto 1953 de 2014 es un decreto autónomo o reglamento constitucional, que es definido como «[…] aquellos que expiden ciertas autoridades en virtud de una competencia normativa que les ha sido atribuida directamente por la Constitución, sin sujeción a la ley». Este decreto fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 56 transitorio de la Constitución Política.  Conforme se precisó *supra,* el ejercicio de esta competencia estuvo motivada en la omisión legislativa identificada por la Corte Constitucional en las sentencias C-489 de 2012 y C-617 de 2015, relacionada con la implementación de las entidades territoriales de acuerdo con el artículo 329 superior. Esto significa que los territorios indígenas a los que hace referencia el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 no se les haya dado el tratamiento de entidades estatales para efectos de la contratación.

[…]

En suma, se evidencia que lo prescrito en el Decreto 1953 de 2014 no fue derogado por la Ley 2160 de 2021. Por tanto, los resguardos podrán asociarse para administrar y ejecutar los recursos del SGP y dichas asociaciones serán consideradas personas jurídicas de derecho público especial. En este contexto, para los fines y la ejecución de los recursos de que trata dicho decreto, los territorios y resguardos indígenas que hayan sido autorizados para administrar este tipo de recursos serán considerados entidades estatales, de acuerdo con lo indicado en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Bogotá D.C., 27 de Diciembre de 2022

Señor

# GUSTAVO ADOLFO PATARROYO CUBIDES

Ibagué, Tolima

# Concepto C ‒ 903 de 2022

**Temas:** PUEBLOS INDÍGENAS – Convenio No. 169 de la OIT – Compromisos / ASOCIACIONES DE CABILDOS Y/O AUTORIDADES TRADICIONALES – Régimen de contratación – Decreto 1088 de 1993 – Decreto 252 de 2020 – Ley 1551 de 2012

– Decreto 1953 de 2014 / CABILDOS INDÍGENAS – Capacidad contractual – Ley 2160 de 2021 – Contratación Directa / CONTRATACIÓN DIRECTA – Pueblos indígenas – Regímenes – Ámbito de aplicación – Decreto 1953 de 2014 – Ley 2160 de 2021

**Radicación:** Respuesta a consulta P20221122011605

Estimado señor Patarroyo:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, responde su consulta de 22 de noviembre de 2022.

# Problema planteado

Usted realiza la siguiente pregunta: «Una persona, en calidad de gobernador indígena, perteneciente a un resguardo puede participar en un proceso contractual, como persona natural o existe alguna inhabilidad o incompatibilidad para celebrar el contrato».

# Consideraciones

Para resolver su consulta se analizarán los siguientes temas: i) naturaleza jurídica y capacidad contractual de las diferentes formas de organización de la población indígena; ii) contratación con territorios indígenas, asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales, resguardos, asociaciones de resguardos y organizaciones indígenas; iii) contratación directa con Cabildos Indígenas y Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas; iv) vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2160 de 2021 y el Decreto 1953 de 2014; v) alcance del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de gobernadores indígenas.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el concepto con radicado No. 4201912000004171 del 11 de septiembre de 2019, reiterado y desarrollado en los conceptos No. 4201913000006260 del 03 de octubre de 2019, 4201913000005753 del 4 de octubre

de 2019, 4201913000006529 del 21 de octubre de 2019, 4201913000006859 del 19 de noviembre

del 2019, 4201913000007429 del 25 de noviembre de 2019, C-235 del 13 de marzo de 2020, C-361 del 22 de julio de 2020, C-499 del 19 de agosto de 2020, C-590 del 31 de agosto de 2020, C-677 del 10 de noviembre de 2020 y C-213 del 13 de mayo de 2021, C-305 del 20 de mayo de 2021, analizó el marco jurídico relacionado con la contratación por parte de indígenas, y las normas y jurisprudencia sobre la materia. Particularmente, en los conceptos C-718 del 23 de enero de 2022, C- 720 del 25 de enero de 2022, C-731 del 26 de enero de 2022, C-063 del 15 de marzo de 2022, C-138 del 1 de abril de 2022, C-349 del 1 de junio de 2022, C-359 del 3 de junio de 2022, C-695 de 24 de octubre de 2022, C-707 25 de octubre de 2022 y C-761 de 12 de octubre de 2022, se estudiaron temas relacionados con la aplicación de la Ley 2160 de 2022[[1]](#footnote-2). Algunos de los argumentos expuestos en estos conceptos se retoman y se complementan a continuación.

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[[2]](#footnote-3) mediante la Ley 21 de 1991, «Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ava reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989», el Estado colombiano se comprometió a promover el desarrollo de los pueblos indígenas con acciones concretas dirigidas al reconocimiento de sus derechos y el respeto de su integridad, entre otros compromisos adquiridos. Al respecto, 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.

1. Esta acción deberá incluir medidas:
2. 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;
3. 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; Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida».

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

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 indígenas. 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 pueblos indígenas en situaciones concretas requieren de la concertación entre las comunidades indígenas y las entidades estatales, lo que ha suscitado la necesidad de un tratamiento jurídico particular para tales acuerdos.

Esto ha generado que diversas disposiciones reconozcan la posibilidad de celebrar convenios o contratos que involucran como cocontratantes de las entidades estatales a diferentes instancias de representación de las comunidades indígenas. Para tales efectos, el legislador ha atribuido capacidad jurídica y contractual a diversas formas organizativas de los pueblos indígenas, estableciendo unos supuestos de hecho y requisitos con sujeción a los cuales procede la celebración de acuerdos de naturaleza contractual con dichos agentes.

Debido a lo anterior, en varias disposiciones dirigidas a garantizar la igualdad material, procurar la satisfacción de derechos sociales, económicos y culturales de las comunidades, así como a la preservación de la identidad social y cultural de los pueblos indígenas, se han regulado algunos aspectos contractuales en relación con sus órganos representativos. Sin embargo, está regulación se torna dispersa dado que el grueso de las disposiciones en las que se sustentan las modalidades contractuales y la capacidad para celebrarlas se encuentra en varios cuerpos normativos que aplican a distintos entes estatales, obedecen a contextos disímiles y tienen naturaleza normativa diferente. Las disposiciones que integran este marco jurídico heterogéneo, si bien contemplan la posibilidad de que las entidades estatales celebren contratos o convenios con las autoridades y mecanismos asociativos de las comunidades indígenas, las supeditan a unas condiciones especiales propias de cada ámbito normativo.

De este marco jurídico hacen parte normas relevantes como el artículo 329 constitucional, las Leyes 80 de 1993, 136 de 1994– modificada por la Ley 1551 de 2012– los Decretos 1088 de 1993, 1953 de 2014 y 252 de 2020, entre otras disposiciones a las que recientemente se les ha añadido la Ley 2160 de 2021. Para efectos del presente concepto, con el propósito explicar con claridad la postura que se expone, se estima necesario dividir el análisis requerido de las mencionadas disposiciones, por lo que a continuación se desarrollarán dos acápites, uno dirigido a precisar el alcance de las normas expedidas hasta el 2020, y otro para explicar el alcance de la Ley 2160 de 2021, recientemente sancionada.

* 1. **Contratación con territorios indígenas, asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales, resguardos, asociaciones de resguardos y organizaciones indígenas. Contexto normativo previo a la expedición de la Ley 2160 de 2021**

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

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

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

No obstante, mientras esa ley era expedida por el Congreso de la República, la Constitución dispuso un mecanismo para poner en funcionamiento los territorios indígenas de manera transitoria. En efecto, el artículo 56 transitorio de la Constitución Política prescribe que «Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales».

De este modo, basados en el artículo 56 de la Constitución Política, en junio de 1993 se expidió el Decreto 1088, «Por el cual se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas», que otorgó a los cabildos y/o autoridades indígenas la posibilidad de conformar asociaciones, atribuyéndoles estas últimas la naturaleza de entidades de derecho público, de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Al respecto, la disposición prescribe:

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

Artículo 2° Naturaleza Jurídica. Las asociaciones de que trata el presente Decreto, son entidades de Derecho Público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa».

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

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

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

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

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

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

[…]

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

[...]

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

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

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

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

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

1º. Se denominan entidades estatales:

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

De acuerdo con la Ley 80 de 1993, los territorios indígenas eran considerados entidades estatales. Sin embargo, la existencia de aquellos se encuentra condicionada a la expedición de la Ley de Ordenamiento Territorial, por lo que la aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para este tipo de entidades, a luz de las disposiciones hasta aquí referidas, presenta dificultades. Esto en la medida que no existe una norma que defina los territorios indígenas a los que hace referencia el artículo 2 de esta Ley, lo que necesariamente remite a otras normas a efectos de determinar qué se entiende por estos y cuáles tienen capacidad para adquirir obligaciones.

En este contexto, posteriormente, se expediría la Ley 1454 de 2011, «Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones», que reguló asuntos relacionados con el ordenamiento territorial. Sin embargo, esta ley no constituyó a los territorios indígenas, como lo demuestra el parágrafo 2° del artículo 37, al disponer que el Gobierno debía presentar al Congreso un proyecto de ley que regulara la materia. Esta norma establece:

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

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

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

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

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

[…]

2.8.47. Teniendo en cuenta lo anterior se verifica que en la Ley 1454 de 2011, se omite de manera absoluta un desarrollo directo de las regiones como entidades territoriales del artículo 307 de la C.P., así como de las entidades territoriales indígenas previstas en el artículo 329 de la C.P., ya que solo se establecen normas que remiten a una posterior regulación de dichos deberes constitucionales. Por tal motivo, se advierte que en el presente caso lo que se presenta en el caso concreto es una ausencia total de legislación produciéndose de esta manera una omisión legislativa absoluta [...]»[[3]](#footnote-4)

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

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

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

1. En concordancia con lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política, los municipios y distritos podrán celebrar convenios solidarios con: los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, los organismos de acción comunal y demás organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio, para el desarrollo conjunto de programas y actividades establecidas por la Ley a los municipios y distritos, acorde con sus planes de desarrollo.
2. Elaborar los planes y programas anuales de fortalecimiento, con la correspondiente afectación presupuestal, de los cabildos, autoridades y organizaciones indígenas, organismos de acción comunal, organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio. Lo anterior deberá construirse de manera concertada con esas organizaciones y teniendo en cuenta sus necesidades y los lineamientos de los respectivos planes de desarrollo.
3. Celebrar convenios de uso de bienes públicos y/o de usufructo comunitario con los cabildos, autoridades y organizaciones indígenas y con los organismos de acción comunal y otros organismos comunitarios. […]»

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

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

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

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

Posteriormente, se expidió el Decreto 1953 de 2014, «Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los territorios indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de qué trata el artículo 329 de la Constitución Política». Este Decreto fue expedido en virtud de la autorización conferida al Gobierno Nacional por el artículo 56 transitorio de la Constitución Política, y pone en funcionamiento de manera temporal los territorios indígenas, a la vez que regula la forma de administrar y ejecutar los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones.

 Los aspectos más relevantes de esta norma son los relacionados con el funcionamiento de los territorios indígenas. Al respecto, dispone que los resguardos podrán asociarse para administrar y ejecutar los recursos del SGP y que dichas asociaciones serán consideradas personas jurídicas de derecho público especial. Adicionalmente, establece que para los fines y la ejecución de los recursos de que trata dicho decreto, los territorios y resguardos indígenas que hayan sido autorizados para administrar recursos del SGP serán considerados entidades estatales de acuerdo con lo indicado en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Finalmente, la norma establece una última posibilidad para los resguardos indígenas que no hayan sido autorizados para administrar de manera directa los recursos del SGP, consistente en la celebración de un contrato de administración suscrito entre la entidad territorial respectiva y el representante legal del resguardo designado por las autoridades propias. Las normas prescriben lo siguiente:

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

[...]

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

Artículo 34. Ejecución de recursos de asignación especial no administrados por Resguardos Indígenas. En caso que un resguardo indígena no administre la asignación especial del Sistema General de Participaciones, o no se haya asociado con otros para administrarlos, su ejecución se realizará mediante la celebración de un contrato de administración suscrito entre la entidad territorial respectiva y el representante legal del resguardo designado por las autoridades propias.

[…]»

En relación con el último artículo citado debe tenerse en cuenta que la capacidad jurídica en la contratación estatal es la facultad legal que tiene una persona para celebrar contratos con una entidad pública. Es decir, que pueda obligarse a cumplir con el objeto de contrato, siempre que no se encuentre incurso en inhabilidades o incompatibilidades que le impida celebrarlo. En este tipo de regulaciones, como ya se señaló la capacidad del resguardo indígena no autorizado se limita a un contrato de administración y, por tanto, no podrá participar en la ejecución de otros tipos de negocio jurídico.

Al respecto, es pertinente mencionar que en el documento «Orientaciones para la programación, administración y ejecución de los recursos de la Asignación Especial del Sistema General de Participaciones para los Resguardos Indígenas (AESGPRI)» expedido por el Departamento Nacional de Planeación - DNP, se explica que «una vez sea firmado el contrato de administración de los recursos de la AESGPRI, el alcalde, o gobernador según el caso, deberá proceder a la ejecución de cada uno de los proyectos incluidos en dicho contrato, con estricta aplicación de las normas que rigen la contratación estatal»[[4]](#footnote-5). De esta manera, en el evento en que los recursos no sean administrados por los resguardos indígenas, estos solo tendrán la facultad para celebrar el contrato de administración con la entidad territorial y no podrán celebrar otros negocios jurídicos.

Por otro lado, el artículo 20 del Decreto 1953 de 2014 dispone que los actos o contratos que celebren o expidan los territorios indígenas en virtud de dicho decreto se regirán por el Estatuto Orgánico del Presupuesto y el Estatuto de Contratación Estatal, entre otras normas. También dispuso que los territorios indígenas pueden celebrar contratos con las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales de que trata el Decreto 1088 de 1993, pero estos solo podrán celebrarse entre territorios indígenas, cabildos y/o autoridades tradicionales constituidos bajo lo dispuesto en el Decreto 1088 de 1993, no con otras entidades del Estado[[5]](#footnote-6).

A las normas analizadas se suma el Decreto 252 de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, que adicionó el artículo 10 del Decreto 1088 de 1993, el cual establece que las actuaciones de esas asociaciones –de cabildos y/o de autoridades tradicionales– se rigen por el derecho privado. La modificación del Decreto 252 de 2020 consistió en la adición un parágrafo, el cual establece la posibilidad de que entidades estatales celebren convenios o contratos de manera directa con las Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales y Organizaciones Indígenas, sin limitaciones en cuanto al objeto del contrato o por la fuente de los recursos.

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

En cambio, el artículo 1 del Decreto 252 de 2020 permite que las Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas y las Organizaciones Indígenas contraten con las entidades estatales definidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, y además puedan hacerlo de manera directa –sin necesidad de participar en licitaciones u otro proceso de selección–, pero condicionado a la composición de esas organizaciones, cuyos miembros deben ser, exclusivamente cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos indígenas, asociaciones de autoridades indígenas y/o otras formas de autoridad indígena[[6]](#footnote-7). En ese sentido, la norma le confirió a las Organizaciones Indígenas capacidad para contratar con el Estado y también autorizó a todas las entidades estatales a contratar con ellas de manera directa. Por oposición, antes de esta norma solo podían celebrar convenios solidarios con municipios y distritos.

En todo caso, el Decreto 252 de 2020 no califica a las Organizaciones Indígenas como entidades estatales, ni regula su naturaleza o régimen legal, sino que establece la regulación indicada en materia contractual.

De las normas anteriormente citadas, se desprenden las siguientes conclusiones:

1. Decreto 1088 de 1993: Las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, en virtud del Decreto 1088 de 1993, son entidades de Derecho Público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Por lo tanto, tienen la capacidad jurídica para contratar.
2. Ley 1551 de 2012: Los municipios y distritos pueden celebrar convenios solidarios con cabildos, autoridades y organizaciones indígenas, para el desarrollo conjunto de programas y actividades establecidas por la Ley a los municipios y distritos, acorde con sus planes de desarrollo. Esta norma también autoriza a los municipios a celebrar convenios de uso de bienes públicos y/o de usufructo comunitario con los cabildos, autoridades y organizaciones indígenas.
3. Decreto 1953 de 2014: Los resguardos podrán asociarse para administrar y ejecutar los recursos de la asignación especial del SGP, siempre que acrediten los requisitos establecidos en el decreto, y son personas jurídicas de derecho público especial.

Los Territorios y Resguardos Indígenas que hayan sido autorizados para administrar recursos del SGP, conforme a lo dispuesto por ese decreto, se consideran entidades estatales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993. Dicha capacidad será ejercida a través de su representante legal, conforme a lo dispuesto en el decreto. En caso de que un resguardo indígena no administre la asignación especial del Sistema General de Participaciones, o no se haya asociado con otros para administrarlos, su ejecución se realizará mediante la celebración de un contrato de administración suscrito entre la entidad territorial respectiva y el representante legal del resguardo designado por las autoridades propias.

1. Decreto 252 de 2020: Las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, así como las organizaciones indígenas, pueden celebrar contratos o convenios de manera directa con las entidades estatales de acuerdo con lo contemplado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En el caso de las organizaciones, esta posibilidad dependerá de que estén conformadas exclusivamente por Cabildos Indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia.

En síntesis, las normas hasta aquí analizadas asignan capacidad contractual a diferentes tipos de entes y mecanismos de asociación a través de los cuales los pueblos indígenas ejercen su representación, con la finalidad de celebrar negocios jurídicos que deben suscribirse con sujeción a ciertas disposiciones especiales. De esta manera, el ordenamiento reconoce capacidad contractual a las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales, las Organizaciones Indígenas, resguardos y asociaciones de resguardos autorizadas para administrar recursos del SGP y, para la celebración de convenios solidarios, a los cabildos, autoridades y organizaciones indígenas.

Adicionalmente, las disposiciones en comento no solo coinciden en reconocer capacidad jurídica a los sujetos mencionados, sino también en permitir que los contratos que regulan se celebren directamente. Sin perjuicio de las causales del artículo 2.4 de la Ley 1150 de 2007, el Decreto 1088 de 1993 –adicionado por el Decreto 252 de 2020– regula supuestos en los cuales las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas y Organizaciones Indígenas pueden celebrar contratos de manera directa con entidades estatales, estableciendo formalidades especiales – relacionadas con la conformación de las respectivas asociaciones y/o organizaciones, la constitución de una garantía única y la valoración del conocimiento ancestral como aporte de las organizaciones indígenas a los convenios–, pero remitiendo en lo demás al EGCAP, régimen jurídico prevalente de estos contratos . En ese sentido, estas normas han complementado al EGCAP en lo que tiene que ver con cada una de las modalidades de contratación que regulan, en la medida en que sus contenidos han llenado vacíos normativos de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 en atención a los cuales no era posible que entidades estatales suscribieran contratos estatales con los pueblos indígenas, menos aun de manera directa, lo cual representa una cuestión problemática para el Estado colombiano. Esto por cuanto el despliegue de la acción coordinada y sistemática de las instituciones dirigida a proteger los derechos y garantizar la integridad de los pueblos indígenas, exigida por el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 21 de 1991, conforme a lo explicado *supra*, requiere de la participación y concertación con los integrantes de las comunidades, así como de la articulación de múltiples entes estatales, lo que implica la celebración de acuerdos entre los implicados, que suponen la manifestación de la voluntad de entidades del Estado.

Ahora, si bien la Ley 80 de 1993 dentro de su propio texto estableció que los *territorios indígenas* constituyen entidades estatales, lo cierto es que aún no hay desarrollos legislativos sobre la materia, lo que ha impedido que los mismos puedan implementarse y obrar como entidades estatales, al tenor del artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Esta situación, aunada a la persistencia de las obligaciones y compromisos de orden superior instituciones estatales para con los pueblos indígenas, es la razón principal por la que, de conformidad con el artículo 56 transitorio de la carta política, el Decreto 1088 de 1993, adicionado por el Decreto 252 de 2020, ha regulado la contratación con entes como las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales y Organizaciones Indígenas, bajo el supuesto de que los contratos estatales son un mecanismo de coordinación efectiva[[7]](#footnote-8).

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la celebración de contratos o convenios de manera directa entre entidades estatales y Asociaciones de Cabildos y Autoridades Tradicionales, al igual que con organizaciones indígenas, es un asunto regulado por el Decreto 1088 de 1993, adicionado por el Decreto 252 de 2020. Por su parte, el Decreto 1953 de 2014, al implementar de manera transitoria los territorios indígenas, además dio el tratamiento de entidades de derecho público especial a estos, a los resguardos y a las asociaciones de estos autorizadas para administrar recursos de asignación especial del SGP, asimilándolos a entidades estatales de conformidad con el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

En todo caso, es importante considerar que estos decretos tienen el carácter de decretos autónomos, pues fueron expedidos conforme a las facultades normativas excepcionales atribuidas al Gobierno Nacional por el artículo 56 transitorio de Constitución Política, en lo que el Congreso de la República implementa los territorios indígenas, cuestión respecto de la que permanece la omisión legislativa –sin perjuicio de la expedición de la Ley 1454 de 2011, tal como lo precisó la Corte Constitucional en las sentencias C-489 de 2012 y C-617 de 2015–.

* 1. **Contratación directa con Cabildos Indígenas y Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas: régimen aplicable tras la expedición de Ley 2160 de 2021**

Conforme se viene explicando, son varias las normas que regulan la posibilidad de que entidades estatales celebren contratos con las diferentes instancias de representación y organismos asociativos de las comunidades indígenas. Entre estas resultan particularmente relevantes los decretos autónomos 1088 de 1993, 252 de 2020 y 1953 de 2014, que han otorgado capacidad jurídica a las Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, organizaciones indígenas, territorios indígenas implementados de manera transitoria y asociaciones de resguardos indígenas para celebrar contratos o convenios de manera directa con entidades estatales.

Otro de los sujetos a los que las normas analizadas en el acápite anterior otorgan capacidad para contratar con entidades estatales son los Cabildos Indígenas. No obstante, como se desprende del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 1551 de 2012, tal capacidad se encontraría limitada a lo establecido por los numerales 16 y 18 de dicha norma, es decir, la celebración de convenios solidarios, de uso de bienes públicos y/o de usufructo comunitario con las entidades territoriales del nivel municipal. Esto además por cuanto, a pesar de que el Decreto 1071 de 2015 defina a los cabildos indígenas como entidades públicas especiales para efectos titulación de tierras y la administración de estas comunidades, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 no los reconoce como entidades estatales para efectos de la celebración de contratos. Fuera del artículo 2 de la Ley 136 de 1994, solo el parágrafo del artículo 10 del Decreto 1088 de 1993, adicionado por el Decreto 252 de 2020, permitía a los cabildos indígenas participar de contratos estatales. Sin embargo, dicha norma exige que actúen a través de una asociación de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales, conforme se explicó en el numeral anterior. Dado que no existe una norma que permita que los cabildos indígenas individualmente considerados sean parte en contratos estatales –distintos de convenios solidarios y los de uso o usufructo de bienes públicos–, se promulga la Ley 2160 de 2021, *«por medio del cual se modifica la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007»*. Uno de los objetivos de esta norma, conforme se desprende de la exposición de motivos del respectivo proyecto de ley, es asignar capacidad jurídica a los cabildos indígenas, considerando que el marco jurídico existente no la contemplaba, por lo que implica una limitante para el «[…] desarrollo de programas o inversión de recurso en beneficio de las comunidades indígenas como sujetos de especial protección»[[8]](#footnote-9). Con este propósito, en primer lugar, se dispuso la 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 términos:

«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 par 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]

Como se aprecia, la nueva redacción del primer inciso de la norma reconoce de manera expresa capacidad jurídica a los Cabildos Indígenas, individualmente considerados, al igual que a las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, para celebrar contratos con entidades estatales. De otra parte, el inciso segundo inciso de la norma establece unos requisitos para que las organizaciones de base de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras celebren contratos con entidades estatales, dado que también se enfilaron los efectos de la reforma hacia estas formas organizativas[[9]](#footnote-10)

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 lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 2160 de 2021. Entre las definiciones incluidas se destacan las de Cabildo Indígena y Asociaciones de autoridades tradicionales:

«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:

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

[…]

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

Como indica la norma citada, se entiende que los Cabildos Indígenas como las Asociaciones de autoridades tradicionales indígenas son concebidos como entidades públicas especiales. Esto a diferencia de los resguardos indígenas que son propiedad colectiva de las comunidades indígenas y que son administrados por los cabildos y las autoridades tradicionales de las comunidades, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.14.7.5.2 del Decreto 1071 de 2015.

De otra parte, en relación con los Cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, el artículo 2 de la Ley 2160 de 2021 adicionó el literal l) al artículo 2.4 de la Ley 1150 de 2007, incorporando una nueva causal de contratación directa aplicable a estas entidades. La norma dispone lo siguiente:

**«Artículo 2° Modifíquese el Artículo** [**2**](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=25678&2) **de la Ley 1150 de 2007, e inclúyase el literal I), m) y n) al numeral** [**4**](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=25678&2.4)**, el cual quedara así:**

**Artículo 2°. 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:

[…]

l). Los contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con los cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, cuyo objeto esté relacionado con el fortalecimiento del Gobierno Propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

[...]

**Parágrafo 8°.** La modalidad de contratación directa prevista en el numeral 4° de este Artículo deberá sujetarse a lo dispuesto en la Ley [80](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304&80) de 1993 y sus modificaciones, o en los regímenes especiales de contratación, que disponen los requisitos jurídicos, técnicos y financieros; en todo caso teniendo en cuenta los principios de transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, eficacia y eficiencia.

**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 jurídicas con capacidad para contratar, cualquiera sea la modalidad que se aplique a Ia correspondiente contratación».

Como se desprende de la norma transcrita, el literal l) del artículo 2.4 de la Ley 1150 de 2007 habilita a entidades estatales para suscribir contratos de manera directa con Cabildos Indígenas y Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas. No obstante, dicha posibilidad está sujeta a que el objeto del contrato esté relacionado con el fortalecimiento del gobierno propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, la causal de contratación directa establecida en este literal l) establece un supuesto de hecho que, no solo procede en consideración a las calidades de Cabildos Indígenas y Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, sino adicionalmente exige que el objeto del contrato esté relacionado con unos temas específicos.

Así las cosas, la aplicación del literal l) del artículo 2.4 de la Ley 1150 de 2007 está condicionada únicamente por el objeto del contrato, sin que la norma establezca condiciones sobre la fuente de los recursos. De esta manera, los Cabildos Indígenas y Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas podrán celebrar contratos directos con las entidades estatales independientemente del tipo de recursos empleados, siempre que el objeto de estos contratos se circunscriba al fortalecimiento del gobierno propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los derechos de los pueblos indígenas. En todo caso, le corresponde a cada entidad el cumplimiento de la normas presupuestales aplicables a la materia, de manera que los recursos empleados para la ejecución de los contratos cuenten con la destinación especial que la ley determine.

Así mismo, debido a que el artículo 1 de la Ley 2160 de 2022 que modificó el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, le reconoce de manera expresa capacidad jurídica a los Cabildos Indígenas, individualmente considerados, al igual que a las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, para celebrar contratos con entidades estatales, estos podrán participar en los procesos de contratación que desarrollen las entidades territoriales. En tal sentido, los Cabildos Indígenas y las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas podrán participar en los procesos de contratación que adelanten las entidades territoriales para la ejecución de proyectos financiados con recursos del SGP, para lo cual deberán acreditar los requisitos exigidos en dichos procesos de contratación.

* 1. **Vigencia y ámbito de aplicación de la Ley 2160 de 2021 y del Decreto 1953 de 2014**

La respuesta a la inquietud objeto de consulta obliga a analizar la vigencia del Decreto 1953 de 2014,

**«**Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política**».** Lo anterior, teniendo en cuenta que lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 2160 de 2021, que dispone que «La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias». En ese sentido, la cuestión pasa por determinar si entre las disposiciones introducidas por la Ley 2160 de 2021, tendientes a regular la contratación directa con Cabildos Indígenas y Asociaciones de Cabildos Indígenas, y lo dispuesto en el Decreto 1953 de 2014, con respecto a la contratación de los resguardos indígenas por la asignación especial del Sistema General de Participaciones existe una derogatoria, y si ello afecta la capacidad contractual de estas últimas.

Comparadas ambas disposiciones, en primer lugar, se advierte que estas aplican a sujetos distintos. En efecto, el Decreto 1953 de 2014 prescribe que los resguardos indígenas autorizados para administrar la asignación especial de los recursos del Sistema General de Participaciones se consideran entidades públicas y los resguardos no autorizados pueden suscribir contratos de administración con las entidades territoriales. Por su parte, la Ley 2160 de 2021, al incorporar el literal

L) al artículo 2.4 de la Ley 1150 de 2007, únicamente se refirió a Cabildos Indígenas y Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas. De esta manera, las asociaciones definidas por la Ley 2160 de 2021 solo estarían facultadas para la ejecución de proyectos en salud, educación y vivienda, requiriendo además de al menos diez (10) organizaciones regionales indígenas para su conformación, como indica el precitado artículo 7.8 de la Ley 80 de 1993, mientras el Decreto 1953 se basa en las contrataciones que se derivan de la asignación especial del SGP.

En segundo lugar, el Decreto 1953 de 2014 dispone que los resguardos podrán asociarse para administrar y ejecutar los recursos de la asignación especial del SGP, siempre que acrediten los requisitos establecidos en el decreto, y son personas jurídicas de derecho público especial. Los Territorios y Resguardos Indígenas que hayan sido autorizados para administrar recursos del SGP, conforme a lo dispuesto por ese decreto, se consideran entidades estatales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993. Dicha capacidad será ejercida a través de su representante legal, conforme a lo dispuesto en el decreto. En caso de que un resguardo indígena no administre la asignación especial del Sistema General de Participaciones, o no se haya asociado con otros para administrarlos, su ejecución se realizará mediante la celebración de un contrato de administración suscrito entre la entidad territorial respectiva y el representante legal del resguardo designado por las autoridades propias.

 Por otro lado, la Ley 2160 de 2020 permite que la contratación directa se realice respecto de objetos contractuales relacionados con el gobierno propio, la identidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas, excluyendo la aplicación de la causal para justificar la celebración de contratos no relacionados con estos temas.

En tercer lugar, con respecto a la naturaleza jurídica y potestades normativas a las que obedecen cada una de estas normas, es importante tener en cuenta que la Ley 2160 de 2021 es una ley ordinaria expedida por el Congreso de la República, en atención a la potestad de configuración normativa atribuida por el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política. Las disposiciones de esta ley modifican el EGCAP, atribuyendo capacidad jurídica a distintas instancias y entes de representación de las comunidades indígenas y étnicas, entre las que se encuentran los Cabildos Indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, respecto de quienes se incluyen causales de contratación directa que permiten la celebración de contratos con objetos asociados al fortalecimiento del gobierno propio, la identidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas.

En contraste, el Decreto 1953 de 2014 es un decreto autónomo o reglamento constitucional, que es definido como «[…] aquellos que expiden ciertas autoridades en virtud de una competencia normativa que les ha sido atribuida directamente por la Constitución, sin sujeción a la ley»[[10]](#footnote-11). Este decreto fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 56 transitorio de la Constitución Política. Conforme se precisó *supra,* el ejercicio de esta competencia estuvo motivada en la omisión legislativa identificada por la Corte Constitucional en las sentencias C- 489 de 2012 y C-617 de 2015, relacionada con la implementación de las entidades territoriales de acuerdo con el artículo 329 superior. Esto significa que los territorios indígenas a los que hace referencia el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 no se les haya dado el tratamiento de entidades estatales para efectos de la contratación.

Si bien el Decreto 1953 de 2014 es un decreto autónomo de carácter residual, expedido en atención a una competencia normativa transitoria y por lo tanto temporal[[11]](#footnote-12)

 al persistir la omisión legislativa indicada por la jurisprudencia constitucional, relativa a la implementación de las entidades territoriales indígenas, no solo permanece vigente la competencia del Gobierno Nacional para expedir reglamentos constitucionales conforme al artículo 56 transitorio de la Constitución Política, sino también las normas expedidas en ejercicio de dicha potestad normativa. Así lo ha explicado la Corte Constitucional en relación con la competencia otorgada por el artículo 56 transitorio:

«5.3. El artículo 56 transitorio de la Constitución establece la posibilidad de que el Gobierno Nacional adopte las normas relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales hasta tanto se expida la ley a la que se refiere el artículo 329 de la Constitución. La competencia excepcional allí establecida tiene varias características cuya enunciación es relevante para definir la prosperidad del cargo.

* + 1. Es una *competencia amplia* que confiere una atribución para adoptar normas relativas (i) al funcionamiento de los territorios indígenas, incluyendo las de naturaleza fiscal y (ii) a su coordinación con las demás entidades territoriales. Comprende diferentes dimensiones o facetas del régimen territorial indígena.
		2. Es una *competencia cualificada* dado que las normas que se expiden en ejercicio de lo allí dispuesto tienen naturaleza legislativa y, por regla general, solo perderán su vigencia, cuando sea expedida la ley a la que se refiere el artículo 329 de la Constitución. Algunas de las materias a las que alude el artículo 56 de la Carta deberán ser expedidas por el Congreso siguiendo el trámite propio de la regulación orgánica[5] al paso que otras podrían ser reguladas en leyes ordinarias[6].
		3. Es una *competencia condicionada* dado que su ejercicio depende de la inacción legislativa del Congreso de la República. A diferencia de otras de las disposiciones transitorias, en el caso del artículo 56 no se encuentra previsto ni un término para la adopción de la ley por parte del Congreso, ni un plazo para el ejercicio de la facultad por parte del Gobierno.
		4. Únicamente cuando el Congreso de la República expida la ley a la que se refiere el artículo 329, se extinguirá o agotará la atribución.

[…]

Cuando el legislador se ha ocupado solo de algunas de las materias a las que se refiere el artículo 56 transitorio, el Gobierno conserva su competencia para expedir la regulación respectiva. En ese sentido podrían coexistir normas aprobadas por el Congreso y normas adoptadas por el Gobierno.

Es una competencia que no se encuentra limitada temporalmente. A ella no le resulta aplicable el artículo 9º transitorio conforme al cual las facultades extraordinarias para cuyo ejercicio no se hubiere establecido plazo especial, expirarían quince días

después de que la Comisión Especial creada por el artículo 6º transitorio cese definitivamente en sus funciones. La inaplicabilidad de tal regla obedece a que la competencia del artículo 56 no se encuentra sometida a un plazo sino, como se ha dejado dicho, a una condición»[[12]](#footnote-13).

Revisada la exposición de motivos y el articulado de la Ley 2160 de 2021 se advierte que, si bien esta norma introduce en la Ley 80 de 1993 disposiciones relacionadas con los derechos de la población indígena, de su contenido no puede inferirse que se trate de una norma tendiente a implementar las entidades territoriales indígenas haciendo cesar la omisión legislativa identificada por la jurisprudencia constitucional, conclusión que tampoco surge de la exposición de motivos de la norma. En ese sentido, la sola expedición de la Ley 2160 de 2021 no es un hecho que haya afectado la vigencia del Decreto 1953 de 2014.

En suma, se evidencia que lo prescrito en el Decreto 1953 de 2014 no fue derogado por la Ley 2160 de 2021. Por tanto, los resguardos podrán asociarse para administrar y ejecutar los recursos del SGP y dichas asociaciones serán consideradas personas jurídicas de derecho público especial. En este contexto, para los fines y la ejecución de los recursos de que trata dicho decreto, los territorios y resguardos indígenas que hayan sido autorizados para administrar este tipo de recursos serán considerados entidades estatales, de acuerdo con lo indicado en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Adicionalmente, este Decreto establece una última posibilidad para los resguardos indígenas que no hayan sido autorizados para administrar de manera directa los recursos del SGP, consistente en la celebración de un contrato de administración suscrito entre la entidad territorial respectiva y el representante legal del resguardo designado por las autoridades propias. Como se explicó *ut supra*, la capacidad del resguardo indígena no autorizado se limita a un contrato de administración y, por tanto, no podrá participar en la ejecución de otros tipos de negocio jurídico.

Así las cosas, esta Agencia estima que no existe contradicción entre los artículos 4, 9 y 34 del Decreto 1953 de 2014 y el literal L) del artículo 2.4 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por la Ley 2160 de 2021, pues son normas que tienen ámbitos de aplicación distintos. En ese sentido, lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 2160 de 2021 –el cual modifica el artículo 7 de la Ley 80 de 1993– no conduce a la derogatoria del mencionado decreto, dado que, si bien este, al igual que la Ley 2160 de 2021 establece la posibilidad de celebrar contratos con organismos que representan a los pueblos indígenas, aplican en razón de supuestos distintos y respecto de sujetos con naturaleza jurídica disímil.

En conclusión, ante la falta de desarrollo legislativo con relación a la implementación de las entidades territoriales indígenas, el Decreto 1953 de 2014 continúa conservando plena vigencia. De esta manera, coexiste en el ordenamiento jurídico con el literal L) del artículo 2.4 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por la Ley 2160 de 2021. Por tanto, ambas mantienen vigencia por lo que tienen plena validez en sus respectivos ámbitos de aplicación. Una vez el Congreso de la República legisle sobre la materia, deberá analizarse nuevamente la vigencia del decreto citado.

* 1. **Régimen jurídico de las inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal**

En la contratación estatal, la *capacidad* también es un requisito de validez de los contratos, tanto en el régimen de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación Administración Pública [[13]](#footnote-14) como en el de las entidades exceptuadas de aquel[[14]](#footnote-15). Si bien la regulación de la capacidad se integra por varias disposiciones y exigencias especiales –como el requisito de inscribirse, por regla general, en el Registro Único de Proponentes RUP), establecido en el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto-Ley 19 de 2012[[15]](#footnote-16)–, se destaca el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como un conjunto de enunciados normativos que imponen restricciones para los sujetos que, eventualmente, pretendan participar en los procedimientos de selección o celebrar contratos con las entidades estatales[[16]](#footnote-17). Este régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplica, incluso en el marco de los contratos no sometidos a la Ley 80 de 1993, en los términos del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Las inhabilidades son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan i) de la existencia de comportamientos reprochables o de sanciones anteriormente impuestas[[17]](#footnote-18), ii) de vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil[[18]](#footnote-19) o iii) de una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado[[19]](#footnote-20). De otro lado, las incompatibilidades son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado[[20]](#footnote-21).

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde a la tendencia de asegurar que la provisión de los bienes y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Es por eso que, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades son herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un carácter sancionatorio o «neopunitivo»[[21]](#footnote-22).

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley –o sea, deben satisfacer el principio de legalidad– y su interpretación debe ser *restrictiva[[22]](#footnote-23)*. En efecto, si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, la Corte Constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, «[…] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas»[[23]](#footnote-24). Por su parte, el Consejo de Estado ha acogido también este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil–, que «La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6º de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido»[[24]](#footnote-25). En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

«[…] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones,

deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento[[25]](#footnote-26).

También ha dicho que:

[…] la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico *pro libertate*, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); […]»[[26]](#footnote-27).

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal. El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de régimen de inhabilidades obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general inherente en la contratación pública, de forma que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado.

Ahora, resulta importante aclarar que el régimen jurídico de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a la contratación estatal se encuentra en los artículos 8 y siguientes de la Ley 80 de 1993. De manera que, por regla general no resulta extrapolable a la contratación estatal la normativa en materia de control disciplinario establecida en la Ley 734 de 2002 y en la Ley 1952 de 2019, a excepción de las excepciones específicas establecidas en dicha normativa y en la jurisprudencia.

* 1. **Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en contratación estatal aplicable a gobernadores indígenas de comunidades indígenas**

La Constitución Política de Colombia consagró el principio de autonomía de las comunidades indígenas en materia de organización Política, pues, de un lado, en su artículo primero definió a Colombia como una república pluralista, en el artículo 7 de la Constitución Política señala que «el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana», y en el artículo 330 reconoció la forma de gobierno de los territorios indígenas.

A partir de estas disposiciones, el Estado Colombiano reconoce la autonomía política de las comunidades indígena, que se materializa en algunas autoridades tales como cabildos indígenas, gobernadores indígenas que ejercen la representación de las comunidades ante el Estado Colombiano.

Ahora, para dar respuesta a la pregunta objeto de su consulta, es pertinente establecer la naturaleza jurídica de los Gobernadores Indígenas de una comunidad indígena, frente a lo cual es importante señalar que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una norma jurídica que atribuya a los Gobernadores Indígenas la calidad de empleado público. Al respecto, el Consejo de Estado, al resolver una demanda de nulidad contra una elección de concejal de quien había fungido como gobernador indígena de una comunidad indígena de Ibagué, concluyó lo siguiente:

«De acuerdo con el artículo señalado el cargo de Gobernador Indígena no es un empleo público porque sus funciones no están señaladas por la Constitución, la ley o el reglamento, ni le son asignadas por autoridad pública competente alguna. Y quienes ostentan la condición de Gobernadores Indígenas no son empleados públicos porque no han sido designados para ejercer un empleo público ni han tomado posesión de él. Tampoco integran los Gobernadores indígenas la función pública, conformada, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público…” por “quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública”, por la razón evidente de que su vinculación no tiene carácter legal ni reglamentaria.

Si alguna duda pudiera caber acerca de que el cargo de Gobernador Indígena no es un empleo público, ésta quedaría resuelta con el artículo 122 de la Constitución Política de acuerdo con el cual “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente»[[27]](#footnote-28).

Para el Consejo de Estado, el gobernador indígena no es un cargo o empleo público porque no cumple con las condiciones legales establecidas por las normas que regulan la función pública del ordenamiento jurídico colombiano, ya que no toman posesión de cargos, ni le son asignadas funciones por vía de reglamento. La postura planteada en la sentencia precitada reiteró un pronunciamiento previo de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la misma Corporación, en la que precisó lo siguiente:

«Quien se desempeñe como gobernador indígena o cabildante no adquiere por ese hecho la calidad de servidor público ni de empleado privado, sino que desarrolla una actividad comunitaria que no implica el desempeño de funciones públicas y, por tanto, según la normatividad analizada, no resulta incompatible el ejercicio de las funciones propias de aquéllos, con los cargos de concejal, alcalde, gobernador, diputado y congresista»[[28]](#footnote-29).

Entonces, en este entendimiento, aunque los gobernadores indígenas de comunidades indígenas no ostentan la calidad de servidor público aunque desarrollan actividades comunitarias. Para el Consejo de Estado, el ejercicio de la calidad de gobernador indígena no constituye incompatibilidad para ejercer un cargo público.

En esta misma línea, aplicando la interpretación establecida en los pronunciamientos del Consejo de Estado precitados, se puede concluir que, en materia de contratación estatal, la calidad de gobernador indígena de comunidades indígenas *per se* no constituye una causal de inhabilidad o incompatibilidad para la suscripción de contratos de prestación de servicios por los gobernadores a título personal.

Así las cosas, el régimen jurídico de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a la contratación estatal se encuentra en los artículos 8 y siguientes de la Ley 80 de 1993. Dentro de este contenido normativo no se establece como supuesto de inhabilidad o incompatibilidad el ejercicio de la calidad de gobernador indígena. Tampoco se observa que, la calidad de gobernador indígena no se adecua en las causales referidas porque como se indicó precedentemente no es cargo o empleo público. Sin embargo, en cada caso, las partes que van a suscribir el negocio jurídico, tendrán que analizar si las circunstancias concretas del futuro contratista se adecúan o no en los supuestos contemplados en el régimen referido.

1. **Respuesta**

« Una persona, en calidad de gobernador indígena, perteneciente a un resguardo puede participar en un proceso contractual, como persona natural o existe alguna inhabilidad o incompatibilidad para celebrar el contrato.».

En respuesta a su consulta, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente señala que, aunque los gobernadores indígenas no ostentan la calidad de servidor público, aunque desarrollan actividades comunitarias. Para el Consejo de Estado, el ejercicio de la calidad de gobernador indígena no constituye incompatibilidad para ejercer un cargo público.

En esta misma línea, aplicando la interpretación establecida en los pronunciamientos del Consejo de Estado precitados, se puede concluir que, en materia de contratación estatal, la calidad de gobernador indígena de comunidades indígenas *per se* no constituye una causal de inhabilidad o incompatibilidad para la suscripción de contratos de prestación de servicios por los gobernadores a título personal.

Así las cosas, el régimen jurídico de inhabilidades e incompatibilidades aplicable a la contratación estatal se encuentra en los artículos 8 y siguientes de la Ley 80 de 1993. Dentro de este contenido normativo no se establece como supuesto de inhabilidad o incompatibilidad el ejercicio de la calidad de gobernador indígena. Tampoco se observa que, la calidad de gobernador indígena no se adecua en las causales referidas porque como se indicó precedentemente no es cargo o empleo público. Sin embargo, en cada caso, las partes que van a suscribir el negocio jurídico, tendrán que analizar si las circunstancias concretas del futuro contratista se adecúan o no en los supuestos contemplados en el régimen referido.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Nina María Padrón BallestasContratista de la subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó:  |  Alejandro Sarmiento CantilloGestor T-15 de la Subdirección de gestión contractual  |
| Aprobó:  | Nohelia del Carmen Zawady Palacio Subdirectora de Gestión Contractual |

1. 1 Estos conceptos pueden ser consultados en la Relatoría de esta Agencia en el siguiente Link: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos [↑](#footnote-ref-2)
2. Constitución Política: «Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

»Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia [...]». [↑](#footnote-ref-3)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-489 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango. [↑](#footnote-ref-4)
4. 4Disponibleen:<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/4Orientaciones%20Recursos%20SGP%20Ind%C3%ADgena.pdf> [↑](#footnote-ref-5)
5. 5Decreto 1953 de 2014: «Artículo 20. Ejecución de recursos. Los actos o contratos que expidan o celebren los Territorios Indígenas, según sea el caso, para la ejecución de los recursos a que hace referencia el presente decreto, se regirán por las normas del Estatuto Orgánico de Presupuesto, el Estatuto de Contratación Estatal, las normas contables que para este efecto defina la Contaduría General de la Nación y las demás disposiciones complementarias, y por las disposiciones vigentes para aquellos sectores en los cuales haya sido certificado.

»Parágrafo. Cuando los Territorios Indígenas requieran celebrar contratos con las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas constituidos bajo lo dispuesto en el Decreto 1088 de 1993, la modalidad de selección se surtirá de acuerdo con lo establecido en el literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007». [↑](#footnote-ref-6)
6. Decreto 252 de 2020: «Articulo 1. Adiciónese al artículo 10 del Decreto 1088 de 1993, el siguiente parágrafo:

»Artículo 10. Naturaleza de los actos y contratos.»[...]

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

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

»La entidad estatal podrá terminar unilateralmente el contrato o convenio en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la organización indígena.»En estos convenios se tendrá como aporte de las organizaciones indígenas el conocimiento ancestral». [↑](#footnote-ref-7)
7. 7 Así lo dejan entrever los considerandos del Decreto 252 de 2020, de los que se destacan los siguientes: «Que de acuerdo con los preceptos constitucionales, las comunidades indígenas son sujetos de especial protección constitucional, con condiciones sociales, culturales y económicas que los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, para lo cual, el Estado colombiano reconoce en los escenarios de participación y representación las diferentes formas organizativas que integran las mencionadas comunidades en el marco de su autonomía [

…]

»Que de acuerdo con lo establecido en la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de 1989 de la OIT, los gobiernos deben desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas, garantizar el respeto de su integridad, para cuyo efecto, se deben adoptar medidas que aseguren a los miembros de tales pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones, propendiendo por la eliminación de diferencias sociales […]

»Que con el fin de fortalecer las organizaciones indígenas, de tal suerte que posibilite su participación y permita fortalecer su desarrollo económico, social, cultural y ambiental, se hace necesario establecer la viabilidad de suscribir convenios o contratos entre las entidades del Estado y las citadas organizaciones […]

»Que una de las formas de organizarse de las comunidades indígenas, es a través de las organizaciones legalmente constituidas, entendidas estas como los organismos que agrupan y representan a los pueblos indígenas colombianos.

»Que en virtud de lo anterior, se hace necesario incorporar a las organizaciones indígenas conformadas, exclusivamente, por cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades y cualquier forma de autoridad indígena propia, legalmente constituidas ante la autoridad competente, de acuerdo a la naturaleza jurídica de la organización respectiva, con el fin de que puedan celebrar contratos o convenios de manera directa con las entidades estatales». [↑](#footnote-ref-8)
8. 8 conforme se indica en la exposición de motivos: «La iniciativa presentada consiste en conceder capacidad jurídica a los cabildos indígenas para poder contratar directamente con las entidades del Estado, tanto en lo contemplado en la Ley 80 de 1993, como en la Ley 1150 de 2007. Sea lo primero mencionar que, el proyecto de ley se justifica en el análisis normativo realizado de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, las cuales no incluyen disposiciones que otorguen capacidad jurídica a los cabildos indígenas para celebrar negocios con las entidades del Estado, […]

»[S]i los resguardos son representados y administrados por los cabildos indígenas de acuerdo con sus usos y costumbres, necesariamente debe existir en el ordenamiento jurídico colombiano una norma que otorgue plena capacidad para contratar a los cabildos indígenas y que de esa forma se materialice lo ordenado en el artículo 2 de la Ley 21 de 1991». Congreso de la República. Gaceta No. 315 del 22 de abril de 2021. Proyecto de ley número 401 de 2021, Senado, 560 de 2021, Cámara. pp. 16-17. [↑](#footnote-ref-9)
9. 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.

»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 la 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». [↑](#footnote-ref-10)
10. CORTE CONSTITUCIONAL. C-713 del 5 de junio de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-11)
11. La CORTE CONSTITUCIONAL se referido a la noción y características de estos reglamentos en los siguientes términos: «[A]parecen los llamados “reglamentos residuales”. Son aquellos en los cuales el gobierno efectúa la regulación de un tema que, en principio, se encuentra dentro de la órbita de competencia propia del Legislador, pero no ha sido desarrollada por este. Es decir, el Gobierno puede efectuar la reglamentación a la que haya lugar, siempre y cuando no exista un régimen legal sobre el tema. Por ejemplo, cuando pone en vigencia el plan de desarrollo, si no lo ha aprobado el Congreso.

»Estos reglamentos tienen una naturaleza claramente temporal, ya que sólo mantienen su vigencia en ausencia de una reglamentación legal de la materia. En otras palabras, como su nombre lo indica, son reglamentos de aplicación subsidiaria o residual. En ese mismo sentido, mientras no exista una ley que regule la materia, el reglamento podrá trazar las reglas aplicables con total autonomía y con la misma amplitud de la ley». Sentencia C-712 del 5 de julio de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-12)
12. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-617 del 30 de septiembre de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-13)
13. El artículo 6 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 2160 de 2021 expresa: « 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](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0070_1993.html#INICIO) 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 del 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.

 » Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más». [↑](#footnote-ref-14)
14. 14 El artículo 1502 del Código Civil prevé la capacidad legal como requisito para obligarse contractualmente, en los siguientes términos: «Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

» 1o.) que sea legalmente capaz.

. […]

»La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra». [↑](#footnote-ref-15)
15. Los incisos 1 y 2 de dicho artículo disponen: «Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

»No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes». [↑](#footnote-ref-16)
16. En tal sentido, José Luis Benavides comenta que «Aunque la mayoría de las reglas limitativas de la responsabilidad contractual se aplican a la administración, existen también algunas restricciones importantes a la capacidad de los contratistas: *el régimen de inhabilidades e incompatibilidades* (1) y la obligación de ciertos proponentes de inscribirse en el *registro único* (2)» (BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal. Entre el Derecho público y el Derecho privado. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 278). [↑](#footnote-ref-17)
17. Son inhabilidades que responden a esta circunstancia, entre otras, las siguientes: «Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados» (art. 8, num. 1º, lit. b, Ley 80/93); «Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad» (art. 8, num. 1º, lit. c), Ley 80/93); «Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución» (art. 8, num. 1º, lit. d), Ley 80/93); «Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado» (art. 8, num. 1º, lit. e), Ley 80/93); «i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria» (art. 8, num. 1º, lit. i), Ley 80/93); «Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional» (art. 8, num. 1º, lit. j), Ley 80/93); «El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato» (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93); «Haber sido objeto de imposición de cinco (5) o más multas durante la ejecución de uno o varios contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; […] Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento contractual en por lo menos dos (2) contratos, con una o varias entidades estatales, durante los últimos tres (3) años; […] Haber sido objeto de imposición de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal, con una o varias entidades estatales» (art. 90, lit. a), b) y c), Ley 1474/11, modificado por el art. 43, Ley 1955/19). [↑](#footnote-ref-18)
18. Por ejemplo, a título enunciativo, las siguientes: «Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación» (art. 8, num. 1º, lit. g), Ley 80/93); «Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación» (art. 8, num. 1º, lit. h), Ley 80/93); «Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante» (art. 8, num. 2º, lit. b), Ley 80/93); «El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal» (art. 8, num. 2º, lit. c), Ley 80/93); «Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo» (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93). [↑](#footnote-ref-19)
19. 19 Verbigracia, entre otras, las que se indican a continuación: «Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato» (art. 8, num. 1º, lit. k), Ley 80/93, modificado por el art. 33, Ley 1778/16); «Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante» (art. 8, num. 2º, lit. a), Ley 80/93) [a pesar de que la norma la califica como una incompatibilidad, en realidad se trata de una inhabilidad, ya que en dicha causal no existe concurrencia de calidades en un sujeto]; «Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios» (art. 8, num. 2º, lit. f), Ley 80/93, adicionado por el art. 4º, Ley 1474/2011) [a pesar de que la norma la califica como una incompatibilidad, en realidad se trata de una inhabilidad, ya que en dicha causal no existe concurrencia de calidades en un sujeto]. [↑](#footnote-ref-20)
20. Como las señaladas a continuación: «Los servidores públicos» (art. 8, num. 1º, lit. f), Ley 80/93); «Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo» (art. 8, num. 2º, lit. d), Ley 80/93); «Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada» (art. 8, num. 2º, lit. e), Ley 80/93); «Quien haya celebrado un contrato estatal de obra pública, de concesión, suministro de medicamentos y de alimentos o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consaguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, con las entidades a que se refiere el artículo 2o de la Ley 80 de 1993, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo, no podrán celebrar contratos de interventoría con la misma entidad» (art. 5, Ley 1474/11). [↑](#footnote-ref-21)
21. 21 BARRETO ROZO, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99. [↑](#footnote-ref-22)
22. *Ibíd*., p. 69. [↑](#footnote-ref-23)
23. Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras. [↑](#footnote-ref-24)
24. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-25)
25. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E). [↑](#footnote-ref-26)
26. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De De La Hoz. [↑](#footnote-ref-27)
27. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 25 de septiembre de 2008. Rad: 73001-23-31-000-2007-00705-01.CP: Mauricio Torres Cuervo. [↑](#footnote-ref-28)
28. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 14 de diciembre de 2000.. Rad: 1297. CP: Flavio Augusto Rodríguez Arce. [↑](#footnote-ref-29)